



Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten

Zu § 23 G-ZG und §§ 3 ff. KAKuG i. d. F. VUG ab 1. Jänner 2017

Mit Jahresbeginn 2017 wurden im neuen Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz G-ZG (im Vereinbarungsumsetzungsgesetz VUG, BGBl. I Nr. 26/2017) erstmals Regeln über die Verbindlichkeit des Österreichischen Strukturplans Gesundheit (ÖSG) und der Regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) geschaffen. Ebenso erstmals wurde der Begriff „Vergabeverfahren“ in zentrale Bestimmungen des Krankenanstaltenrechts (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz KAKuG) aufgenommen. Das gehört zur Umsetzung zweier Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG, die sich mit der Organisation und Finanzierung (OF) im Gesundheitswesen bzw. der Zielsteuerung-Gesundheit (ZSG) beschäftigen. Grundlagen der Entwicklung sind u. a. der Wunsch nach Weiterentwicklung im Gesundheitswesen und dessen finanzielle Situation insgesamt, aber auch die volkswirtschaftlich relevante Position der Sozialversicherung.¹ Andere Gesichtspunkte wie die Entwicklung des Vergaberights waren ebenfalls zu berücksichtigen. Das VUG und die beiden Vereinbarungen waren nicht

dem üblichen weitgespannten Begutachtungsverfahren unterzogen. Das Gesetz erhielt seinen endgültigen Text erst durch Abänderungsanträge in zweiter Lesung während der Sitzung des Nationalrats am 14. Dezember 2016. Die Gesetzesmaterialien stehen für eine Interpretation nicht im üblichen Detaillierungsgrad zur Verfügung. Der vorliegende Beitrag soll ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige Aspekte festhalten, die im Umfeld der Gesetzwerdung diskutiert und die für die Textgestaltung bzw. als Verständnishilfe für die weitere Vollziehung des VUG mehr oder minder intensiv als relevant erachtet wurden.²

Rechtslage ab 2017 neu gestaltet

Die bisherigen Regeln³ wurden ab 1. Jänner 2017 durch Folgendes abgelöst:

- Vereinbarung nach Art. 15a B-VG über Organisation und Finanzierung im Gesundheitswesen – OF⁴
- Vereinbarung nach Art. 15a B-VG über Zielsteuerung-Gesundheit – ZSG⁵



Dir. Dr. Josef Souhrada
ist Leiter der Geschäftsbereiche Recht und Personal im Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.

1 Aufgaben des Hauptverbands nach § 31 Abs. 2 Z 1 (Wahrnehmung gesamtwirtschaftlicher Interessen der SV) und Abs. 3 Z 2 ASVG (ständige Beobachtung der Entwicklung der Sozialversicherung in ihren Beziehungen zur Volkswirtschaft und die Ausarbeitung konkreter Vorschläge). Auch bei Honorarverhandlungen sind volkswirtschaftliche Aspekte relevant (§ 342 Abs. 2a Z 2 ASVG).

2 Der Verfasser war als Mitglied einer juristischen Fachgruppe an verschiedenen Gesprächen im Vorfeld der Gesetzwerdung und bei der Entstehung des Gesetzestextes beteiligt. Es gibt freilich niemanden, der an allen Gesprächen (die sich über Monate erstreckten) teilnehmen konnte und abschließendes Wissen besäße, sodass auch dieser Text nur als eine erste Zusammenfassung aus persönlicher Sicht gelten kann.

3 Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit, BGBl. I Nr. 81/2013 (§§ 41 ff. G-ZG); Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl. I Nr. 105/2008 i. d. F. 199/2013 (Art. 52 OF) und Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit, BGBl. I Nr. 200/2013 (Art. 28 ZSG).

4 Abschluss genehmigt für den Bund am 14.12.2016 im Nationalrat, RV 1340, AB 1372 BlgNR, Kundmachung nach den landesverfassungsgesetzlichen Beschlüssen in den nächsten Monaten zu erwarten.

5 Abschluss genehmigt für den Bund am 14.12.2016 im Nationalrat, RV 1339, AB 1371 BlgNR, Kundmachung nach den landesverfassungsgesetzlichen Beschlüssen in den nächsten Monaten zu erwarten.

- Vereinbarungsumsetzungsgesetz VUG BGBl. I Nr. 63/2017: Schaffung eines neuen G-ZG und Novellen zu KAKuG, ASVG, GSVG, BSVG, B-KUVG, ÄrzteG, Bundesgesetz (BG) über die Gesundheit Österreich GmbH und BG über die Dokumentation im Gesundheitswesen⁶

Hintergründe

Verträge der Sozialversicherung

Die Beziehungen der Sozialversicherungsträger zu den Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen sind durch privatrechtliche Verträge zu regeln – das gilt für Ärzte, Spitäler, Ambulatorien, Gesundheitszentren usw. gleich.⁷ Solche Verträge über die Erbringung von medizinischen Leistungen (stationäre und ambulante Behandlungen) können, jedenfalls in Teilbereichen oder zentralen Lagen, sehr begehrt sein. Sie bieten aber auch im Regelfall eine gute Auslastung, Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der eigenen Leistungserbringung, einen gewissen (wenn nicht überhaupt streng formal stellenplangebundenen⁸) Gebietsschutz⁹, Abschirmung von Konkurrenz und Minimierung¹⁰ ansonsten im Wirtschaftsleben vorhandener Belastungen (Detailrechnungslegung an Einzelpersonen, Zahlungsausfälle, Werbeaufwände usw.), somit einen gewissen erwartbaren Umsatz. Für den Fall umsatzgebundener Beiträge an Interessenvertretungen¹¹ besteht damit auch deren legitimes Interesse an guten Beitragsgrundlagen.¹² Ärztliche Ständesvertreter bzw. Ärztekammern und die Vertreter gewerblicher Anbieter bzw. Wirtschaftskammern müssen, wenn es um ihre Mitglieder als Anbieter von

Gesundheitsdienstleistungen geht, in diesem Zusammenhang nicht die gleichen Ansichten vertreten und können zu Gegenspielern bei der Entscheidung über die Frage werden, in welcher Rechtsform (Ordinationen oder Krankenanstalten bzw. Ambulatorien) Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden sollen. In den letzten Jahren war allgemein zu bemerken, dass der Konkurrenzkampf im Gesundheitswesen (der sich im Ergebnis als Wettbewerb um die jeweiligen Honorarzahllungen und damit Umsätze darstellt) unter den einzelnen Anbietern oder Anbietergruppen bzw. deren Interessenvertretungen schärfer wurde, ebenso die dabei verwendeten Methoden, bis hin zu persönlichen Angriffen¹³ gegen Entscheidungsträger. Für die bisherige Methode der Vergabe von Sozialversicherungsverträgen an Dienstleistungserbringer bzw. Gesundheitsdiensteanbieter (meist „Einzelverträge“ genannt) bestehen Sonderbestimmungen: so das (mit der Interessenvertretung der Anbieter zu vereinbarende) Stellenplansystem oder Rahmenbedingungen aufgrund von Bedarfsprüfungs- oder Genehmigungsverfahren durch Behörden außerhalb der Sozialversicherung. Diese Bestimmungen haben sich im Prinzip bewährt, sie können einen Ausgleich zwischen den Interessen der jeweiligen Gruppe von Anbietern und jenen der Sozialversicherung bilden. Der Einigungscharakter zwischen Sozialversicherung und Anbietern kann den Gesamtverträgen dort, wo sie sich auf die jeweilige Berufsgruppe und deren Rechtsstellung (z. B. im Rahmen einer Planungsmaßnahme, z. B. RSG) beziehen, eine „Vermutung der Richtigkeit“ verschaffen.¹⁴ Für andere Berufsgruppen

Vertragsvergabe und Interessenausgleich.

6 Das VUG wurde am 14.12.2016 im Nationalrat, am 21.12.2016 im Bundesrat beschlossen, aber erst am 17.1.2017 mit BGBl. I Nr. 26/2017 kundgemacht. RV 1333, AB 1373, AA (Abänderungsantrag) 177 (zum KAKuG usw.), AA 179 (Zitatänderungen), Änderungen im Nationalratsplenarium 9665/BR B1GNR XXV. GP. Das Erkenntnis VwGH Ra 2016/08/0114-7 vom 19.1.2017 (Radiologie Althofen) ist dadurch überholt. Es wird in diesem Beitrag jedoch noch versucht, auf die Argumente des VwGH kurz einzugehen.

7 Siehe nur die Überschrift zu § 338 ASVG und § 148 Z 10 ASVG. Dass die Verträge mit (den Rechtsträgern von) Krankenanstalten durch die Regeln der Krankenanstaltenfinanzierung in finanzieller Hinsicht überlagert werden (seit mehreren Jahrzehnten keine Pflegegebührensätze bzw. Tagsätze mehr), ändert nichts an der privatrechtlichen Grundlage der Beziehungen.

8 § 135 Abs. 2, § 338 Abs. 2a, § 342 Abs. 1 Z 1, § 343e Abs. 2 ASVG usw.: Erreichbarkeit von zwei Ärzten, Großgeräteplan, flächendeckende ausgewogene Sachleistungsversorgung, Stellenplan, Versorgungsplan etc.

9 Vgl. VfSlg 17.682 und die dort zitierten Entscheidungen zur Erwerbsausübungsfreiheit und zum öffentlichen Interesse an der Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen.

10 § 135 Abs. 1 ASVG, § 3a Abs. 2 Z 1 KAKuG und andere Bestimmungen nennen für den Bedarf an ambulanter medizinischer Behandlung vorrangig ärztliche Einrichtungen, während die ambulante Basisversorgung durch bettenführende Krankenanstalten landesgesetzlich unterschiedlich ausgestaltet sein kann (§ 2a Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Z 2, § 6 Abs. 7 Z 5 KAKuG usw.).

11 Vgl. § 74 Abs. 3 ApothekerkammerG, § 91 Abs. 3 Z 1 ÄrzteG, § 123 Abs. 10 Z 1 WirtschaftskammerG.

12 Die Entscheidung des EuGH C-439/99 war im Hintergrund bewusst. Sie behandelt das Thema, ob und inwieweit überhaupt die Mitwirkung von Ständesvertretungen, deren Entscheidungsträger sich aus Mitgliedern des jeweiligen Marktgebietes zusammensetzen, an der Zulassung weiterer Mitbewerber zu öffentlichen Aufgaben zulässig ist, und führte dazu, mit der Einbindung von Interessenvertretungen der Marktteilnehmer in Entscheidungsabläufe zurückhaltend umzugehen. Hinsichtlich von Vorschriften, die davon abhängig machen, dass Einrichtungen, denen bereits in dem betreffenden Gebiet tätige Wirtschaftsteilnehmer angehören, bei der Gewährung öffentlicher Mittel mitwirken, verweist der EuGH in C-439/99 (vgl. dort Rz 39) darauf, dass das Erfordernis einer Zulassung oder einer amtlichen Anerkennung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs oder der freien Niederlassung bedeutet. Eine Beeinträchtigung kann sich auch aus Vorschriften ergeben, die die Mitwirkung von Einrichtungen vorsehen, denen bereits in dem betreffenden Gebiet tätige konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer angehören.

13 Dem Verfasser liegt ein Schriftsatz an eine Staatsanwaltschaft vor, in dem einem großen Sozialversicherungsträger (dessen Repräsentanten) vorgeworfen wird, in einem krankenanstaltenrechtlichen Genehmigungsverfahren wissentlich unwahre Stellungnahmen abgegeben zu haben, so dass der Verdacht des „Vorliegens des Tatbestandes der §§ 15, 12 und 302 StGB“ als zulässig erscheine (Versuch, Mittäterschaft, Missbrauch der Amtsgewalt). Betroffene hatten sich daraufhin persönlich zur Aussage einzufinden. In einem weiteren Fall wurden Angriffe wegen eines Vertragsabschlusses mit Hinweisen auf bedingten Vorsatz (§ 5 StGB) zur Untreue untermauert (§ 153 StGB – gegenüber dem eigenen Versicherungsträger, dessen Vermögen angeblich zu Unrecht geschmälert worden wäre). Selbst wenn solche Angriffe letztlich erfolglos bleiben, sind sie für die Betroffenen persönlich nicht angenehm, noch abgesehen von der Bedrohung von Funktionen mit zivilrechtlicher Haftung für allfällige Schäden (§ 424 ASVG). Dass solche Situationen zu vermeiden sind, liegt auf der Hand. Die Erfahrungen aus diesen Fällen waren ein Motiv, eine Neugestaltung des vorliegenden Themas in Angriff zu nehmen und insbesondere transparentere Abläufe und eine nachvollziehbare Entscheidungsfindung einzurichten zu versuchen.

14 Vgl. VwGH Ra 2016/08/0114-7, Rz 59.



© benbook - Fotolia.com

muss das nicht gelten. Die Sozialversicherung kann über eine Vertragsvergabe damit aber oft nicht selbstständig entscheiden, sondern ist an die Mitwirkung von Interessenvertretungen bzw. an regionale Planungen und Genehmigungen gebunden. Dieses (im Wesentlichen bereits aus den späteren 1940er Jahren stammende)¹⁵ System hat sich dem Grundsatz nach bewährt, es sollte durch die Neugestaltung nicht infrage gestellt werden, sondern bildet die Basis der zu schildernden Veränderungen.

Soziale Dienstleistungen im Europarecht – Planung ist anerkannt

Der EuGH hatte Planungsmaßnahmen, die Genehmigungen auf ein bestimmtes Gebiet beschränken und „in kohärenter und systematischer Weise das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit“ verfolgen, als rechtens anerkannt.¹⁶ Eine geordnete Krankenanstaltenplanung ist daher zulässig.¹⁷ Der EuGH erachtete das im österreichischen Krankenanstaltenrecht vorgesehene Bewilligungserfordernis mit Bedarfsprüfung prinzipiell aus dem in Art. 46 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 52 AEUV) vorgesehenen Gesundheitsschutz für rechtfertigungsfähig: Wenn sie zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus beitragen, können insbesondere zwei Ziele unter die genannte Ausnahme fallen, nämlich

- das Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen oder klinischen Versorgung sowie
- das Ziel der Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit.

Im Hinblick auf das letztgenannte Ziel betonte der EuGH, dass die **Planung medizinischer Leistungen**

die **Beherrschung der Kosten sicherstellen und so weit wie möglich jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen verhindern soll**; der Sektor der medizinischen Versorgung verursache erhebliche Kosten und müsse wachsenden Bedürfnissen nachkommen, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitsversorgung bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt seien. Das Gemeinschaftsrecht schließt nicht aus, dass die Infrastrukturen ambulanter Versorgung, wie der Arztpraxen und der Ambulatorien, auch Gegenstand einer Planung sein können. Eine Planung, die eine vorherige Genehmigung für die Niederlassung neuer Anbieter medizinischer Leistungen verlangt, kann sich als unerlässlich erweisen, um eventuelle Lücken im Zugang zu ambulanter Versorgung zu schließen. Weiters ist das notwendig, um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, sodass eine medizinische Versorgung gewährleistet ist, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Staatsgebiet (daher nicht nur die Sozialversicherung) abdeckt und geografisch isolierte oder auf andere Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt. Es steht einem Mitgliedstaat frei, die medizinische Versorgung so zu organisieren, dass er einem Sachleistungssystem den Vorrang gibt, damit jeder Patient im gesamten Inland leicht Zugang zu den Dienstleistungen von Vertragsärzten hat.

Art. 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) bestätigte diese Linie mit dem Hinweis, dass jeder Mensch das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten habe und dass bei der Festlegung und Durchführung der Politik und der Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt werde.

Allerdings zieht der VfGH die Grenze für die Bedarfsprüfung dort, wo das öffentliche Gesundheitswesen verlassen wird. Eine Bedarfsprüfung auch in diesem Bereich würde einen verfassungswidrigen Konkurrenzschutz für bereits bestehende, erwerbswirtschaftlich geführte private Krankenanstalten bedeuten.¹⁸ Das wurde auch vom VwGH vertreten: Sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen sind in das bei der Bedarfsprüfung zu berücksichtigende Versorgungsangebot nicht einzubeziehen, da ansonsten unzulässiger Konkurrenzschutz entsteht.¹⁹

¹⁵ Vgl. § 70 Abs. 1 lit. a SV-ÜG, BGBl. Nr. 142/1947.

¹⁶ EuGH 23.12.2015, C-293/14 (Rauchfangkehrer).

¹⁷ EuGH 10.3.2009, C-169/07 (Hartlauer, Rz 48 unter Hinweis auf das frühere Urteil vom 16.5.2006, C-372/04, Watts; vgl. auch 28.4.1998, C-158/96, Kohl; in diesem Sinne auch VfSlg 15.456 – Bedarfsprüfung OÖ KAG und VfSlg 19.529) und die daran geknüpften Rahmenbedingungen, Rundschreiben des BKA 17.3.2009, BKA-VA.C-169/07/0003-V/7/2009.

¹⁸ VfSlg 15.740 (Kärntner Krankenanstaltenordnung).

¹⁹ VwGH 2.4.2014, 2013/11/0078, vgl. auch die EBzRV 779 BlgNR XXIV. GP, 28 zu § 3a KAKuG.

Bewährtes
Vertragssystem.

Ressourcenverbrauch des österreichischen Gesundheitswesens – „Spitalslastigkeit“

Österreich wendet umfangreiche öffentliche und andere Ressourcen für das Gesundheitssystem auf. Das hängt nicht zuletzt mit der österreichischen Situation bei den Spitalsbetten zusammen: Für Österreich werden pro tausend Einwohner 60 Prozent mehr Spitalsbetten als im Durchschnitt aller OECD-Staaten ausgewiesen. Einschlägige Untersuchungen weisen darauf hin, dass das Gesundheitssystem in Österreich zu stark auf stationäre, meist im Krankenhaus erbrachte Dienstleistungen ausgerichtet ist, die teuer sind. Einhergehend mit der hohen Verfügbarkeit an Spitalsbetten hat Österreich im Verhältnis zu seinen Einwohnern die höchste Zahl an Spitalsbehandlungen in der OECD. Österreich kommt auf 266 Spitalsentlassungen je tausend Einwohner und damit um 70 Prozent mehr als im OECD-Schnitt (155 Entlassungen je tausend Einwohner). Hohe Krankenhaushäufigkeit ist gepaart mit kurzen Krankenhausaufenthalten, was auf einen „Drehtüreffekt“ hinweist. Die überdurchschnittliche Zahl an Spitalsbehandlungen lässt sich nicht durch Unterschiede in der Bevölkerungsstruktur erklären. Berichte weisen darauf hin, dass der Anteil der Gesundheitsausgaben am BIP in Österreich so hoch ist wie kaum in einem anderen OECD-Land, insbesondere aufgrund der hohen öffentlichen Ausgaben. Gesundheitsbezogene Ausgaben machen rund 16 Prozent der gesamten öffentlichen Ausgaben aus. Die Lebenserwartung bei der Geburt in Österreich (81,2 Jahre im Jahr 2013) hat seit dem Jahr 1970 um elf Jahre zugenommen und liegt mehr als ein halbes Jahr über dem OECD-Durchschnitt. Im Vergleich zu den OECD-Staaten mit der höchsten Lebenserwartung (83 Jahre oder darüber in Japan, Spanien und der Schweiz) liegt Österreich allerdings deutlich zurück.^{20,21} Vor diesem Hintergrund und im Licht der aktuellen Konsolidierungsbemühungen wurde diskutiert, ob die umfangreichen öffentlichen Ressourcen im Gesundheitssystem angemessen eingesetzt wären und ob es möglich sei, das Ansteigen der öffentlichen Gesundheitsausgaben dauerhaft zu verringern, ohne die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen einzuschränken.

Unerquickliche Rechtslage für das krankenstellenrechtliche Bewilligungsverfahren

Die Behörden der Länder, die über Bedarfsprüfungen nach den Krankenanstaltengesetzen zu entscheiden hatten, waren ebenfalls verstärktem Druck unterwor-

fen. Selbstständige Ambulatorien bedürfen im Regelfall sowohl zu ihrer Errichtung als auch zu ihrem Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung. Die zuständigen Behörden hatten daher zu entscheiden (§ 3a Abs. 2 Z 1 KAKuG), ob

„... nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen sowie auch im Hinblick auf das Versorgungsangebot durch Ambulanzen der genannten Krankenanstalten und kasseneigene Einrichtungen, niedergelassene Ärzte, Gruppenpraxen und selbstständige Ambulatorien, soweit sie sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen, bei selbstständigen Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Zahnärzte, Dentisten und zahnärztliche Gruppenpraxen, soweit sie sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen,

- a) zur Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen Gesundheitsversorgung und
 - b) zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit
- eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet erreicht werden kann;“

Allein der Wortlaut nur dieser Bestimmung, in der sich eine interpretationsbedürftige Formulierung an die andere heftet, zeigt, welche Herkules- und/oder Sisyphusarbeit der Gesetzgeber (natürlich im Rahmen der sechsmonatigen Entscheidungsfrist nach § 73 AVG) hier von der Landesbehörde verlangt. Dies vor dem Hintergrund, dass die Methoden und Angriffe, denen sich diese Behörden ausgesetzt sahen, wie bei den Sozialversicherungsträgern durch Drohungen in Richtung Amtsmissbrauch und Haftungen in den letzten Jahren härter geworden waren. Auch wenn Amtshaftungs- und Organhaftpflichtrecht dem Erfolg solcher Drohungen meist starke Riegel vorschoben, verbreitete sich das Unbehagen mit einer Rechtslage, die in diesem Zusammenhang im Allgemeinen außer den Krankenanstaltenplänen der Länder wenig konkrete Entscheidungsgrundlagen enthielt, auf die sich die Behörde im Einzelfall berufen konnte. Prekär wurde das Thema insbesondere dort, wo sich mehrere Konkurrenten (aus welchen Gründen immer) um die Bewilligung stritten. Es gab nur sehr wenige Ansatzpunkte, wonach bei gleichen Voraussetzungen eine Bewilligung einem Bewerber verweigert, einem anderen erteilt hätte werden können (weil mit der Bewilligung an sich ja noch die vom Gesetz gewünschte „wesentliche

Hoher Ressourcenverbrauch – unerquickliche Rechtslage.

²⁰ Gesundheit auf einen Blick 2015. Wo steht Österreich? <https://www.oecd.org/austria/Health-at-a-Glance-2015-Key-Findings-AUSTRIA-In-German.pdf> (abgerufen 15.2.2017). Selbst wenn sich die Beträge im Lauf der Jahre ändern sollten, ist das Argument der Größenordnung nach auch 2017 aktuell, die Unterlagen der OECD und der Gesundheit Österreich GmbH bieten hier reiches Material, vgl. auch das BG über die Gesundheit Österreich GmbH (GÖGG).

²¹ Gesundheit Österreich GmbH: Das österreichische Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, Ausgabe 2010 und 4. Ausgabe 2015, Wissenschaftlicher Ergebnisbericht, im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, August 2015. http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/4/8/3/CH1066/CMS1382089784387/das_oesterreichische_gesundheitswesen_im_internationalen_vergleich.pdf (abgerufen 15.2.2017).



Wildtiere machen sich im Kranken-anstaltenrecht breit.

Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet“ nicht erreicht war, sondern dies erst nach Eröffnung, also in Zukunft, zu erkennen wäre). Man half sich teilweise mit sehr knapp befristeten oder eingeschränkten Bewilligungen, die aber wiederum die Entscheidungsspielräume aller Beteiligten zeitlich massiv beeinträchtigten. Die Rechtslage für das kranken-anstaltenrechtliche Bewilligungsverfahren, die behördliche Entscheidungen letztlich dem Zufall dahin überantworten konnte, wie rasch ein Sachverständiger mit seinem Gutachten fertig wurde oder zu welchem Zeitpunkt (mehr oder weniger zufälligerweise) ein Antrag auf Bewilligung eingebracht worden war, erwies sich immer stärker als zweifelhaft. Wer in den Bau einer Krankenanstalt oder Ordination investieren möchte, benötigt dafür aber verlässliche Grundlagen.

Platzhirschen und Windhunde

Eine kranken-anstaltenrechtliche Bewilligung sagt weiters noch nichts darüber aus, ob und mit welchen Inhalten danach ein Vertrag über die Erbringungen von (Sozialversicherungs-)Leistungen abgeschlossen wird. Ebenso nichts wird dabei über die Beziehungen zu Patienten (deren Behandlungsverträge) gesagt, wobei diese Verträge aber von der Gestaltung der Sozialversicherungsbeziehungen abhängen können, je nachdem, ob und inwieweit die SV-Verträge als Verträge zugunsten Dritter²² vorliegen. Aber erst dann, wenn eine behördliche Genehmigung vorhanden ist, wird es für einen Anbieter wirtschaftlich sinnvoll, konkret mit dem Bau einer Krankenanstalt zu beginnen. Deren wirtschaftlicher Erfolg steht wiederum unter der Bedingung, dass die Sozialversicherung (oder ein anderer großer Financier) bereit sein muss, einen Vertrag über die Honorierung der angebotenen Leistungen abzuschließen. Interessenten an Verträgen mit der Sozialversicherung hatten daher versucht, auf mehr oder minder kreativen, oft auch intransparenten und eher vergaberechtsfernen Wegen bereits im Vorfeld der Errichtung

einer Krankenanstalt Zusagen über einen späteren Vertragsabschluss durch maßgebende SV-Träger zu erlangen. Mehr oder minder formelle Absichtserklärungen über Vertragsabschlüsse in Form von Letters of Intent (LoI), Memoranda of Understanding (MoU) oder Vorverträge²³ mit (auf welche Weise immer an die Sozialversicherungsträger herangetretenen) Anbietern konnten ein Ergebnis sein. Dass dies bei Konkurrenten nicht auf Gegenliebe stieß und von dieser Seite neue Interventionen begünstigte (und bei Überschreitung gewisser Grenzen auch arbeitsrechtliche Konsequenzen für Mitarbeiter bei Sozialversicherungsträgern bis zur Entlassung hatte), liegt auf der Hand.^{24, 25}

Eine intransparente Vorgangsweise ist den Anbietern angesichts der Kosten, die der Bau einer Gesundheitseinrichtung verursacht, nicht zumutbar. Allerdings verschafft eine kranken-anstaltenrechtlich positiv erledigte Bedarfsprüfung (oder gar: Errichtungsbewilligung) einem Anbieter eine gewichtige Verhandlungsposition, gleichsam eine Monopolstellung (deren Unterstützung durch Außenstehende unter Hinweis auf den Bescheid verstärkbar ist), weil er sich auf die Genehmigung berufen kann. Es werden „Platzhirschen“ gezüchtet. Der Sozialversicherung wird dadurch in der Praxis die Möglichkeit genommen oder zumindest stark erschwert, den jeweils geeignetsten Bewerber (Bestbieter) zu ermitteln. Sie könnte sich mit dem Anbieter begnügen müssen, der mehr oder weniger „zufällig“ bereits die behördliche Bewilligung in der Tasche hat. Dass diese Situation unerfreuliche Begleiterscheinungen wie Interventionen und andere „Versuche der Meinungsbeeinflussung“ fördert, muss weiter nicht behandelt werden. Diese Situation war 2016 auch bei einer Untersuchung durch den **Rechnungshof** zum Thema „Compliance“ bekannt (Reihe Bund 2017/7, 133): Dort bestand die Ansicht, einer Auswahl von Anbietern wären sachliche Kriterien und nicht die zeitliche Reihenfolge des Antrags zugrunde zu legen. Eine Vertragsvergabe, die sich danach richtet, welcher Bewerber (mehr oder weniger zufällig)

- der Erste war, der das kranken-anstaltenrechtliche Bewilligungsverfahren abgeschlossen hatte, und
- der Erste war, der den jeweiligen Sozialversicherungsträgern ein Angebot auf Vertragsabschluss vorlegte,

also eine Vertragsvergabe nach dem Motto „Schnelligkeit statt Qualität“, somit nach dem „Windhundprinzip“, war keinesfalls ein wünschenswertes Ziel. Der schnellste Anbieter kann, aber muss nicht der bestgeeignete sein. Das kranken-anstaltenrechtliche Verfahren ist schwerpunktmäßig kapazitätsorientiert (siehe oben:

22 § 881 ABGB. Die SV-Verträge werden auch als Vorverträge zugunsten Dritter gesehen: Kletter, in: Sonntag, ASVG⁹ § 341 Rz 24.

23 § 936 ABGB.

24 Wobei auf § 168b StGB über wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren und seine Strafdrohung von bis zu drei Jahren noch gar nicht eingegangen werden musste.

25 Zum Windhundprinzip bereits Angelika Höfler-Petrus, Beschreitung neuer Wege bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen, Soziale Sicherheit 2016, 469.

„Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet“), es kann die Qualität von Leistungen nicht abschließend beurteilen und sichern. Ein Bewilligungsbescheid begründet kein Dauerschuldverhältnis über die qualitätsvolle Erbringung und Honorierung von Leistungen der Sozialversicherung. Das Gesetzgebungsverfahren zum VUG und die Verhandlungen über die Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG hatten sich damit zu befassen. Es war ein Weg zu suchen, bei mehreren Interessenten für die Errichtung einer Krankenanstalt ein Verfahren zu gestalten, das jeweils dem Bedarf des Gesundheitswesens, der Qualität der Leistungen und dennoch auch dem einzelnen Bewerber Rechnung trägt: ein *fair*es

- krankenanstaltenrechtliches Bewilligungsverfahren
- im Rahmen der Anforderungen des Vergaberechts und
- im Rahmen der Anforderungen der sozialversicherungsrechtlichen Vertragsvergabe.

Kein Abschieben auf Patienten

Nachfrager medizinischer Leistungen (Patienten und deren Betreuungspersonen) besitzen nicht immer jenes Wissen, welches ihnen erst ermöglicht zu entscheiden, was (z. B. nach einer Operation) die fachlich bestgeeignete Vorgangsweise ist. Das setzt Ausbildung und Fachwissen im jeweiligen Fall voraus. Keinesfalls ist stets jener Anbieter medizinisch am besten geeignet, der die beste oder lauteste Werbung betreibt, auch das Aussehen von Homepages ist nicht immer ein fachliches Argument. „Behandlerwahl per Gerücht oder Abstimmung“ ist auf Dauer kein sinnvoller Weg, weil Mundpropaganda oft auf sehr eingeschränkten (unberechtigten oder berechtigten) persönlichen Meinungen aus Einzelfällen beruht. Ebenso nicht „Vertragsvergabe per Zuruf“ (durch Medien, Politiker, Bürgerinitiativen etc.). Ein Ergebnis dahin, krankenanstaltenrechtlich einfach jedem, der einen Antrag auf Bewilligung stellt, diese auch zu geben, solange nicht durch bestehende Angebote der Bedarf vollständig gedeckt wäre, erschien nicht als sinnvoller Weg. Dadurch wäre für die Behandlung wiederum nicht in erster Linie die Qualität, sondern die Werbekapazität einzelner Anbieter relevant geworden. Wenn nicht anderes, noch weiter Sachfremdes. Da die entsprechenden Leistungen aber aus öffentlichen Mitteln zu bezahlen gewesen wären, wäre eine solche Bewilligungspraxis zulasten der Finanzierung des Gesundheitswesens gegangen, ohne die Behandlungsqualität auf Dauer abzusichern.

Klare Planungsunterlagen

Dass bei Überlegungen zu Planungsthemen ein Blick auf die Rechtsprechung zu Raumordnung, Flächenwidmung und Bebauungsplänen geworfen wurde, lag auf der Hand. Es zeigte sich eine klare Linie der Höchstgerichte: Eine Rechtslage muss aus der planlichen Darstellung eindeutig und unmittelbar – also ohne das Heranziehen etwaiger technischer Hilfsmittel – feststellbar sein; ansonsten genügt die Regelung nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen. Die Kennzeichnung muss jedenfalls mit der aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlichen Präzision erfolgen.²⁶ Es ist aber durchaus möglich, Bindungen an Pläne vorzusehen. Das ist ebenfalls durch den VfGH in Entscheidungen zum **Krankenhaus Kitzbühel** belegt.²⁷ Es sind Bindungen anderer Behörden, auch von Landesregierungen möglich. Diese Bindungen müssen aber durch Gesetz und Verordnung entstehen, ein „Plan an sich“ oder ein Sachverständigengutachten können nie aus sich selbst eine allgemein wirkende Bindung erzeugen. Dass eine Unterlage State of the Art ist, macht sie noch nicht zu einer Rechtsvorschrift.

Dass Pläne (RSG und ÖSG) einander nicht widersprechen dürfen, erschien durch entsprechende Rechtsvorschriften gültig gestaltbar.²⁸ Es sind jedenfalls **konkrete Planungsunterlagen und Verordnungsermächtigungen** zu schaffen, weil Verordnungen, die auf einer verfassungswidrigen (weil zu wenig bestimmten) gesetzlichen Grundlage beruhen, ihrerseits erfolgreich als gesetzwidrig angefochten werden können.²⁹ Angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelung sein können, war davon auszugehen, dass Art. 18 B-VG *einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad* verlangt.³⁰ Der Grundsatz der Vorherbestimmung verwaltungsbehördlichen Handelns und damit auch des Ordnungsgebers im Sinne des Art. 18 B-VG darf aber nicht überspannt werden. Das gilt insbesondere bei der Regelung wirtschaftlicher Tatbestände oder dort, wo die gesetzliche Regelung an komplexe technische Sachverhalte anknüpfen muss.³¹ In diesen Fällen kann sich die erforderliche Determinierung aus den Zielen und dem Regelungssystem sowie besonderen verfahrensmäßigen Vorkehrungen ergeben. Bei der Formulierung der Texte zum VUG usw. wurde versucht, diese Rahmenbedingungen auch für die Erstellung, Festlegung und Kundmachung der verbindlichen Teile der Strukturpläne zu berücksichtigen. Da die in Rede stehenden Planungsbestimmungen

Klare Planungsunterlagen sind notwendig.

26 Zum Beispiel VfSlg 3130, 11.807, 12.420 und 13.716, 14.759, 14.968.

27 VfSlg 17.232 (Kitzbühel I), VfSlg 18.730 (Kitzbühel II).

28 VfGH VfSlg 19.948, Prüfungsbeschluss E 1245/2014 vom 2.12.2014, am Beispiel von § 31 Abs. 1 letzter Satz OÖ ROG 1994: Bebauungspläne dürfen u. a. dem Flächenwidmungsplan nicht widersprechen, aber können diesen ausführen.

29 VfSlg 19.700.

30 Siehe etwa VfSlg 15.888 und Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, Rz 745.

31 VfSlg 17.348 mit weiteren Nachweisen.



Im Wirtschaftsleben
muss mit
Veränderungen
gerechnet werden.

Auswirkungen auf das Investitionsverhalten von privaten Marktteilnehmern ebenso wie von öffentlichen Körperschaften bzw. Gebietskörperschaften haben werden, wurde auf **Vorhersehbarkeit und Planbarkeit** der Rahmenbedingungen Wert gelegt. Der VfGH hat dazu festgehalten,³² dass Rechtsunterworfenen mit einer Veränderung der Rechtslage für die Zukunft und damit auch einer ungünstigeren Gestaltung dieser Rechtslage rechnen müssen, Anpassungen der Strukturpläne je nach Bedarfsentwicklung sind daher zulässig. Der Gleichheitsgrundsatz setzt im Hinblick auf wirtschaftliche Investitionsentscheidungen daher nur dort allenfalls bestimmte Grenzen, wo staatliche Maßnahmen das konkrete Investitionsverhalten gezielt hervorgerufen haben.³³

Planungskriterien – „Wartezeit allein“ ist nicht ausreichend

Für den Bereich der Bedarfsprüfung waren Entscheidungen des VfGH in Erinnerung, wonach „auf den tatsächlichen Bedarf abzustellen“ sei.³⁴ Diese Judikatur schien allerdings zu verleiten, die Höhe des Bedarfs (also den Markt, die Nachfrage) durch (vom Anbieter gestaltbare) Verknappung des Angebots zu beeinflussen (damit Wartezeiten usw. zu verlängern³⁵ bzw. die Bereitschaft der Patienten zu Zuzahlungen für „Privattermine“ zu steigern). Den Patienten war mit dieser einseitigen Sichtweise nicht gedient. Dieser Fehlentwicklung sollte begegnet und die Bedarfsprüfung nicht mehr hauptsächlich von Wartezeiten abhängig gemacht werden. „Bedarfserhebung durch Meinungsumfrage über den Bedarf bei Mitbewerbern“ war kein ausreichender Weg.

Dem Kriterium der Wartezeit, dem nach der Judikatur des VfGH im Rahmen der Bedarfsprüfung früher eine entscheidende Bedeutung zukam, darf im Hinblick auf die Aussagen des EuGH im „Hartlauer“-Urteil (Fn 17) wegen seiner mangelnden Objektivität (Me-

thode der Befragung von Einrichtungen im Einzugsgebiet) keine maßgebliche Bedeutung mehr zukommen. Der EuGH stellte fest, dass die Prüfung der Wartezeit anhand von Antworten (dort: der Zahnärzte) im Einzugsgebiet erfolgte, obwohl diese unmittelbare potentielle Konkurrenten des Antragstellers waren. Diese Konkurrenten konnten die Wartezeit noch dazu über ihre eigenen Öffnungszeiten steuern. Eine solche Vorgehensweise ist geeignet, die Objektivität und Unparteilichkeit der Behandlung des betreffenden Bewilligungsantrags zu beeinträchtigen. Dies schließt aber nicht aus, dass auch Wartezeiten, sofern deren Feststellung auf objektiven Ermittlungsergebnissen beruht, je nach ihrem Ausmaß für oder gegen einen Bedarf sprechen können.³⁶

Schlussfolgerungen aus den bisherigen Erfahrungen

Um einen Plan verbindlich zu machen, wurden folgende Überlegungen behandelt:

- Der Inhalt des Plans muss exakt und mit allen notwendigen Details als klare Anordnung feststehen (keine bloßen unsortierten Blätter, Zeichnungen ohne Inhaltsangaben, schlecht lesbaren Grafiken, Excel-Listen in minimaler Schrift, schlechten Kopien, Bilder in schlechter Auflösung usw.).
- Es muss sich um einen Inhalt handeln, nach dem sich andere auch tatsächlich richten können (keine Vorschläge, Erzählungen, Schilderungen).
- Der Inhalt muss exakt zitierbar, seine Entwicklung nachvollziehbar und auch Jahre später verlässlich auffindbar sein. Damit verbietet sich zunächst, die Pläne „irgendwie ins Internet“ zu hängen, weil nicht sicher ist, ob ein Link nach z. B. einem Minister-/Regierungswechsel oder einem Layoutwechsel der Website noch in seiner ursprünglichen Form funktionieren würde. Genaue Zitierbarkeit (ohne Redundanzen in der Zählung) ist ebenfalls notwendig. Die Erfahrung zeigte, dass Auffindbarkeit nicht leicht absicherbar ist (und wohl in späteren Zeiten auch übersehen wird, weil es den Betroffenen gleichgültig wird). Diese Überlegung führte zur Kundmachung im Rechtsinformationssystem des Bundes.
- Der Plan muss von einer dazu befugten Stelle aufgestellt und kundgemacht worden sein, was eindeutig nachvollziehbar zu sein hat. Als Alternative wurde betrachtet, eine Kundmachung (nur) dann vornehmen zu lassen, wenn alle Betroffenen zugestimmt hätten. Ähnliches ist im B-VG vorgesehen, z. B. im Vergaberecht nach Art. 14b Abs. 4 B-VG; im Organisationsrecht Art. 15 Abs. 10 B-VG, im Verfahren Art. 94 Abs. 2 und

³² Siehe nur VfSlg 15.739 und 14.868.

³³ VfSlg 12.944, 13.655, 15.739.

³⁴ VfGH 19.6.2007, 2004/11/0079.

³⁵ ... und dann zu versuchen, durch Errichtung einer weiteren Behandlungsstelle diese zu verringern. Dass manche Anbieter parallel eine Arztordination und ein Ambulatorium führen, kann auf solche Überlegungen rückführbar sein.

³⁶ VfGH vom 2.4.2014, 2013/11/0078 und vom 23.9.2014, 2013/11/0241. EBzRV 779 BlgNR XXIV. GP, 27.

in der mittelbaren Bundesverwaltung bei Art. 102 Abs. 1 B-VG. Allerdings: Ob eine solche mehrfache Bindung (an Bund, Länder, Sozialversicherung usw.) tatsächlich durch einfaches Bundes- oder Landesgesetz vorzusehen möglich wäre, war sehr zweifelhaft³⁷ und schien dem Anlass nicht adäquat, weil die jeweils zugrundeliegenden Planungsunterlagen ja ohnedies konsensual zu erstellen sein würden.

Absicherung durch Sanktionen

Zur Diskussion stand weiters, die Nichteinhaltung von Planungsbestimmungen mit Sanktionen zu belegen. Davon wurde letztlich nicht im Detail Gebrauch gemacht, die vorhandenen Möglichkeiten³⁸ wurden als ausreichend betrachtet. Überlegt wurden Nichtigkeits-sanktionen³⁹ oder wirtschaftliche Sanktionen⁴⁰.

Wie wird ein Plan verbindlich?

Dazu hatte der VfGH bereits klare Rahmenbedingungen definiert: Planungen können nicht allein von sich aus Rechtswirkungen auslösen: Sie müssen in die jeweilige (Bundes- oder Landes-)Rechtsordnung umgesetzt werden. Der VfGH teilte im Wesentlichen diese Ansicht: Die vorhandenen Strukturpläne werden von ihm als Bausteine eines gesundheitspolitischen Konzepts gesehen, die nicht bindend sind.⁴¹ Der VfGH anerkannte, dass Zielvorgaben und andere Planungsmaßnahmen erstellt werden können (was auch europarechtlich klar war, siehe bereits oben). Der Inhalt verschiedener Vorgaben mag auch nach dem VfGH zwar durchaus unter Verwendung von im Wirtschaftsleben etablierten Techniken (z. B. Zielsteuerungsverträge etc.) erarbeitet werden. Die **verbindliche Anordnung** selbst muss aber nach dem VfGH **in der Form eines bundesverfassungsgesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmittels** getroffen werden.⁴²

Damit war „nur mehr“ eines dieser Gestaltungsmittel zu finden, das von allen Seiten akzeptiert worden wä-

re. Schon das erwies sich angesichts der Kompetenz- und Interessenlage im Gesundheitswesen als schwierig.⁴³ Einzig die Verwendung von Verordnungen wurde einigermaßen rasch klar.

Es zeigte sich aber auch nach längeren Diskussionen keine konsensfähige Möglichkeit, z. B. den ÖSG durch einen einzigen Rechtsakt verpflichtend für Bund, Länder und Sozialversicherung zu gestalten (keine Mehrheit für Verfassungsbestimmungen; kein Konsens, diese Tätigkeit einer einzigen in der Öffentlichkeit der gesundheitspolitischen Diskussion stehenden Person bzw. Stelle⁴⁴ zu übertragen). Es wurde notwendig, ein Netzwerk aus Rechtsvorschriften im Rahmen der Bundesverfassung samt begleitenden Maßnahmen (allenfalls auch Sanktionen) zu überlegen. Die Umsetzung sollte im Rahmen der jeweiligen Kompetenzen verbleiben. Es flossen auch Erfahrungen aus dem politischen Umfeld in die Entwicklung ein.

Überlegt wurden auch parallele Verordnungen der Gesundheitsministerin, von Landesregierungen oder Landeshauptleuten und Richtlinien des Hauptverbands.⁴⁵ Über das Ziel, wonach die Planungen für Bund, Länder, Sozialversicherung und deren Vertragspartner gleichermaßen gelten sollten, bestand jedoch Einvernehmen. Es gab u. a. Diskussionen zu folgenden Themen:

- **Richtlinien des Hauptverbands (HVB)** würden nur dann über die Verbandsmitglieder hinaus wirken, wenn sie im übertragenen Wirkungsbereich nach Weisungen des Bundesministers (BMAK oder BMGF) erlassen würden. Sollten sie Kammern binden,⁴⁶ wären allenfalls auch andere Bundesminister als Weisungsgeber vorzusehen.⁴⁷ Der HVB wäre dabei verlängerter Arm der Ministerien. Sollten Landesbehörden gebunden werden, wären die Landesregierungen als Weisungsgeber vorzusehen. Das schien zwar vorstellbar – siehe §§ 4 f., jeweils Abs. 2–4 SV-EG –, aber bei unterschiedlichen Interessen schwer vollziehbar und unpraktikabel.

Wer soll einen Plan verbindlich machen?

37 Das hätte im Ergebnis die Bindung z. B. eines Landes an eine Willensäußerung z. B. der Sozialversicherung bedeutet, was – wenn überhaupt – vielleicht durch eine Verfassungsbestimmung durchführbar (die dazu erforderliche Mehrheit im Nationalrat schien kaum erreichbar), aber sonst kaum absicherbar erschien.

38 Art. 45 f. OF, Art. 21 ff. ZSG.

39 Vgl. § 338 Abs. 2a letzter Satz bzw. § 341 Abs. 3 ASVG letzter Satz, also ein vorhandenes Instrument. Dass ein Vertrag nichtig (unwirksam) ist, wenn er nicht einem Planungskriterium (dort: Stellenplan) entspricht, ist seit Jahrzehnten in § 343 Abs. 1 vorletzter Satz ASVG normiert, der Gedanke ist somit durchaus nicht neu oder ungewöhnlich (gesetzliches Verbot mit Nichtigkeitsanktion, vgl. § 879 Abs. 1 ABGB). Damit wollte man seinerzeit den Zehnjahresvertrag aus dem Jahr 1978 absichern. Dieser Vertrag ist ein Vorläufer der seither immer wieder versuchten Kapazitätsplanungsversuche im ambulanten Bereich; abgedruckt bei Dragaschnig/Souhrada, Schiedskommissionen (1983), 224–229.

40 Zum Beispiel finanzverfassungsrechtlicher Art, vgl. Art. 19 ff. Österreichischer Stabilitätspakt 2012, insbesondere Art. 24 – Tragung finanzieller Sanktionen. Auch dafür hätte es ein theoretisches Beispiel gegeben: § 447a Abs. 12 ASVG – keine Leistung, wenn die ungünstige Kassenlage selbst herbeigeführt wurde. Das Verfahren vor dem VfGH nach Art. 138a B-VG auf Antrag der Bundesregierung oder einer beteiligten Landesregierung, ob eine Vereinbarung nach Art. 15a B-VG erfüllt wäre, stünde ebenfalls zur Verfügung.

41 VfGH 19.1.2017, Ra 2016/08/0114-7, Rz 49 und 56.

42 VfSlg 17.172 (Ausgleichsfonds).

43 Zur bis 2016 bestehenden Situation treffend Birgit Schratlbauer, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen, Soziale Sicherheit 2016, 168–179.

44 Minister, die Landeshauptleute, Hauptverband, Patientenanwalt, ein neu zu schaffender Weisenrat, der Oberste Sanitätsrat, ein Planungsbeauftragter, die Gesundheit Österreich GmbH usw. standen zur Diskussion.

45 Pate dieses Gedankens war, dass auch die Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG vom Bund und von den Ländern gleichermaßen (parallel) kundzumachen sind. Über die verfassungsmäßige Umsetzbarkeit dieses und anderer Vorschläge soll hier keine Aussage getroffen werden.

46 Auch das Ergebnis dieser Überlegung, dass der Hauptverband unter Weisungsbindung an einen Bundesminister eine Richtlinie (= Verordnung) erlässt, welche die Wirtschaftskammer Österreich oder eine Ärztekammer bindet, kann hier nicht weiter kommentiert werden. Es schien schon angesichts der Art. 120a ff. B-VG zweifelhaft.

47 Art. 120b Abs. 2 B-VG, VfSlg 17.023 (Hauptverband).

Interessenlage bei
der Vollziehung
von Gesetzen.

- **Verordnungen der Landeshauptleute (LH)** sahen sich ähnlichen Einwänden gegenüber: Eine Bindung z. B. bundesweiter Sozialversicherungsträger im jeweiligen Land schien zwar denkbar, aber wenn — und das ist laut VfGH zulässig — ländergrenzüberschreitende Planungen (z. B. Versorgungszonen nach ÖSG⁴⁸) relevant würden, hätten die LH praktisch gleichlautende Verordnungen zu erlassen gehabt, was hohe Koordinationskompetenz des Bundesministers voraussetzte.
 - Die **Interessenlage** wurde ebenfalls diskutiert: Nicht nur LH, auch andere Organwalter könnten sich als Einzelpersonen, wie die Geschichte zeigt, vorrangig einzelnen (Landes- oder anderen) Interessen verpflichtet fühlen, wenn es sich um die Vertretung von volkswirtschaftlichen Gesamtinteressen (nicht bloß: Bundesinteressen!) handelt und sie eigentlich an andere Standpunkte weisungsgebunden wären. Beispiele sind VfSlg 10.510 – „Haslauer“, wo der LH (zu Ladenöffnungszeiten am 8. Dezember 1984) anführte, „es gegenüber der gewerblichen Wirtschaft nicht vertreten“ zu können, die ihm zugegangene Weisung des damaligen Bundesministers Dallinger zu vollziehen, oder auch VfSlg 18.894 – „Betriebsabgang Hanusch-KH“, VfSlg 11.854 und 10.933 – „Versorgungsauftrag Nierenlithotripter“ und die Diskussion Anfang der 1990er Jahre zum „Gamma Knife“, das in Wien aufgestellt wurde, obwohl es in Graz bereits eines dieser damals sehr teuren Geräte gab (Zitat von Bürgermeister Zilk: „Die Jetti-Tant muss nicht mehr nach Graz fahren“).⁴⁹
- Im Ergebnis war damit eine Organisationsform zu suchen, in der Verordnungen durch eine von allen Seiten akzeptierte, neutrale Stelle erlassen werden könnten.

Abschluss von Sozialversicherungsverträgen nach Vergaberecht

2015 war die Vergabe von Verträgen über Leistungen der Kinderrehabilitation einzuleiten. Vor dem soeben genannten Hintergrund verstärkter Konkurrenz im

Markt hatte der Hauptverband betreffend die **Anwendung des Vergaberechts** im Gesundheitsbereich mit dem Bundeskanzleramt Kontakt aufgenommen. Dabei ergab sich, dass die Vergabe der in Rede stehenden Dienstleistungen durch Sozialversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber jedenfalls dem Grundsatz nach dem Vergaberecht unterlag.⁵⁰ Ausnahmebestimmungen bestanden nicht. Eine Vergabe außerhalb des Regelungsregimes des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 (bzw. der zukünftigen Vergaberegulungen) war unzulässig.⁵¹ Dies wurde auch umgesetzt.⁵² Das Verfahren zeigte, dass Planungsinhalte (nur) dort taugliche Grundlage für Vertragsvergaben sein können, wo es konkrete, für Außenstehende nachvollziehbare Aussagen (z. B. Tabellen über Bedarf) gibt. Dazu kamen Erfahrungen anderer Art. Verstöße gegen Vergaberecht sind **keine Kavaliersdelikte**: Nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006 hat das BVerwG das Recht, bei Verstößen gegen das Vergaberecht entweder Verträge für absolut nichtig zu erklären oder Geldbußen zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein müssen. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 Prozent, im Unterschwellenbereich zehn Prozent der Auftragssumme. Angesichts der Beträge, die über Verträge zwischen Krankenanstalten und Sozialversicherungsträgern abgerechnet werden, können diese Bußen hohe Eurobeträge erreichen. Entscheidungsträger der Sozialversicherung könnten in diesem Zusammenhang nach § 424 ASVG einer Haftung unterworfen sein, auf die seitens des jeweiligen Sozialversicherungsträgers nicht ohne Weiteres verzichtet werden darf.

Dass der österreichischen Gesetzgeber aufgrund der Klassifikation von Gesundheitsdienstleistungen als (bis 2016) „nichtprioritär“⁵³ bzw. (künftig) als „soziale und andere besondere Dienstleistung“⁵⁴ oder „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“⁵⁵ Spielraum bei der Ausgestaltung des jewei-

48 VfSlg 16.059: Zwar ist jedes Land lediglich verpflichtet, unter Bedachtnahme auf den Landeskrankenanstaltenplan Krankenanstaltspflege für anstaltsbedürftige Personen im eigenen Land entweder durch Errichtung und Betrieb öffentlicher Krankenanstalten oder durch Vereinbarung mit Rechtsträgern anderer Krankenanstalten sicherzustellen, es kann jedoch für „Personen, die im Grenzgebiet zweier oder mehrerer Länder wohnen“ die „Anstaltspflege auch dadurch sichergestellt werden, dass diese Personen im Falle der Anstaltsbedürftigkeit in Krankenanstalten eines benachbarten Landes eingewiesen werden“ (§ 18 Abs. 1 letzter Satz KAG). Das KAG des Bundes schreibt daher eine über die Landesgrenzen hinausgehende Prüfung des Bedarfs geradezu vor.

49 Siehe dazu auch die parlamentarische Anfrage aus 2011, 7770/J, beantwortet durch 7701/AB, XXIV. GP über die Ziele der Spitalsreform.

50 Allgemein zur Situation bereits Angelika Höfler-Petrus, Beschreitung neuer Wege bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen, Soziale Sicherheit 2016, 462–469.

51 BKA-600.883/0039-V/8/2015 vom 24.6.2015 (siehe www.sozdok.at).

52 Es gab eine Reihe von Anfechtungsverfahren, die erfolglos blieben: Grundsätzliche Aussagen zu diesen Vergaben trifft das BVerwG im Erkenntnis vom 14.6.2016, W138 2126059-2.

53 Anhang IV Kategorie 25 BVergG 2006.

54 Siehe z. B. die Bekanntmachungsregeln in Anhang VI zum Entwurf des BVergG 2017, Teile H ff.

55 § 9 Abs. 1 Z 18 im Entwurf zum BVergG 2017. Die endgültige Rechtslage wird von der Auslegung des Begriffs „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ abhängen, insbesondere ob Leistungen von Gesundheitsdiensteanbietern, die in Österreich am Markt teilnehmen (also auch Privatversicherte und Barzahler aufnehmen) darunter fallen oder nicht. Auch Unterlagen der EU sind hier nicht völlig eindeutig, siehe die Ausführungen zur Leistung von Krankenanstalten, 31–35 in den Fragen 25 und 27 der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Brüssel, 29.4.2013, SWD (2013) 53 final/2. Diese Unterlage verweist mehrfach auf die „DAWI-Mitteilung“ – Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. EU C vom 11.1.2012, 8–14, in deren Punkten 21 ff. die Gesundheitsfürsorge behandelt wird. Gerichtsentscheidungen haben danach bereits klargestellt, dass Gesundheitsdienstleistungen, die niedergelassene Ärzte und andere private Mediziner gegen Entgelt auf eigenes Risiko erbringen, als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind, also nicht vom Vergaberegime ausgenommen wären.

ligen Verfahrens hat, war bewusst. In diesem Sinn sind die bestehenden Regeln über die Vergabe von SV-Verträgen in den §§ 338 ff. ASVG Spezialregeln, die auch unter dem neuen Vergaberechtsregime Bestand haben und vom VUG nicht angetastet wurden. An der Verpflichtung, die „**Grundwahrheiten des Vergaberechts**“ einzuhalten, nämlich die unionsrechtlichen Grundsätze der Transparenz, der Objektivität und der Nichtdiskriminierung, eines fairen Verfahrens usw.,⁵⁶ ändert sich dadurch nichts. Die diskutierten Formulierungen folgen (z. B. hinsichtlich der Anbieter- bzw. Rechtsformneutralität) diesen Rahmenbedingungen. **Rechtsformneutralität** ist auch Kriterium bei Organisationsveränderungen: In Fällen, in denen z. B. ein bestehendes Laboratorium einer natürlichen Person von einem anderen Rechtsträger (einer juristischen Person) übernommen wird und als selbstständiges Ambulatorium weitergeführt werden soll, erübrigen sich nach dem VwGH weitere Ermittlungen, ob ein Bedarf gegeben ist, insofern keine Erweiterung des Leistungsangebots geplant ist. Diese Auffassung hat der VwGH dort vertreten, wo ein selbstständiges Ambulatorium an die Stelle einer Facharztordination trat und eine Zusammenlegung ohne Ausweitung des Leistungsangebots erfolgte.⁵⁷

Umsetzungsverzug und Aufmerksamkeit im Vergabebereich

Österreich ist weiters mit der Umsetzung europäischen Vergaberechts seit 18. April 2016 in Verzug. Es war nicht dieser Verzug allein, der die Aufmerksamkeit auf die Praxis der Vertragsvergaben im Gesundheitswesen Österreichs lenkte: Die Europäische Kommission war 2016 bereits aufgrund der ihr vorliegenden Daten zu dem Ergebnis gekommen, dass die einschlägigen Bekanntmachungen in Österreich unterdurchschnittlich seien, und wollte die dafür verantwortlichen Faktoren näher untersuchen.⁵⁸ Zu diesem Zweck und zur Vermeidung eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens war es erforderlich, der Kommission einen Einblick in die Beschaffungsvorgänge im Gesundheitssektor in Österreich zu geben.⁵⁹

Ein Seitenstrang: die Entwicklung des neuen Bundesvergaberechts

Die hier behandelten Regeln beruhen auf eingehenden Diskussionen, in denen sehr unterschiedliche Standpunkte vertreten wurden. Das zeigt sich auch bei Tex-



© Sebastian Duda - Fotolia.com

ten (und deren zeitlichen Verzögerungen), die nicht direkt mit dem VUG in Verbindung stehen: Während im KAKuG im Zusammenhang mit der Vergabe von Sozialversicherungsverträgen erstmals auf das Vergaberecht verwiesen wird, enthält der gleichzeitig erstellte Ministerialentwurf⁶⁰ BVergG 2017 in seinem § 9 Abs. 1 Z 18 eine zunächst kryptische Formulierung, wonach dieses Gesetz nicht gilt für „Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Leistungen von allgemeinem Interesse“. Was das sein soll, wird in den Erläuterungen nur auf den ersten Blick klarer. Dort wird ausdrücklich auf diese Bestimmung mit der Bemerkung hingewiesen, „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie z. B. Kur- und Rehaleistungen) sind im Sinn dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen“. Allerdings: Anhang XVI desselben Entwurfs reiht z. B. in seinem Teil 1 Z 16 Rehabilitationsmaßnahmen im Krankenhaus unter die besonderen Dienstleistungsaufträge ein, für die nach den §§ 151 und 312 BVergG 2017 ausdrücklich eine Reihe von Bestimmungen anzuwenden ist, so im Oberschwellenbereich (§ 151 Abs. 3) ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern. Dieser Anhang sieht weiter in Teil C vor, dass „Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“ (nur dann) nicht dem BVergG unterliegen sollen, wenn sie als die bereits erwähnten „nichtwirtschaftlichen Leistungen von allgemeinem Interesse“ organisiert werden. Was diese „nichtwirtschaftlichen Leistungen“ sind, ergibt sich z. B. aus einer Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission,⁶¹ wo unter Berufung auf die Binnenmarktvorschriften des AEUV⁶² ausgeführt wird: „Tätigkeiten, die beispielsweise im Rahmen der sozialen

Seitenwirkungen im Vergaberecht.

⁵⁶ Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des EuGH zu nichtprioritären Dienstleistungen z. B. Rs. C-507/03, C-226/09, C-95/10.

⁵⁷ 2.4.2014, 2013/11/0078, 24.6.2003, Zl. 2000/11/0208, 21.4.1998, Zl. 96/11/0228.

⁵⁸ An solchen Details zeigen sich die Unterschiede zwischen den diversen Sozialversicherungssystemen (Bismarck-Modell, Beveridge-Modell usw.) deutlich, weil die Vergabepaxis von der jeweiligen innerstaatlichen Organisation abhängt: Die Vertragspartner der österreichischen Sozialversicherung sind privatwirtschaftlich tätig und erteilen somit keine (kundmachungspflichtigen) öffentlichen Aufträge.

⁵⁹ BKA-671.801/0162-V/8/2016 vom 23.12.2016 und BKA-671.801/0001-V/8/2017 vom 19.1.2017. Entsprechende Arbeiten liefen parallel zur Gesetzwerdung des VUG und mündeten legislativ in den Ministerialentwurf des BVergG 2017.

⁶⁰ Im Vergaberechtsreformgesetz 2017, BKA-600.883/0003-V/8/2017. Ende der Begutachtungsfrist: 3.4.2017.

⁶¹ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen (siehe oben Fn. 55), 116, Frage 224.

⁶² Art. 49 und 56 AEUV.



© Dangubic - Fotolia.com

Neue Organisation der Planung durch das Gesundheits- ZielsteuerungsG.

Daseinsvorsorge vom Staat oder im Auftrag des Staates ohne wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden, stellen keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften und der Dienstleistungsrichtlinie dar.“ Der Begriff wird eng gefasst: „Die schlichte Tatsache, dass eine Einrichtung keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeiten, die sie ausübt, nichtwirtschaftlicher Natur sind.“⁶³ Die Erläuterungen des Ministerialentwurf zum BVergG 2017 deuten für den erstmals unbefangenen Leser jedoch in die Richtung, dass solche Dienstleistungen nicht dem BVergG unterliegen sollten. Bei näherer Betrachtung könnte das jedoch der Fall sein, eine Klarstellung wird im Rahmen des BVergG 2017 notwendig sein.

§ 23 Gesundheits-ZielsteuerungsG Stufenbau

Die Regelung ist Ergebnis eines Stufenbaus von Entscheidungen und Kompetenzen: Zunächst wird nach § 7 Abs. 4, § 14 Abs. 2 Z 1, §§ 19 ff. G-ZG usw. der Österreichische Strukturplan erstellt.⁶⁴ Das obliegt nach § 26 Abs. 4 Z 1 lit. j G-ZG der Bundes-Zielsteuerungskommission B-ZK (Organ der Bundesgesundheitsagentur BGA, § 25 Abs. 1 Z 1 G-ZG). Dieser ÖSG ist (§ 19 Abs. 1 G-ZG) ein Rahmenplan. Dass er bereits in § 19 G-ZG als verbindlich bezeichnet wird, hängt mit seinen Zielen und der dortigen Zitierung der (natürlich unter den Vereinbarungspartnern verbindlichen, vgl. nur Art. 138a B-VG) Vereinbarung nach Art. 15a B-VG OF zusammen,⁶⁵ macht ihn aber noch nicht allgemein rechtlich verbindlich. Ebenfalls entsteht eine Verbind-

lichkeit nicht bloß dadurch, dass der ÖSG im Rechtssystem des Bundes (RIS)⁶⁶ nach § 22 Abs. 1 G-ZG zu veröffentlichen ist. Dies hängt vorerst nur mit dem Wunsch zusammen, die Grundlagen des Ablaufs transparent zu machen und mit den technischen Einrichtungen⁶⁷ des RIS eine bewährte technische und sichere Plattform zur Kundmachung wichtiger Unterlagen zu nutzen.⁶⁸ Der ÖSG ist vorerst nur das „objektivierte Sachverständigengutachten“, als das er nach § 59k Z 1 KAKuG anzusehen ist.

Die B-ZK hat allerdings festzulegen, was rechtsverbindlich werden soll. Das in diesem Zusammenhang vorgesehene Begutachtungsverfahren ist von der **Gesundheitsplanungs-GmbH** durchzuführen (§ 23 Abs. 1 G-ZG). Ausdrücklich ist vorgesehen, dass für Änderungen nochmals ein Beschluss der B-ZK notwendig ist (zusätzlich gibt es – § 21 Abs. 8 G-ZG – zum RSG dann noch ein weiteres gesetzlich vorgesehenes Begutachtungsverfahren, in welches die Ärztekammer einzubeziehen ist).⁶⁹

Verbindlicherklärung durch Verordnung

Die GmbH hat keine Entscheidungsrechte, sie ist eine Form des Büroapparats für die Dauer der Vereinbarung OF (§ 23 Abs. 3 Schlussätze G-ZG), was sich auch in den Weisungsbindungen (§ 23 Abs. 7 und 8 G-ZG) ausdrückt. Ihr „übertragener Wirkungsbereich“ erstreckt sich auf Büroarbeiten. Eine Kernaufgabe des Staates, wie sie im Sinne der Judikatur des VfGH zur Auslagerung öffentlicher Aufgaben beachtlich wäre, liegt nicht vor. Die GmbH ist eine für diese spezielle Situation geschaffene Entität, die nicht am Markt (für Bürodienstleistungen usw.) teilnimmt. Der gesetzlich vorgegebene bestimmende Einfluss macht sie darüber hinaus zu einer de facto eigenen Dienststelle für Bund, Länder und Sozialversicherung (vom Vergaberecht ausgenommene Inhouse-Gesellschaft⁷⁰). Die für Verordnungen gebotene Determinierung (Art. 18 B-VG) ergibt sich daraus, dass die GmbH nicht von den Festlegungen der B-ZK abweichen kann und die B-ZK ihrerseits bei ihren Beschlüssen das G-ZG zu beachten hat. Die Weisungen können sich nur auf den jeweiligen Kompetenzbereich (des Bundes oder eines Landes) erstrecken, sodass die GmbH auf diese Weise konfliktfrei an Wei-

63 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen (siehe oben Fn. 55), 36, Frage 31.

64 Zur konkreten Arbeit: § 4 Abs. 1 Z 1 BG über die Gesundheit Österreich GmbH (GÖGG) und § 31 Abs. 2 Z 5 ASVG (Rehabilitationsplan).

65 Vgl. nur den AB 1372, Z 3.

66 Das RIS ist die elektronische Form des (Bundes-, Landes-)Gesetzblattes und anderer Kundmachungsorgane (z. B. jener für SV-Recht und Gesamtverträge). In ihm können auch andere Kundmachungen erfolgen, wenn ihre Verlautbarung im Bundesgesetzblatt in anderen Rechtsvorschriften angeordnet ist. In diesem Sinn sind die §§ 22 f. G-ZG Spezialbestimmungen zum Gesetz über das Bundesgesetzblatt, vgl. § 7 BGBIG.

67 Exakte Darstellung von zeitlichen Gesichtspunkten, elektronische Signierung, sichere Archivierung, Sicherung von Authentizität und Integrität (§ 8 BGBIG), Textsuchfunktion usw.

68 Dass der ÖSG nach § 59k Einleitung KAKuG auch auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit zu veröffentlichen ist, stammt aus der früheren Rechtslage, schadet nicht und könnte auch durch einen Link auf das RIS erfolgen.

69 Diese mehrfache (vom „legistischen Handwerk“ her eher selbstverständliche) Betonung von Begutachtung (teilweise am Beispiel der Ärztekammer) hat u. a. damit zu tun, dass die Interessenvertretungen in den Ablauf eingebunden sein bzw. bleiben sollten (vgl. aber Fn. 12).

Das ist ein Beleg dafür, dass es nicht Ziel der Veränderung war, ein mehr staatsorientiertes System ohne Einbindung von Interessenvertretungen zu schaffen. Die alleinige Erwähnung der Ärztekammer verhindert nicht, andere Kammern ebenfalls einzubinden.

70 § 10 Z 7 BVergG 2006, § 10 Abs. 1 BVergG 2017 in der Fassung des Ministerialentwurfs.

sungen aus mehreren Quellen gebunden sein kann. Es sind in ihr weiters Repräsentanten der betroffenen Kompetenz- und Finanzierungsträger zusammengefasst, was den Informationsfluss⁷¹ auch in diesem Zusammenhang absichern hilft: Bund, Länder und Sozialversicherung (Letztere durch den Hauptverband in Wahrnehmung seiner allgemeinen Vertretungsbefugnis, § 31 Abs. 3 Z 5 ASVG). Dass die Geschäftsführung unentgeltlich zu erfolgen hat, belegt den formalen Charakter dieser Gesellschaft.

Die Gesundheitsplanungs-GmbH hat die Verordnungen zu erlassen, mit denen die bereits von der B-ZK dafür vorgesehenen Teile des ÖSG verbindlich werden. Die Erwähnung des Art. 10 B-VG in § 23 Abs. 4 G-ZG macht deutlich, dass es sich in diesem Absatz nur um Angelegenheiten aus dem Kompetenzbereich des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung handeln kann. Welche Form und welche Inhalte diese Teile haben, obliegt der Entscheidung der B-ZK, nicht der GmbH. Es war nicht geplant, den ganzen ÖSG verbindlich zu machen – schon angesichts seines Umfangs. In Diskussion stand, dass es zweckmäßig sein könnte, zunächst mit den für eine Bedarfsplanung bereits bisher relativ ausgefeilt vorhandenen Bereichen zu beginnen, somit eine Einbeziehung bestehender Pläne wie dem Großgeräteplan, dem Versorgungsplan Kieferregulierung⁷² und/oder dem Rehabilitationsplan vorzusehen. Als neues, von der Menge her kleineres Thema schien auch eine Planung für Vertragskrankenanstellen nach dem IVF-FondsG einschließlich Qualitätsfestlegungen überlegenswert. Das Motto „mit klaren Themen vorerst nur teilweise anfangen, aber präzise sein“ scheint ratsam. Ein Vollständigkeitszwang, bereits zu Beginn alle infrage kommenden Themen im Rahmen einer Verbindlichkeitsdiskussion zu behandeln, besteht nicht, wohl aber wird der ÖSG laufend weiterzuentwickeln sein (keine „Versteinerung“ zu einem bestimmten Zeitpunkt), schon um den Prinzipien der partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit⁷³ zu entsprechen. Der ÖSG muss aktuell gehalten werden, soll er seine zukünftigen Aufgaben erfüllen. Unnötiger Verzug bei notwendigen Änderungen kann zu Unsachlichkeit und damit Verfassungswidrigkeit führen.⁷⁴ Für den Fall aber, dass (nicht einmal) über die bereits jetzt verbindlichen Landeskrankenanstellenpläne Einvernehmen erzielbar ist, sieht § 24 G-ZG vor, dass der Landeskrankenanstellenplan durch Verordnung der Landesregierung auf Grundlage von § 10a KAKuG zu erlassen ist. Durch Grundsatzbestimmung (§ 23 Abs. 5 G-ZG) wird weiters dafür gesorgt, dass die (in der B-ZK beschlossenen) Inhalte des ÖSG, soweit sie Angelegenheiten der Länderkompetenzen betreffen (z. B. den Landes-

krankenanstellenplan), ebenfalls über die Gesundheitsplanungs-GmbH verordnet werden und damit ein einheitlicher Stand der jeweils geltenden Regeln im RIS verfügbar wird.

Rahmenbedingungen für den RSG

Die Sozialversicherungsträger (§ 21 Abs. 1 G-ZG) und die Länder (§ 21 Abs. 2 G-ZG, Grundsatzbestimmung) sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Regionalen Strukturpläne Gesundheit „entsprechend den Vorgaben des ÖSG bezüglich Inhalten, Planungshorizonten und Planungsrichtwerten kontinuierlich weiterentwickelt und regelmäßig revidiert werden“. Daher dürfen die RSG dem ÖSG nicht widersprechen bzw. hat der ÖSG bei Bedarf Spielräume zuzulassen, um die RSG bedarfskonform gestalten zu können. Der ÖSG kann und soll die RSG nicht unnötig detailreich einschränken. Näheres über die Inhalte regeln die weiteren Absätze des § 21 G-ZG in einem „Paarlauf“ von Bundesrecht und Bundesgrundsatzrecht jeweils für die gleichen Inhalte.

Der Beschluss über eine Verbindlichkeit des ÖSG durch die B-ZK muss sich, nachdem sich die eingangs zitierten Vereinbarungen mit dem gesamten öffentlichen Gesundheitswesen befassen, nicht auf örtliche Verteilungen beschränken. Es können (siehe den Inhalt des ÖSG) z. B. auch Grundlagen von Versorgungsaufträgen, also Leistungsverpflichtungen nach § 20 Abs. 1 Z 7 G-ZG, Anschluss an sichere, nachvollziehbare und transparente elektronische Abläufe im Sinn von Prozessqualität nach § 20 Abs. 1 Z 6 G-ZG, an Bewilligungssysteme wie das Bewilligungssystem nach der Heilmittel-Bewilligungs- und Kontrollverordnung und andere Rahmenbedingungen für den Abschluss von Neuverträgen mit Leistungserbringern im Rahmen der Inhalte des ÖSG vorgesehen werden. Ein Vorhaben, z. B. für das Fachgebiet a im Gebiet x eine medizinische Versorgung auf dem Qualitätsniveau (Leistungsumfang, Öffnungszeiten etc.) y für z-tausend Personen vorzusehen und dafür auch verbindliche Rahmenbedingungen zu schaffen, wird möglich. Dabei wird zu diskutieren sein, diese Versorgung zu gewissen Anteilen auf Ordinationen, Institute, eigene Einrichtungen der Sozialversicherung oder Krankenanstellenambulanzen zu verteilen, um nicht „alle Eier (den gesamten Bedarf) in einen Korb (einer bestimmten Rechtsform der Leistungserbringer-Beziehungen) zu legen“.

Nicht zu übersehen ist die Möglichkeit einer Vorsorge für vertragslose Zustände nach Kündigung von Gesamtverträgen (§ 29 Abs. 8 G-ZG, § 26 Abs. 1 Z 3 KAKuG, § 23 Abs. 5 ASVG) oder die Vorsorge für die Erledigung von Aufgaben des öffentlichen Gesund-

Grundlagen der Gesundheitsplanungs-GmbH.

71 Zur Entscheidungskompetenz und zum Einvernehmen dieser Stellen, die bereits vorher in der B-ZK ausgeübt bzw. hergestellt wurden, siehe § 26 Abs. 3 Z 1 G-ZG.

72 § 343e Abs. 2 ASVG, kundgemacht avsv 115/2015.

73 Festgehalten z. B. in Art. 5 ff. ZSG oder im AB 1371 BlgNR XXV. GP zur Vereinbarung ZSG.

74 Pflicht der Behörde zur Überprüfung und Anpassung von Verordnungen und zu zeitlichen Aspekten: VfSlg 12.290, 14.601, 19.031 oder 19.805.

Gestaltungsmöglichkeiten durch den RSG.

heitswesens allgemein. Solche Aufgaben wären z. B. Todesfeststellung (für Fälle außerhalb von Krankenanstalten für stationäre Pflege), amtliche Totenbeschau,⁷⁵ Beurteilung der Fahrtauglichkeit nach verkehrsrechtlichen Vorschriften,⁷⁶ Begutachtungen auf Haftfähigkeit,⁷⁷ kurative Versorgung von kurzfristig Inhaftierten außerhalb der Anhaltezentren, Untersuchung nach § 8 UbG,⁷⁸ Maßnahmen nach § 5 Heimaufenthalts-gesetz.⁷⁹ Es wäre auch denkbar, in einem letztlich ausgebauten RSG auch andere Tätigkeiten wie die Mitwirkung an einem Nacht- und Wochenenddienst, an Akutordinationen oder an einer Patientenberatung, einer Mutter-Kind-Pass-Untersuchungsstelle („Elternberatung“) oder einem schulärztlichen Dienst zu gestalten (bzw. in Kombination mit anderen Versorgungsaufträgen zu planen). Es könnte überlegt werden, in einem RSG für solche Aufgaben einen gewissen Anteil an Leistungserbringern einzuplanen. Ein RSG muss keine Finanzierungsaussagen treffen, könnte dies aber. Wer sich um solche zusätzlichen Dienstleistungsaufträge im Rahmen seines sonstigen Versorgungsangebots bewirbt, könnte damit auf einer transparenten, öffentlich zugänglichen Basis einen Wettbewerbs- und Qualitätsvorteil gegenüber Mitbewerbern lukrieren.

Der RSG bietet die Chance, Schnittstellen, die im Einzelfall für Patienten unzumutbare Auswirkungen⁸⁰ haben können, so zu behandeln (z. B. über die Schaffung von gemeinsamer Finanzierung), dass Zuständigkeitsstreitigkeiten nicht über das Leistungsrecht ausgetragen werden müssen. Aufgabe des RSG könnte auch sein, Differenzierungen bei Einzelverträgen, die in „Rosinenpicken“⁸¹ münden, zumindest weiter zu erschweren. Das wäre dadurch möglich, dass Bedarf an Gesundheitsdiensten nur dann anerkannt wird, wenn Dienste der gesamten Bevölkerung mit feststehender⁸² zeitli-

cher Kapazität zur Verfügung stehen. Die bisherige Stellenplan-Organisation, die (weil gesamtvertragsbezogen) nur auf die jeweils einzelnen Krankenversicherungen (Gesamtvertragspartner, „§-2-Kassen“ usw., somit eingeschränkt auf deren Versicherte) bzw. Anbietergruppen beschränkt ist, kann das nicht leisten: Derzeit ist es möglich, dass Vertragspartner nur mit einem Teil der SV-Träger Verträge abschließen und das durch den kassenbezogenen Stellenplan gedeckt⁸³ ist (und umgekehrt, nur ein Teil der SV-Träger mit einem Vertragspartner).⁸⁴ Das kann für die Patienten, aber auch für die Administration sehr mühsame Situationen nach sich ziehen.⁸⁵

Mit Planungen, die bestimmte Leistungen an genau definierte örtliche Standorte (Adressen) binden würden, wird jedoch vorsichtig umzugehen sein, weil dies die Auswahl möglicher Vertragspartner in wettbewerbswidriger Weise stark einschränken oder gar (durch eine Verfügungsmacht über Grundstücke, Ablöseforderungen usw.) Monopolisten entstehen lassen könnte. Im Bereich der Kinderrehabilitation haben sich in diesem Zusammenhang Definitionen nach Versorgungszonen bewährt, die mehrere Länder umfassen. Als Regelfall wurde teilweise das Gebiet von Bezirkshauptmannschaften oder Planungsregionen diskutiert (in- und außerhalb von Großstädten⁸⁶ naturgemäß sehr unterschiedlich). Ebenso wird im Vorfeld zu überlegen sein, dass Einschränkungen auf bestimmte Rechtsformen (Versorgung durch Ordinationen vs. Ambulatorien) ebenfalls zu einer Veränderung der Anbieterstruktur führen können (aber nicht müssen, die Gründung von Ambulatorien durch Ärzte steht frei, vgl. die Regeln über die integrative Versorgungsplanung in § 18 Abs. 7 G-ZG).

Durch die Verordnungen wird nicht in bestehende Verträge eingegriffen, sondern nur (im Sinne des § 84a

75 Der hier beschriebene Prozess wäre der Sollzustand, derzeit sind die Prozesse rechtlich nicht getrennt, „amtliche Totenbeschau“ umfasst alles. Es könnten sowohl der erste Teil (Todesfeststellung) als Aufgabe eines Anbieters gesehen werden als auch beide Schritte.

76 Nur die Fahrtauglichkeitsprüfung nach § 5 Abs. 2 StVO (Alkoholkonsum) oder auch die Blutabnahme nach § 5 Abs. 8 StVO bei Alkoholfällen bzw. die Untersuchung auf Suchtgiftkonsum nach § 5 Abs. 9 StVO?

77 Zum Beispiel nach §§ 7 oder 10 Anhalteordnung BGBl. II Nr. 128/1999 nach Fremdenrecht oder SicherheitspolizeiG.

78 Hier wäre das Angebot als „im öffentlichen Sanitätsdienst stehender Arzt“ zu gestalten (bzw. allenfalls das Unterbringungsgesetz zu ändern).

79 BGBl. I Nr. 11/2004 in der geltenden Fassung.

80 Vgl. im Verhältnis von Anstaltspflege zur medizinischen Hauskrankenpflege bei Querschnittlähmungen und der Anforderung künstlicher Beatmung, OGH vom 21.6.2004, 10 ObS 68/04d, das auch vor dem VfGH zu behandeln war: VfSlg 17.155.

81 Motivation zum Abschluss von Verträgen nur mit Versicherungen, die ein anderes Honorarniveau, Spezialtarife, eine besondere Klientel, keine Zusatzpflichten (Wochenenddienste etc.) aufweisen. Umgekehrt wurden Fälle bekannt, in denen Verträge mit einzelnen Kassen gekündigt und andere Verträge behalten wurden. Das erschwert zusätzlich dem Nachfolger im gekündigten Vertrag durch die Konkurrenzierung des bisherigen Vertragsinhabers wirtschaftliche Nachteile und führt zu weiterer Zersplitterung des Leistungsangebots.

82 Eine Behandlungsstelle, die nur „nach Vereinbarung“ geöffnet hat, wurde nicht als versorgungswirksam im Sinne des öffentlichen Gesundheitswesens betrachtet. Dass in diesem Zusammenhang steuerliche Aspekte eine Rolle spielen können (Liebhabereiverordnung, BGBl. Nr. 33/1993, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 358/1997, „Abschreibungspraxis“), war am Rande ein Thema, aber nicht im Rahmen der Planung weiter zu verfolgen. Ebenso nicht, ob Leistungen an solchen Stellen (weil Behandlungsqualität auch Erfahrung und Übung voraussetzt) nicht von der Kostenerstattung nach dem Sozialrecht ausschließbar wären.

83 Dass es im Einzelfall dafür gute Gründe geben kann, sei nicht bestritten. Das dürfte aber (siehe den gleich unter Fn. 85 geschilderten Fall) nicht zwingend für Patienten nachteilig werden.

84 Das gehört zur Vertragsautonomie des einzelnen SV-Trägers – im Interesse der Patienten wird in der Praxis ohnedies danach getrachtet, möglichst einheitliche Vertragsbeziehungen zu haben, das Vermeiden von Ausreißerfällen sollte auch durch die RSG unterstützt werden.

85 Zum Beispiel Kinder, die jahrelang mit ihren Eltern mitversichert sind, aber für einen Feri-job bei einem anderen Versicherungsträger Versicherungsschutz haben, können den bisherigen Arzt nicht ohne Verwerfungen weiter konsultieren, wenn dieser Arzt keinen Vertrag mit der für den Feri-job zuständigen Krankenversicherung hat. Das tritt öfter im Verhältnis Krankenfürsorgeanstalt (KFA) – Gebietskrankenkasse (GKK) auf. Ähnliches kann auch für die Verrechnung zwischen Versicherungen einzelner Länder auftreten (Fremdkassenabrechnung, Verpflichtung der Vertragspartner der aushelfenden Versicherung nach § 129 ASVG) und spricht für eine Koordination der RSG auf Länderebene (bzw. eine Aufstellung entsprechender Grundsätze im ÖSG). Dass es dafür im Detail zu gesetzlichen Maßnahmen (z. B. andere, trägerübergreifende Schutzfristdefinitionen – § 122 ASVG, Anrechnungen von Vorversicherungszeiten – § 121 Abs. 4 ASVG etc.) kommen müsste, war bewusst.

86 Der Begriff „Großstadtfaktor“ für sich allein wurde allerdings in VfSlg 17.172 als zu unbestimmt gesehen.

ASVG) die Grundlage für die zukünftige Umsetzung gelegt. Dadurch wird es vorkommen, dass neue Verträge andere Inhalte haben als bereits bestehende. Dieses Thema ist nicht neu und aus dem Arbeitsrecht, aber auch aus anderen Bereichen (Baubewilligungen, Betriebsbewilligungen nach Krankenanstaltenrecht) bekannt und entspricht den Rahmenbedingungen des Wirtschaftslebens. Es bietet die Möglichkeit zu flexiblem Vorgehen, ohne die Situation vorhandener Partner zu beeinträchtigen. Dementsprechend wird auch ein Stellenplan⁸⁷ vorerst nicht geändert. Für Nachbesetzungen (§ 343 Abs. 1b ASVG) wird aber im Fall von Streitigkeiten die Behörde nach § 347 Abs. 3a ASVG zu beurteilen haben, ob die Rahmenbedingungen eingehalten wurden, wobei die Ergebnisse der Strukturpläne dann den Entscheidungen zugrunde zu legen sind.

Bund, Länder und Sozialversicherung haben damit als hauptsächliche Finanzierungsträger des öffentlichen Gesundheitswesens im Rahmen des G-ZG die Möglichkeit, gestaltend zu wirken. Diese Gestaltung darf – wie jedes öffentlich-rechtliche Handeln – jedoch nicht unsachlich diskriminierend (aus der Sicht des Gesundheitswesens, Wettbewerbsrechts etc.) wirken, auch in den RSG ist für wirtschaftlich vernünftigen Ausgleich und Fairness zu sorgen. Ziel ist jedenfalls die Sicherung der medizinischen Betreuung der Gesamtbevölkerung, nicht die Erfüllung formaler (Wieder-)Besetzungskriterien einzelner Kassenvertragsplanstellen. Insoweit steht die nun vorgesehene Vorgangsweise manchen Auswirkungen von Stellenplänen oder anderen Vereinbarungen entgegen und wirkt damit (siehe die Anmerkungen zu § 84a ASVG) in dieser Hinsicht materiell derogierend. Dass nicht in die Kompetenzen der Länder nach Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG eingegriffen werden soll, wird durch Grundsatzbestimmungen⁸⁸ deutlich. Die endgültige Ausformung des vorliegenden Themas wird daher erst nach Inkrafttreten der Ausführungsgesetze der Länder vorhanden sein.

Die nochmalige Erwähnung der Erlassung von Verordnungen in § 23 Abs. 6 G-ZG ist nach Erinnerung des Verfassers auf einen früheren Textstand zurückzuführen und nicht weiter von Bedeutung. Lediglich der Kundmachungsort wird dort ebenfalls mit dem RIS definiert. Die Regionalen Strukturpläne Gesundheit sind nach § 21 Abs. 7 G-ZG zwischen SV und Land festzulegen, der auf diese Weise im jeweiligen Landesgesundheits-



© StockPhotoPro - Fotolia.com

fonds⁸⁹ abgestimmte RSG ist zu veröffentlichen.⁹⁰ Dass im Ergebnis die Verbindlichkeit auf RSG-Ebene wichtiger ist, da sich daran behördliche Verfahren knüpfen („Bescheideebene“), war bewusst.

Keine Mischverordnung

Auch wenn die Gesundheitsplanungs-GmbH von mehreren Stellen mit Aufgaben betraut (beliehen) werden kann, wird darauf Wert zu legen sein, dass die jeweiligen Verantwortungsbereiche und Kompetenzen klar nachvollziehbar bleiben. Zunächst handelt die GmbH bei ihren Kundmachungen nicht kraft eigenen Rechts, sie ist an die Weisungen des jeweils zuständigen (Landes- oder Bundes-)Organs gebunden. Die Weisungen müssen kompetenzkonform sein, die demokratische Legitimation des Handelns⁹¹ muss sichergestellt bleiben. Weiters dürfte eine Verordnung, die mehrere Kompetenzgrundlagen gleichzeitig hätte (mehrere Länder mit/ohne den Bund), den Kompetenzbestimmungen ebenfalls nicht ausreichend Rechnung tragen, eine solche „Mischverordnung“ wurde für unzulässig gehalten.⁹² Wohl aber sprach nichts dagegen, dass die Gesundheitsplanungs-GmbH mehrere getrennte Verordnungen erlässt, aus deren Text das jeweils zuständige (weisungsberechtigte) Organ klar hervorgeht. Der VfGH hat weiters mehrfach betont, dass Auslagerungen keine Kernaufgaben umfassen dürfen – dies ist hier der Fall. Die GmbH ist im Ergebnis (wie durch die Vereinbarungen OF und ZSG zwischen Bund und Ländern ausdrücklich vorgesehen) nur der büromäßige, gemeinsame und möglichst neutrale Apparat zur Erfüllung der bereits auf anderen, verfassungsmäßig vorgesehenen Ebenen vorliegenden Ziele. Dass es sich dabei, wie von Kopetzki behauptet,⁹³ um eine „trick-

87 Der im Regelfall nichts anderes ist als ein Teil eines Gesamtvertrags, § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG.

88 Dass diese Bestimmungen deutlich zu deklarieren sind, ist in Art. 12 Abs. 2 B-VG ausdrücklich vorgesehen.

89 Diese Fonds sind landesgesetzlich zur Wahrnehmung von Aufgaben aufgrund der Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG eingerichtet, siehe das RIS/Landesrecht. Die Mitwirkung der SV ergibt sich aus § 29 G-ZG.

90 Parallelbestimmung wie für den ÖSG zwischen Landeshauptmann (§ 22 Abs. 2 G-ZG, RIS) und Landesregierung (§ 10a Abs. 4 KAKuG, Homepage des jeweiligen Landes).

91 Die Sozialversicherung hat mit diesem Thema seit dem „Hauptverbandserkenntnis“ VfSlg 17.023 Erfahrung gesammelt; siehe weiters zuletzt VfSlg 18.808 oder die mehrfachen Erkenntnisse zur Auslagerung, worin der VfGH die Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben auf juristische Personen des Privatrechts unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsrechtlich zulässig erachtet (so insbesondere unter den Voraussetzungen, dass „bloß vereinzelt Aufgaben“ und „keine Kernaufgaben des Staates“ übertragen werden sowie dass effektive Steuerungs- und Lenkungenfunktionen eines obersten Organs sichergestellt sind; vgl. VfSlg 14.473, 16.400, 16.995, 17.341, 17.421).

92 Die Einwände von Kopetzki in Recht der Medizin (RdM) 2017/1 gehen in dieselbe Richtung. Ihnen ist in diesem Punkt zuzustimmen.

93 Christian Kopetzki, Editorial, RdM 2017/1.

reiche Aushebelung der Bundesverfassung“ handeln soll, trifft nicht zu, im Gegenteil: Bund und Länder haben nach Art. 15a B-VG das ausdrückliche Recht, „über Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereiches“ untereinander Vereinbarungen zu schließen. Das Wort „Angelegenheiten“ bedeutet, dass es sich dabei nicht nur um Vereinbarungen über akkordierte Gesetzestexte handeln muss, sondern auch andere Abstimmungen möglich sind, wie die Praxis bei den Vereinbarungen über den Stabilitätspakt⁹⁴ zeigt. Auch dessen Inhalte widersprechen nicht dem Sachlichkeitsgebot. Dass die Vereinbarungen OF und ZSG nicht ähnlich als „Stabilitätspakt für das öffentliche Gesundheitswesen“ bezeichnet werden, ist nur ein symbolischer Unterschied.

Die Bindungswirkung in § 84a ASVG

Das VUG enthält auch eine Änderung zu § 84a ASVG, mit der Verpflichtung der SV, sich an der regionen- und sektorenübergreifenden Planung im Sinne des 6. Abschnitts des Gesundheits-Zielsteuerungsgesetzes, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens zu beteiligen. Das bedeutet die Aufforderung zu aktivem Handeln, hier freilich vorerst nur für die SV. Es folgt jedoch der Satz: „Die Vertragsparteien nach dem Sechsten Teil haben die dabei abgestimmten Planungsergebnisse (z. B. Österreichischer Strukturplan Gesundheit, Regionale Strukturpläne Gesundheit) in ihrem Verwaltungshandeln und bei der Planung sowie Umsetzung der Versorgung der Versicherten mit dem Ziel eines optimierten Mitteleinsatzes zu beachten.“ Bis zum VUG richtete sich die Formulierung (nur) an den Hauptverband und die SV-Träger. Die Formulierung entstammt der Überlegung, dass eine einseitige Verpflichtung der Sozialversicherung in jenen Zusammenhängen, in denen Verträge abzuschließen sind, nicht ausreicht und es nicht im Sinn des Vertragspartnerrechts liegt, Verpflichtungen zur Vertragsgestaltung nur einer Seite zu überbinden (Verträge setzen eine Willensübereinstimmung beider Teile voraus und können nicht einseitig geschaffen werden, § 861 ABGB in Verbindung mit § 338 Abs. 1 erster Satz ASVG – privatrechtliche Verträge). Es war nicht Ziel, in diesem Zusammenhang einseitige Normierungen⁹⁵ im Vertragsrecht zu unterstützen (für die Behördenverfahren nach dem Krankenanstaltenrecht siehe die Bestimmungen des KAKuG über die Vorgaben des ÖSG). Die Alternative, keine Verträge abzuschließen, steht angesichts der Verpflichtung zum Sachleistungssystem (§ 133 Abs. 2 letzter Satz ASVG) nicht zur Verfügung, wollte man nicht die bisherigen Vertragspartner weitestgehend ausschließen.

Gleiches gilt für eine Vorgangsweise, welche auf die vorhandenen finanziellen Ressourcen nicht Rücksicht nähme: Im VUG wurde als Teil des G-ZG gleichzeitig ausdrücklich vorgesehen, dass die Krankenversicherungsträger eine einnahmenorientierte Ausgabenpolitik anzustreben hätten (§ 16 Abs. 8 G-ZG). Es sollte daher auch die andere Seite der Verträge, die Interessenvertretungen, gebunden werden. Dazu wurde auch § 52c Abs. 2 ÄrzteG (Zulassung von Gruppenpraxen) im Einleitungssatz durch einen Hinweis auf allfällig rechtsverbindliche Teile ergänzt, weitere Bestimmungen werden für das geplante Gesetz über die Primärversorgung (PHC-Gesetz) überlegt. Mit der Erweiterung der Verpflichtungen des § 84a ASVG auch auf die „andere Seite der Vertragspartnerbeziehungen“ wird der (rechtliche, aber auch wirtschaftliche) Rahmen gesetzlicher Zuständigkeiten, Ermächtigungen und Aufgaben bzw. Verantwortungsbereiche im Umgang mit öffentlichen Mitteln der SV nunmehr für alle beteiligten Rechtsträger gleichermaßen abgesteckt. Eine längere Diskussion entspannt sich dazu, ob statt „zu beachten“ nicht besser „zu befolgen“ zu schreiben wäre. Vor der Überlegung, dass „beachten“ ohnedies nicht „ignorieren“ bedeuten könne⁹⁶ und dem Unterschied keine Bedeutung zuzumessen wäre, entstand der Text. Das nicht zuletzt angesichts des § 347 Abs. 3a ASVG, nach welchem die Schiedskommissionen nicht nur zu prüfen haben, ob der Hauptverband und die Sozialversicherungsträger die Rahmenbedingungen nach § 84a Abs. 1 oder nach § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG eingehalten haben; diese Schiedskommissionen haben ihrerseits auch die Ergebnisse der Strukturpläne ihren Entscheidungen zugrunde zu legen. Damit legt das Gesetz fest, dass auch von den Interessenvertretungen aktives Tun im Sinne der jeweiligen Strukturpläne gefordert ist – dies war in den letzten Jahren zu § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG strittig gewesen. Die nunmehr bestehende Forderung nach aktivem Tun bzw. Zustimmung ist bei noch laufenden und zukünftigen Aktivitäten zu erfüllen. Vorhandene (Einzel-)Verträge sind in ihrem Bestand geschützt.⁹⁷ Andere Bestimmungen, wie die Verpflichtung der Sozialversicherung nach § 338 Abs. 2a ASVG, sich an den Großgeräteplan zu halten, sollten von der Novelle unberührt bleiben (keine Derogation, keine zusätzlichen Anforderungen) und wären daher mit dem bisherigen Verständnis auch in leistungsrechtlicher Hinsicht (hinsichtlich Kostenerstattung) weiter anzuwenden. Dass aber der Großgeräteplan (vgl. § 349 Abs. 2b ASVG), nachdem er auch Auswirkungen hinsichtlich des krankenanstaltenrechtlichen Bewilligungsverfahrens (und

Einbindung der
Sozialversicherung und
ihrer Vertragspartner.

94 Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen „Österreichischen Stabilitätspakt 2012“ – ÖStP 2012, BGBl. I Nr. 30/2013.

95 Eingriffe des Gesetzgebers in bestehende Verträge: § 132c Abs. 3 viertletzter Satz ASVG (Grippeimpfung als Inhalt der Gesamtverträge) war bekannt, aber kein Vorbild.

96 Und nach dem Duden-Lexikon „befolgen“ und „beachten“ als Synonyme gelten: <http://www.duden.de/rechtschreibung/beachten> (abgerufen 21.2.2017).

97 § 343 Abs. 2a ASVG ausdrücklich für „Vertragsärzte“ – nachdem das Gesetz aber sonst keine Eingriffe normiert, ist diese Bestimmung gleichermaßen auf alle Einzelverträge anwendbar, nicht nur für Ärzte.

der Vertragsabschlüsse) haben wird, auch im Rahmen des § 23 G-ZG als verbindlich zu erklären sein wird, gehört zum Gesamtsystem der neuen Regelung.

§ 3 und § 3a i. d. F. Kranken- und KuranstaltenG KAKuG in der Fassung des VUG

Da die Ausführungsgesetze der Länder noch offen sind, können dazu nur die grundlegenden Gesichtspunkte gestreift werden: Mit der Novelle sollte einigen negativen Entwicklungen entgegengesteuert werden, die in den allgemeinen Ausführungen oben bereits behandelt wurden (Windhundprinzip, strafrechtliche Vorwürfe zur Er kämpfung von Marktpositionen etc.). Das bisherige krankenanstaltenrechtliche Bewilligungsverfahren sollte aber nicht grundlegend geändert werden.⁹⁸ Die Regeln über die Bewilligung von Krankenanstalten wurden in einigen Details präzisiert. Die Formulierungen treten deshalb mehrfach gleichlautend auf, weil sie sowohl in die Regeln für bettenführende Krankenanstalten (§ 3 KAKuG) als auch in jene für selbstständige Ambulatorien (§ 3a KAKuG) aufgenommen wurden. Ausgegangen wurde auch hier vom Regelfall, dass einschlägige Rahmenbedingungen im jeweiligen RSG⁹⁹ vorgesehen sind. Diesfalls ist die Übereinstimmung mit verbindlichen Teilen des RSG (somit mit den Verordnungen nach § 23 G-ZG) zu prüfen,¹⁰⁰ eine Übereinstimmung ist von der Behörde zu beachten und schützt sie vor Vorwürfen, durch verfahrensmäßige Gestaltung oder sonstige Einflüsse nicht objektiv gehandelt zu haben. Dementsprechend wird „Rechtssicherheit“ ausdrücklich als Motiv für die Änderungen genannt.¹⁰¹ Weiters kann dies zu spürbaren Ersparnissen an Sachverständigenkosten führen, die ansonsten notwendig wären, um einen Bedarf festzustellen bzw. zu verneinen. Wenn keine Verordnung vorhanden ist, ist das bisherige Verfahren zu führen (§ 3 Abs. 2b Schlussteil KAKuG). Allerdings kann auch dann eine präzise (und aktuell gehaltene!) Gestaltung des RSG hilfreich sein, weil die Ergebnisse der Planungen eines RSG (mögen



© upixa - Fotolia.com

sie auch nicht verbindlich erklärt worden sein) relevant sind.

Jedenfalls sollte der Landesbehörde zeitlicher Druck abgenommen werden, wenn die Errichtungsbewilligung an das Verhalten der Sozialversicherung geknüpft wird – unabhängig davon, wie viele Anträge auf Bedarfsprüfung vorliegen: Die Sozialversicherung ist über eine Bedarfsentscheidung zu verständigen und kann sich innerhalb von drei Monaten nach deren Zustellung entscheiden, ein Vergabeverfahren über den in Rede stehenden Leistungsumfang (der über den RSG zumindest definiert, wenn nicht verbindlich erklärt sein kann) einzuleiten. Der RSG kann den Bedarf definieren.¹⁰² Der erste Antragsteller, der einen Bedarfsprüfungsbescheid in Händen hält, ist nicht mehr auch erster Anwärter auf einen SV-Vertrag (zum Windhundprinzip siehe bereits oben). Er ist nur mehr möglicher Auslöser eines Vergabeverfahrens, in welchem der jeweilige Bestbieter unter Einbeziehung der Mitbewerber ermittelt werden kann. Diese Mitbewerber haben wie bisher ebenfalls die Möglichkeit, Anträge auf Bedarfsprüfungsbescheide zu stellen und erledigt zu erhalten (vorbehaltlich Ausführungsgesetzgebung). Solche Bescheide deklarieren einen im Zeitpunkt ihrer Erlassung bestehenden Bedarf, nicht mehr. Sollte der Antragsteller das Vergabeverfahren nicht gewinnen, ist sein positiver Bedarfsprüfungsbescheid (zwar vielleicht rechtskräftig, aber, wie heute, wenn mehrere Bescheide über

Neue Regeln führen das Krankenanstalten und das Vertragsrecht der Sozialversicherung weiter zusammen.

98 Siehe die Erläuterungen zum AA 177.

99 Landeskrankenanstaltenplan, Großräteplan und andere allfällige Festlegungen für das Gebiet des jeweiligen Landes: Es wären auch Negativfeststellungen dahin denkbar, dass bestimmte Behandlungen in einer Spezialeinrichtung eines anderen Landes zu erfolgen hätten und dafür im betroffenen Land keine Einrichtungen vorzuhalten wären, somit kein Bedarf besteht.

100 Siehe Fn. 18.

101 EBzAA 177 XXV. GP.

102 Was voraussetzt, dass er realistisch ist und auch Ausnahmebestimmungen für unerwartete Ereignisse enthält bzw. entsprechende Vorkehrungen umfasst. Dazu standen Formulierungen etwa folgendermaßen zur Diskussion: Es sollte vorgesehen werden, dass von ÖSG oder RSG im Einzelfall aus schwerwiegenden Gründen abgewichen werden darf, freilich nur mit für den Einzelfall klar nachvollziehbarer schriftlicher Begründung. Dies könnte der Fall sein, wenn sich

1. seit der Kundmachung die Rahmenbedingungen maßgeblich geändert haben, wobei als maßgebliche Veränderungen nur gelten:
 - a) der Ausfall eines Teils von Anbietern durch Auflösung oder Vertragskündigung (Vertragsabschlüsse nach § 23 Abs. 5 ASVG) oder
 - b) Veränderungen in der Patientennachfrage (z. B. Wanderungsbewegungen, Errichtung von Einrichtungen, welche zusätzlichen Bedarf auslösen, z. B. Sportzentren oder Altersheime) oder
 - c) Entfall oder Hinzukommen von Verkehrsverbindungen, wodurch sich die Erreichbarkeit von Behandlungsstellen verändert (was eine Zusammenarbeit mit der Raumordnung nahelegt) oder
 - d) Abweichungen, welche Grundlage dafür sein sollen, ein Projekt über die Optimierung der integrierten gesundheitlichen Versorgung von Patienten durchzuführen (§ 459e ASVG könnte auch im Landesrecht eine Entsprechung finden),
2. die Planung wegen besonderer Umstände in gravierendem unworhersehbarem Ausmaß sich als unzuweckmäßig erwiesen hat (z. B. unerkannte Auswirkungen von Berechnungsparametern),
3. rechtskräftige Entscheidungen ergangen sind, die eine Veränderung notwendig machen (z. B. nach § 343 Abs. 1b letzter Satz ASVG).

den gleichen Bedarf erlassen wurden) wirkungslos, weil die Errichtungsbewilligung an das Ergebnis des Vertragsvergabeverfahrens der SV geknüpft wird. Das Vergabeverfahren bewirkt über seine Kundmachungen, dass „der Markt aufgeweckt“ wird – es wird in Zukunft nicht mehr möglich sein, ohne Öffentlichkeit¹⁰³ Bedarfsprüfungsbescheide zu erhalten und damit die Sozialversicherung (und mögliche Mitbewerber) bezüglich Vertragsverhandlungen vor vollendete Tatsachen zu stellen. Damit ist keine Aussage über die Art des Vergabeverfahrens getroffen (das war mangels Kenntnis des neuen Vergaberechts nicht möglich und erschien auch nicht notwendig). Mit der (oder mehreren) Vertragsvergabe(n) wäre dann aber auch der im RSG gestaltete Bedarf erfüllt, weitere Verfahren über das konkrete Thema damit hinfällig (sie wären einzustellen bzw. wären Anträge mangels Bedarf abzuweisen, vorbehaltlich Ausführungsgesetzgebung).

Was „die Sozialversicherung“ ist, ergibt sich aus den jeweils leistungszuständigen SV-Trägern, die auf Wunsch durch den Hauptverband vertreten werden können. Eine allfällige verbandsinterne Koordinierung ist nach § 31 Abs. 3 Z 5 ASVG hinsichtlich Vertretung oder nach § 31 Abs. 5 Z 6 ASVG (Richtlinienkompetenz) möglich. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten bietet das Vergaberecht, es wäre auch denkbar, einen SV-Träger mit speziellen Erfahrungen als vergebende Stelle (§ 2 Z 42 des Entwurfs zum BVergG 2017) zu nominieren. Eine Verfahrensunterbrechung bei der Landesbehörde ist nach § 38 AVG möglich, weitere Details (z. B. ob der Hauptverband Zustellbevollmächtigter für die Sozialversicherung insgesamt sein soll, welcher Sozialversicherungsträger bzw. ob der Hauptverband Parteistellung im Bedarfsprüfungsverfahren haben soll) könnten durch die Ausführungsgesetzgebung bestimmt werden, die innerhalb von sechs Monaten zu erlassen ist (§ 65b Abs. 4 KAKuG, Minimalfrist nach Art. 15 Abs. 6 B-VG). Diesen Spielraum zeigt auch der Entfall des Wortes „nur“¹⁰⁴ für die Übereinstimmung des Vorhabens mit den Verbindlichkeitsverordnungen nach §§ 23 f. G-ZG. Eine Einschränkung des Prüfungsumfanges der Landesbehörde bloß auf diese Verordnungen war letztlich nicht Absicht. Wenn ein Antragsteller erklärt, „ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistun-

gen“ zu erbringen, wird dies freilich auch für die Beurteilung allfälliger Kostenerstattungsanträge¹⁰⁵ relevant bleiben, welche von Patienten dieses Antragstellers bei einem Sozialversicherungsträger eingereicht werden sollten: Leistungen (z. B. Schönheitsoperationen), die nicht in die Leistungspflicht der SV fallen, können nicht so lange in Einzelteile zerlegt werden, bis sich am Ende (dem Namen nach) doch die eine oder andere SV-Leistung (z. B. Ordination, Laboruntersuchung) ergibt. Dies würde bedeuten, dass sich die Sozialversicherung an (den Kosten von) Leistungen beteiligt, die von ihr nicht finanziert werden dürfen (§ 81 ASVG – Verwendung von SV-Mitteln).

Schlussbemerkung

Die vorliegende Konstruktion unterstützt Forderungen dahin, die Kompetenzbestimmungen für das öffentliche Gesundheitswesen auf ihre Zukunftsfähigkeit zu prüfen. Der über Jahrzehnte wiederholte Abschluss von Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG über das Gesundheitswesen mit dem immer selben Thema „Verhältnis zwischen Art. 10 Abs. 1 Z 11 und 12 bzw. Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG“ sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Vorgangsweise bereits sehr in die Jahre gekommen ist.¹⁰⁶ Effizienz darf sich nicht nur auf Organisationsformen beschränken, sondern sollte auch deren Legistik umfassen.¹⁰⁷ Dass das Sozialversicherungsrecht, das sich auf Leistungen und deren Finanzierung konzentrieren sollte, in zentralen leistungsrechtlichen Teilen vor diesem Hintergrund (nur) Grundsatzbestimmungen enthält,¹⁰⁸ ist ebenfalls hinterfragenswert. Mit einer Neugestaltung könnte vermieden werden, als Basis eines effizienten öffentlichen Gesundheitswesens (und damit der medizinischen Betreuung mehrerer Millionen Patienten) Konstruktionen wählen zu müssen, die in der Literatur recht bald als „phantasievoll und kühn“¹⁰⁹ oder als „kompliziertes Geflecht aus interföderalen Vereinbarungen“¹¹⁰ bezeichnet werden.

Das letzte Wort haben die Höchstgerichte. Und der Verfassungsgesetzgeber, dessen Ziel es angesichts der Erfahrungen der letzten Jahrzehnte sein sollte, die rechtlichen Rahmenbedingungen des öffentlichen Gesundheitswesens in Österreich zu vereinfachen.

103 Bisher hat die Amtsverschwiegenheit einer Öffentlichkeit in solchen Verfahren gewisse Grenzen gesetzt. Siehe den Auskunftsverweigerungsgrund nach Art. 20 Abs. 3 B-VG „zur Vorbereitung einer Entscheidung“. Die Parteistellung der SV (die sich in der Praxis nicht selten gegen einen Bedarf aussprach) war hier nicht immer wirkungsvoll. Mögliche Mitbewerber konnten oft nichts erfahren.

104 In § 3 Abs. 2b und § 3a Abs. 3a KAKuG i. d. F. AA 177 XXV. GP im Vergleich zur Textfassung nach dem AB 1373 BlgNR XXV. GP, welche dieses Wort noch enthält.

105 § 131 ASVG, § 150 Abs. 2 ASVG.

106 Über Jahrzehnte, siehe den 6.6.1978 am Schluss der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Krankenanstaltenfinanzierung und die Dotierung des Wasserwirtschaftsfonds, BGBl. Nr. 453/1978, 2813. Dass es sich dabei zu einem großen Teil um finanzausgleichsrechtliche Bestimmungen handelt, ist nicht zu übersehen – aber es könnte zumindest versucht werden, das auf Dauer gerichtete Organisationsrecht von dessen (nach der Finanzverfassung bzw. dem Finanzausgleich) periodenorientierter Finanzierung zu trennen.

107 Auch das gehört m. E. zum verfassungsrechtlichen Effizienzgebot. Siehe dazu schon 1996 VfSlg 14.473 (Austro Control), wo der VfGH auf Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, 173 ff. verweist, zuletzt wieder VfSlg 17.421.

108 Was dazu führt, dass wesentliche Teile von Sozialversicherungsansprüchen (Anspruch auf Anstaltspflege!) in Landesgesetzen behandelt sind. Siehe die Bestimmungen über die Beziehungen zwischen Versicherungsträgern und Krankenanstalten: § 148, § 149 Abs. 2, § 189 Abs. 3, § 302 Abs. 3 ASVG usw.

109 Christian Kopetzky, Editorial, RdM 2017/1.

110 Birgit Schratlbauer, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen, Soziale Sicherheit 2016, 179.