

Grundlagen

Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesundheitsrechts

Literatur: *Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich, RdM 2000, 77; *Berka*, Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung, RdM 2019, 227; *Berka/Th. Müller/Schörghofer* (Hrsg), Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich – Verfassungsrechtliche Grundprobleme (2019); *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit (2015); *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht und Verfassung, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht³ (2020); *Klaushofer/Kneihs/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZöR 75 (2020) 649; *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998); *Kneihs*, Die Gebote des Art 3 Abs 2 GRG als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd. B-VG? NLMR 2015, 191; *Kneihs*, Drei Mal Sterbehilfe, NLMR 2020, 425; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988); *Krasser*, Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020, 136; *Pfeil/Prantner/Warter* (Hrsg), Sozialversicherungs-Organisationsgesetz – Verfassungs-, arbeits- und verfahrensrechtliche Fragestellungen (2019); *Pöschl*, Sterben mit Würde? EuGRZ 2021, 12; *Reimann*, Die Gesundheitskrise und die Interpretation der bundesverfassungsgesetzlichen Kompetenzbestimmungen, ZfV 2021, 113; *Scholz*, Marktzugang im ambulanten Gesundheitswesen (2014); *Stelzer*, Der zukünftige Umgang mit Gesundheitsdaten? – Eine Skizze, in *Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahlr* (Hrsg), FS Kopetzki (2019) 679; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008); *Stöger*, Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme in der Gesundheitsplanung, in *Baumgartner* (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2018 (2018) 11; *Wiederin*, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungs-Organisationsgesetzes, RdM 2019, 239; *Wiederin*, Mittelbare Bundesverwaltung und sonstige Selbstverwaltung. Anmerkung zu VfGH 13. 3. 2019, G 242/2018, RdM 2019, 183.

Übersicht

	Rz
I. Einleitung	1
II. Grundrechte	3
A. Grenzen des Lebens	4
B. Eingriffe in die physische bzw psychische Integrität	8
C. Gewährleistung medizinischer Versorgung?	12
D. Schutz von Gesundheitsdaten	16
E. Grundrechtseingriffe im Dienste des Gesundheitsschutzes	18
F. Wirtschaftliche Betätigung und Gleichbehandlung im Gesundheitsbereich	21
G. Grundrechtecharta als neues Kapitel des Grundrechtsschutzes im Gesundheitsbereich?	24
III. Zuständigkeitsverteilung, Zuständigkeitskoordinierung und Selbstverwaltung im Gesundheitswesen	28
A. Zuständigkeitsverteilung	29
1. Abwehr allgemeiner Gesundheitsgefahren	30
2. Kranken- und Heilanstalten	32
B. Neue Regelungsbereiche	35
C. Zuständigkeitskoordinierung	36
D. Selbstverwaltung	39
IV. Schluss	42

I. Einleitung

Wie viele andere Rechtsbereiche auch ist das Gesundheitsrecht primär einfachgesetzlich ausgestaltet, aber gleichzeitig verfassungsrechtlich mehr oder minder stark determiniert. Weder das B-VG, noch andere Rechtsquellen des Verfassungsrechts im formellen Sinn enthalten systematisch strukturierte Vorgaben für gesundheitsrechtliche Vorschriften, sodass diese je-

weils auf allfällige verfassungsrechtliche Berührungspunkte geprüft werden müssen. Ebenso wie bei anderen Rechtsbereichen ist in einem ersten Zugriff eine Zweiteilung zweckmäßig: Die als Grundrechte bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte beschränken die Gesetzgebung in ihrer Gestaltungsfreiheit, indem eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung als solche verboten oder geboten wird. In einem Bundesstaat ist zudem die Frage zu stellen, welche Rechtsetzungsautorität eine grundrechtlich zunächst zulässige Vorschrift erlassen darf. Wie dort die einschlägigen Grundrechtskataloge heranzuziehen sind, ist hier die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der verlässliche Wegweiser. Als tertium enthält die öst Bundesverfassung noch einige weitere Vorgaben für die Ausgestaltung des Gesundheitsrechts, die sich gegenüber dem binären System Grundrechte – bundesstaatliche Kompetenzverteilung sperren.

- 2 Die vorliegende Darstellung ist in folgender Weise aufgebaut: Auf lehrbuchartige Ausführungen zu den einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen wird verzichtet, diese werden durch jeweils einleitende Verweise auf die einschlägige Literatur substituiert. Vielmehr werden schlaglichtartig ausgewählte Berührungspunkte des Gesundheitsrechts mit der Verfassung herausgegriffen und sichtbar gemacht. Dies bringt es mit sich, auf einen gleichsam enzyklopädischen Zugriff zu verzichten, der bei der hier zu bearbeitenden Themenstellung aber ohnehin nicht zu leisten ist. Es sollen vielmehr Topoi herausgegriffen werden, die entweder für das Verständnis der verfassungsrechtlichen Determinierung des Gesundheitsrechts grundlegend sind oder von denen angenommen werden kann, dass der einschlägig tätige Praktiker darüber verlässlich informiert sein sollte.

II. Grundrechte¹

- 3 Grds kann jedes Grundrecht die konkrete Ausgestaltung des Gesundheitsrechts beeinflussen. Dennoch stehen einige dieser Rechte mit gesundheitsrechtlichen Fragen in einem engeren Zusammenhang, wobei sich mehrere Aspekte unterscheiden lassen.

A. Grenzen des Lebens²

- 4 Die rechtliche Festlegung von Beginn und Ende des menschlichen Lebens ist für die gesamte Rechtsordnung von fundamentaler Bedeutung. Aus grundrechtlicher Perspektive wird mit dem Beginn des Lebens der Schutz der Grundrechte zumindest abstrakt aktiviert, während demgegenüber der Tod die Schutzwirkungen regelmäßig entfallen lässt. Der spezifische Konnex zum Gesundheitsrecht besteht darin, dass die Entstehung menschlichen Lebens in Form

1 *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1147 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1317 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 677 ff. Aus der monografischen Überblicksliteratur ist auf *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte² (2019), *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021), sowie *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte³ (2019), hinzuweisen. In beiden Großkommentaren zum öst Bundesverfassungsrecht (*Korinek/Holoubek* et al [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht; *Kneihs/Lienbacher* [Hrsg], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht) sind bereits zahlreiche für das Gesundheitsrecht einschlägige Grundrechte bearbeitet, sodass man lediglich für die Leerstellen auf kleinere Formate zurückgreifen muss (*Kahl/Khakzadeh/Schmid* [Hrsg], Bundesverfassungsrecht [2021], bzw *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ [2020]). Eine zusammenfassende Darstellung im Hinblick auf das Gesundheitsrecht bieten *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht und Verfassung, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht⁵ (2020) Kap I Rz 35 ff, während für eine in die Tiefe gehende Auseinandersetzung auf einschlägige Monografien und Einzelanalysen zurückgegriffen werden muss, wofür die weiterführenden Rechtsprechungs- und Literaturhinweise in den vorgenannten Texten herangezogen werden können.

2 Nach wie vor lesenswert: *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998). Zum Recht auf Abbruch einer Schwangerschaft nunmehr ausführlich *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit (2015) 337 ff.

von Schwangerschaft und Geburt bzw in Formen technisch unterstützter Fortpflanzung sowie der Sterbevorgang in vielen Fällen medizinisch begleitet werden und daher die auch grundrechtlichen Vorgaben in besonderem Maße zu beachten sind. Vorgenannte Fragen werden auch in Österreich maßgeblich unter dem Gesichtspunkt des Art 2 EMRK, aber auch des Art 8 EMRK behandelt.

Der EGMR agiert hins des Beginns des menschlichen Lebens äußerst zurückhaltend und erachtet demnach unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen für Schwangerschaftsabbrüche als konventionskonform.³ Dies steht im Einklang mit der zutr Rsp des VfGH, wonach der rechtliche Lebensschutz zwingend erst mit der Geburt beginnt, nicht jedoch das „keimende Leben“ erfassen muss.⁴ Der Straßburger Gerichtshof lässt es indes angesichts des technologischen Fortschritts offen, ob nicht insbesondere Embryonen oder Föten doch ein gewisser rechtlicher Schutz zukommen müsse.⁵ Dem rechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens sind indes Grenzen gesetzt: So sind komplementäre Verbote zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches allesamt am Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK zu messen,⁶ wobei zu beachten ist, dass in Fällen der sonstigen Gefährdung der körperlichen Integrität der Mutter jedenfalls eine Möglichkeit zum Abbruch der Schwangerschaft bestehen muss⁷ sowie Beschränkungen den Kernbereich des Art 8 EMRK berühren und allfällige Rechtfertigungsgründe eher diffus bleiben.⁸ Umgekehrt wird auch die Entscheidung für eine – auch medizinisch unterstützte – Schwangerschaft durch Art 8 EMRK geschützt,⁹ sodass diesbezgl Beschränkungen jeweils zu rechtfertigen sind.¹⁰

Im Hinblick auf das Ende des Lebens steht kaum die Frage eines eindeutigen Kriteriums für den Todeszeitpunkt in Rede,¹¹ umso mehr jedoch die Frage, ob die Grundrechtsordnung auch ein Recht beinhaltet, sein Leben eigenständig oder auch mit Unterstützung Dritter zu beenden. Der VfGH hat diese lange umstrittene und vom EGMR bis heute nicht eindeutig geklärte

3 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 20 Rz 3. Grundlegend va EGMR 8. 7. 2004 (GK), 53924/00 (*Vo/Frankreich*) Rz 74ff mwN. Der EGMR stützt sich dabei insb auf einen diesbezgl fehlenden europäischen Konsens, sodass den Mitgliedstaaten der EMRK ein Beurteilungsspielraum eröffnet sei (Rz 82, 84).

4 VfGH G 8/74 VfSlg 7400, 221 (223ff).

5 EGMR 8. 7. 2004 (GK), 53924/00 (*Vo/Frankreich*) Rz 84: „At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a ‚person‘ with the ‚right to life‘ for the purposes of Article 2.“ Die nachfolgende Bezugnahme auf internationale Übereinkommen unterschiedlicher rechtlicher Bindungswirkung ist kennzeichnend für das Vorgehen des EGMR.

6 EGMR 16. 12. 2010 (GK), 25579/05 (*A., B. und C./Irland*) Rz 212ff, bzw deutlicher EGMR 20. 3. 2007, 5410/03 (*Tysiqc/Polen*) Rz 105ff.

7 Vgl EGMR 20. 3. 2007, 5410/03 (*Tysiqc/ Polen*).

8 Vgl aber EGMR 16. 12. 2010 (GK), 25579/05 (*A., B. und C./Irland*) Rz 222ff.

9 Vgl zB EGMR 3. 11. 2011, 57813/00 (*S.H./Österreich*) Rz 82: „The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life.“; ebenso zB VfGH G 16/2013 VfSlg 19.824, 799 (804), bzw bereits VfGH G 91/98; G 116/98 VfSlg 15.632, 414 (430).

10 Ebenso wie bei Fragen des Schwangerschaftsabbruches spielt auch hier die Argumentationsfigur des (fehlenden) europäischen Konsenses eine bedeutende Rolle für jenen Spielraum, der den Mitgliedstaaten der EMRK bei der innerstaatlichen Regelung verbleibt (vgl EGMR 10. 4. 2007 [GK], Nr 6339/05 [*Evans/Vereinigtes Königreich*] Rz 77ff).

11 Aus gesundheitsrechtlicher Sicht ist hier va an mögliche Organentnahmen bei Verstorbenen zu denken (dazu va *Kopetzki*, Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation [1988] 52ff).

Frage¹² zutr und maßgeblich mHa Art 8 EMRK beantwortet und ein derartiges Recht angenommen,¹³ wobei begleitende Regelungen insbesondere zum Schutz des freien Willens eines Sterbewilligen geboten sind, einschränkende Kautelen indes kaum zulässig sein dürften.¹⁴

- 7 Zusammenfassend ist insbesondere die jüngere Rsp vom Gedanken der Selbstbestimmung über den eigenen Körper geprägt, sodass einschlägige Beschränkungen zunehmend unter Druck geraten. Dies wird dem Umstand gerecht, dass es sich hierbei regelmäßig um Eingriffe in den Kernbereich des Privatlebens iSd Art 8 EMRK handelt, die lediglich unter erschwerten Bedingungen gerechtfertigt werden können.

B. Eingriffe in die physische bzw psychische Integrität¹⁵

- 8 Grundrechtlich ist die Integrität des eigenen Körpers bzw der eigenen Psyche in mehrfacher Weise geschützt: Schwere Eingriffe werden am Maßstab des Art 3 EMRK gemessen. Weniger gravierende Fälle werden auf ihre Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK hin geprüft. Einen gesondert zu behandelnden Bereich bilden Freiheitsentziehungen, die in näher bestimmter Weise dem Schutz der Gesundheit dienen.¹⁶
- 9 Der EGMR hat medizinische Behandlungen mehrfach als Verstoß gegen Art 3 EMRK qualifiziert, wobei die Bandbreite möglicher Konstellationen groß ist. In seiner Drastik exemplarisch kann eine medizinisch nicht indizierte und ohne Einwilligung vorgenommene Sterilisation einer Frau dienen.¹⁷ Im Übrigen stellt der Straßburger Gerichtshof bei der zwangsweisen Behandlung von nicht einsichtsfähigen Personen in Gesundheitseinrichtungen auf die therapeutische Indikation ab.¹⁸
- 10 Medizinische Behandlungen bzw Eingriffe unterhalb der Schwelle des Art 3 EMRK sind regelmäßig an Art 8 EMRK zu messen. Gleichermäßen spielt jedoch auch hier die Zustimmung des Betroffenen eine zentrale Rolle.¹⁹ Liegt eine solche nicht vor, stellen selbst geringfügige Eingriffe in die körperliche Integrität, aber auch bloß (oberflächliche) Untersuchungen einen

12 Vgl va EGMR 29. 4. 2002, 2346/02 (*Pretty/Vereinigtes Königreich*). Zur sog passiven Sterbehilfe vgl va EGMR 5. 6. 2015 (GK), 46043/14 (*Lambert/Frankreich*). Ebenso wie bei Fragen des Schwangerschaftsabbruchs bzw der medizinisch unterstützten Fortpflanzung spielt auch hier die Argumentationsfigur des (fehlenden) europäischen Konsenses eine bedeutende Rolle für jenen Spielraum, der den Mitgliedsstaaten der EMRK bei der innerstaatlichen Regelung verbleibt (vgl EGMR 5. 6. 2015 [GK], 46043/14 [*Lambert/Frankreich*] Rz 144ff).

13 VfGH 11. 12. 2020, G 139/2020, Rz 64ff. Vgl dazu *Kneihs*, Drei Mal Sterbehilfe, NLMR 2020, 425; *Pöschl*, Sterben mit Würde? EuGRZ 2021, 12.

14 Diesbezgl wegweisend BVerfG 2 BvR 2347/15 ua BVerfGE 153, 182.

15 Zur zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrages diskutierten COVID-19-Impfpflicht zB *Krasser*, Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht, RdM 2020, 136.

16 Vgl Rz 18ff.

17 EGMR 8. 11. 2011, 18968/07 (*V. C./Slowakei*) Rz 100ff.

18 EGMR 6. 9. 2007, 2570/04 (*Kucheruk/Ukraine*) Rz 128ff (145): „In the instant case the Court finds that the handcuffing of the mentally ill applicant for a period of seven days without any psychiatric justification, or any medical treatment for injuries sustained during his forced restraint and self-inflicted during the confinement in the disciplinary cell, must be regarded as constituting inhuman and degrading treatment.“ EGMR 24. 9. 1992, 10533/83 (*Herczegfalvy/Österreich*) Rz 79ff (83): „In this case it is above all the length of time during which the handcuffs and security bed were used [...] which appears worrying. However, the evidence before the Court is not sufficient to disprove the Government’s argument that, according to the psychiatric principles generally accepted at the time, medical necessity justified the treatment in issue.“

19 Zu dieser Zustimmung vgl EGMR 13. 5. 2008, 52515/99 (*Juhnke/Türkei*) Rz 76: „free, informed and express consent of the subject“.

Eingriff in Art 8 EMRK dar,²⁰ die jedoch – im Gegensatz zu Eingriffen in Art 3 EMRK – einer Rechtfertigung zugänglich sind.²¹ IdZ ist darauf hinzuweisen, dass zwar auch verpflichtende Impfungen einen Eingriff in Art 8 EMRK darstellen, aber insbesondere zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor ansteckenden Krankheiten gerechtfertigt sein können.²²

Zusammenfassend ist erneut auf die entscheidende Rolle einer qualifizierten Einwilligung des von einer medizinischen Behandlung Betroffenen hinzuweisen. Liegt eine solche nicht vor, entscheiden entweder eine nachgewiesene medizinische Notwendigkeit für den nicht einsichtsfähigen Betroffenen oder jenseits dieser Fälle etwaige übergeordnete öffentliche Interessen über eine Zulässigkeit der Behandlung. Art 3 EMRK stellt hier jedoch eine absolute Grenze dar, die im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu ermitteln ist.

C. Gewährleistung medizinischer Versorgung?²³

Abgesehen vom zuvor geschilderten Abwehrrecht gegenüber Eingriffen in die physische bzw. psychische Integrität²⁴ kann in bestimmten Fällen auch ein Recht auf medizinische Versorgung entstehen bzw. kann ein bestimmter gesundheitlicher Zustand grundrechtlich zu berücksichtigen sein.

Eine maßgebliche Fallgruppe bilden dabei Personen, für die der Staat eine besondere Verantwortung trägt: Wird zB einer Person staatlich veranlasst die Freiheit entzogen (zB im Falle einer medizinisch indizierten Unterbringung), ist auf den Gesundheitszustand der betreffenden Person Rücksicht zu nehmen, wobei eine fallspezifische Unterversorgung sogar zu einer Verletzung von Art 3 EMRK führen kann.²⁵ In diese Gruppe gehören aufgrund ihrer vulnerablen Position auch Ausländer mit prekärem Aufenthaltsstatus, deren Gesundheitszustand – nach der Rsp allerdings nur in äußerst schwerwiegenden Fällen – eine ansonsten rechtmäßige Ausweisung hindern kann.²⁶

Über diesen Bereich hinaus treffen den Staat jedenfalls bei akuten und erkennbaren Gefährdungen des Lebens bzw. der Gesundheit bestimmte, sich aus Art 2 EMRK ergebende Hand-

20 Zu Blutabnahmen vgl. die durchaus unterschiedlich gelagerten Fälle EGMR 5. 1. 2006, 32352/02 (*Schmidt/Deutschland*) [Zulässigkeitsentscheidung] mwN zur älteren Rsp, sowie EGMR 19. 12. 2013, 45872/06 (*Yuriy Volkov/Ukraine*) Rz 84ff.

21 Anschaulich sind medizinische Zwangsbehandlungen, die zB als polizeiliche Ermittlungsschritte notwendig sind, worunter auch die in der vorigen FN genannten (zwangsweisen) Blutabnahmen zählen. Als legitimes Ziel ist hier regelmäßig die nationale Sicherheit (Ausforschung eines Straftäters) einschlägig, wobei die Verhältnismäßigkeit jedenfalls zu wahren ist (vgl. EGMR 5. 1. 2006, 32352/02 [*Schmidt/Deutschland*] [Zulässigkeitsentscheidung], mit dem Hinweis auf eine „schwere Straftat“).

22 Folgende Erwägungen zu einer verpflichtenden Impfung gegen eine (regionale) Ausbreitung von Diphtherie in der Ukraine dürften in Zukunft vielfach Beachtung finden: „In the Court’s opinion the interference with the applicant’s physical integrity could be said to be justified by the public health considerations and necessity to control the spreading of infectious diseases in the region. Furthermore, according to the domestic court’s findings, the medical staff had checked his suitability for vaccination prior to carrying out the vaccination, which suggest that necessary precautions had been taken to ensure that the medical intervention would not be to the applicant’s detriment to the extent that would upset the balance of interests between the applicant’s personal integrity and the public interest of protection health of the population.“ (EGMR 15. 3. 2012, 24429/03 [*Solomakhin/Ukraine*] Rz 36).

23 Zum Gesamtkomplex nunmehr *va Berka*, Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung, RdM 2019, 227.

24 Vgl. Rz 8ff.

25 Reiches Anschauungsmaterial bei *Grabenwarter/Pabel* (FN 1) § 20 Rz 65, 69f.

26 Eine Zusammenfassung der wesentlichen Prinzipien bietet EGMR 27. 5. 2008 (GK), 26565/05 (*N./Vereinigtes Königreich*) Rz 42ff.

lungspflichtigen, wobei in diesen Fällen ein gewisser Spielraum im Hinblick auf die ergriffenen Maßnahmen besteht.²⁷ IdZ kann auch die Verweigerung einer lebensnotwendigen medizinischen Behandlung das genannte Konventionsrecht verletzen, wobei die beiden Leitenentscheidungen jeweils drastische Fälle von Organisationsversagen betreffen,²⁸ aus denen ein bestimmtes, staatlich bereitgestelltes medizinisches Versorgungsniveau aber nicht abgeleitet werden kann.²⁹ Jedoch ist ein einmal geschaffenes Gesundheitssystem, insb die Organisation von Krankenanstalten, so einzurichten, dass Gefährdungen des Lebens verhindert bzw Todesfälle gerichtlich untersucht und die dafür Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen werden können.³⁰

- 15 Zusammenfassend ist die Rsp hins eines Rechts auf einen (bestimmten) medizinischen Versorgungsstandard zurückhaltend. Ein Anspruch auf medizinische Betreuung wird lediglich, aber immerhin in drastischen Fällen bejaht, zudem kann der Gesundheitszustand einer Person bei der Beurteilung sonstiger staatlicher Maßnahmen relevant sein. Im Übrigen dürfte die dogmatische Beurteilung der Kernfrage eines Rechts auf medizinische Versorgung noch nicht an ihrem Ende angekommen sein.³¹

D. Schutz von Gesundheitsdaten³²

- 16 Gesundheitsdaten genießen wie alle anderen personenbezogene Daten auch grundrechtlichen Schutz. Dieser ist iW aus Art 8 EMRK sowie der Verfassungsbestimmung des § 1 DSG zu ermitteln, wobei die einfachgesetzliche Ausgestaltung einerseits und die unmittelbar anwendbare DSGVO andererseits jedenfalls zu berücksichtigen sind. Gesundheitsdaten iSd Art 4 Z 15 DSGVO genießen gem Art 9 leg cit erhöhten Schutz³³ und auch der EGMR hat medizinische Informationen als besonders sensibel qualifiziert.³⁴ Dies führt dazu, dass die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zwar regelmäßig zulässig sein kann, jedoch die Rechtfertigungsprüfung besonders streng durchzuführen ist: So enthält Art 9 DSGVO ein grds Verbot, das ausschließlich aus den in Abs 2 leg cit genannten Gründen durchbrochen werden darf. Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Sicherheitspolizei uä ist § 39 DSG einschlägig, im Übrigen ist auf die allg Bestimmung des § 1 Abs 2 zweiter Satz leg cit zum Schutz von „Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind“ hinzuweisen. Der EGMR prüft die Verarbeitung von Gesundheitsdaten ebenfalls streng, wobei eine Weitergabe durchaus zulässig sein

27 Instrukтив zB EGMR 9. 6. 1998, 23413/94 (*L.C.B./Vereinigtes Königreich*) Rz 36 ff, zur (unterlassenen) Information über eine Gesundheitsgefährdung durch radioaktive Strahlung.

28 EGMR 9. 4. 2013, 13423/09 (*Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk/Türkei*) Rz 79 ff, 84 ff; EGMR 27. 1. 2015, 24109/07 (*Asiye Genç/Türkei*) Rz 65 ff, 74 ff.

29 Mitfühlend-nüchtern daher die Ausführungen in EGMR 4. 1. 2005, 14462/03 (*Pentiacova ua/Moldawien*): „While it is clearly desirable that everyone should have access to a full range of medical treatment, including life-saving medical procedures and drugs, the lack of resources means that there are, unfortunately, in the Contracting States many individuals who do not enjoy them, especially in cases of permanent and expensive treatment.“

30 Statt aller EGMR 17. 1. 2002 (GK), 32967/96 (*Calvelli und Cigliò/Italien*) Rz 49.

31 Vgl FN 23.

32 Jüngst knapp Stelzer, Der zukünftige Umgang mit Gesundheitsdaten? – Eine Skizze, in Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahlr (Hrsg), FS Kopetzki (2019) 679 (680 ff).

33 Vgl auch § 39 iVm § 36 Abs 2 Z 14 DSG. Gem Art 9 Abs 4 DSGVO ist (auch) für Gesundheitsdaten eine Erhöhung des Schutzniveaus zulässig.

34 Vgl zB EGMR 25. 2. 1997, 22009/93 (*Z./Finnland*) Rz 95: „Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. It is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general.“

kann.³⁵ Im Übrigen ist es mit Beschränkungen der Datenverarbeitung nicht getan: So verlangt § 1 Abs 2 zweiter Satz DSG, dass angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt werden,³⁶ sodass sich hieraus eine staatliche Handlungspflicht ergibt.³⁷

Zusammenfassend kann auf die besondere Bedeutung von Gesundheitsdaten als Aspekt des Persönlichkeitsschutzes hingewiesen werden, die sich durchgehend in erhöhten Rechtfertigungslasten bei der Verarbeitung derartiger Daten niederschlägt. Zudem treffen den Staat auch Handlungspflichten im Dienste der effektiven Geheimhaltung dieser Daten. Eine Lösung konkreter Fragestellungen in diesem Bereich wird durch die Verschränkung von DSGVO, innerstaatlichen Regelungen und der Rsp des EGMR erschwert.

E. Grundrechtseingriffe im Dienste des Gesundheitsschutzes³⁸

Der Schutz der individuellen oder allg Gesundheit kann in bestimmten Fällen auch Grundrechtsbeschränkungen mit sich bringen. Dies wird besonders deutlich, wenn das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit jeweils aus Gründen der Gesundheit eingeschränkt werden dürfen.³⁹ In spezifischer Weise kann auch das Recht auf persönliche Freiheit eingeschränkt werden, soweit bestimmte gesundheitliche Aspekte schlagend werden.⁴⁰

Die möglichen Konstellationen sind kaum zu überblicken: Im Hinblick auf das Recht auf Privatleben wurde eine aus Erwägungen des Gesundheitsschutzes verpflichtende Impfung bereits angesprochen,⁴¹ die Religionsfreiheit darf beschränkt werden, wenn insb rituelle Praktiken oder Bräuche die Gesundheit anderer gefährden⁴² und die auch kommerzielle Werbung umfassende Meinungsäußerungsfreiheit muss Restriktionen hinnehmen, wenn für gesundheitsgefährdende Produkte geworben werden soll.⁴³ Auch jenseits der vorgenannten Grundrechte bildet der Gesundheitsschutz ein (schwerwiegendes) öffentliches Interesse, das zB die Erwerbsfreiheit bzw die Eigentumsgarantie zurücktreten lassen kann.⁴⁴ Ein Spezifikum bildet die an einen gesundheitlichen Zustand anknüpfende Entziehung der Freiheit: Gem Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG darf einem Menschen die persönliche Freiheit auf die gesetzlich vorge-

35 EGMR 19. 3. 2015, 648/10 (*Y./Türkei*) (Zulässigkeitsentscheidung) Rz 68 ff, 70 ff, zur Information des medizinischen Personals einer Krankenanstalt über die HIV-Infektion eines Patienten.

36 Vgl zB § 54 DSG bzw Art 32 DSGVO.

37 Vgl EGMR 25. 2. 1997, 22009/93 (*Z./Finnland*) Rz 96: „In view of the highly intimate and sensitive nature of information concerning a person's HIV status, any State measures compelling communication or disclosure of such information without the consent of the patient call for the most careful scrutiny on the part of the Court, as do the safeguards designed to secure an effective protection“.

38 Eine umfassende Analyse der im Zuge der COVID-19-Pandemie erlassenen Grundrechtsbeschränkungen va im Dienste des Gesundheitsschutzes leisten *Klaushofer/Kneihs/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZöR 75 (2020) 649 (681 ff).

39 Vgl die jeweils in Abs 2 enthaltenen Vorbehalte in Art 8 bis 11 EMRK.

40 Vgl Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG; Art 5 Abs 1 lit e EMRK.

41 Vgl Rz 10.

42 ZB EGMR 15. 1. 2013, 48420/10 ua (*Eweida ua/Verinigtes Königreich*) Rz 98, zum Verbot des Tragens einer Halskette mit Kreuz zum Schutz der Patienten und des Tragenden selbst.

43 ZB EGMR 5. 3. 2009, 26935/05 (*Affaire Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson/Frankreich*) Rz 56, zum Verbot von Werbung für Tabakprodukte.

44 Vgl va VfGH G 164/2016 VfSlg 20.151, 269 (300 f), zum Verbot des Versandhandels mit E-Zigaretten; zuletzt zum sog Apothekenvorbehalt VfGH 3. 3. 2021, V 75–76/2019 ua, Rz 87.

schriebene Weise entzogen werden, wenn Grund zur Annahme besteht, dass er eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten sei oder wegen psychischer Erkrankung sich oder andere gefährde.⁴⁵ Abgesehen von den notwendig vorzunehmenden Begriffsbestimmungen sind insb jeweils eine Gefährdungsprognose und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen.⁴⁶

- 20** Zusammenfassend ist das verfolgte Ziel des Gesundheitsschutzes ein starkes verfassungsrechtliches Argument, das mitunter auch gravierendere Grundrechtseinschränkungen zu rechtfertigen vermag. Bei der Beschränkung wirtschaftlicher Grundrechte streitet trotz stets vorzunehmender Verhältnismäßigkeitsprüfung die Vermutung für eine Zulässigkeit, während Eingriffe in die persönliche Freiheit bzw in die körperliche oder psychische Integrität regelmäßig erhöhten Rechtfertigungslasten unterliegen.

F. Wirtschaftliche Betätigung und Gleichbehandlung im Gesundheitsbereich⁴⁷

- 21** Ebenso wie alle anderen Formen der Erwerbstätigkeit unterliegt auch jene im Gesundheitsbereich grundrechtlichem Schutz. Dieser wird insb durch die Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG, sowie in bestimmten Fällen durch die Eigentumsgarantie gem Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPEMRK sichergestellt. IdZ ist auch der Gleichheitssatz gem Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG zu nennen, dessen Bedeutung zwar (auch) im Gesundheitsbereich weit über die Gleichbehandlung bei der wirtschaftlichen Betätigung hinausgeht, hier jedoch wiederholt in der Praxis relevant geworden ist.
- 22** Zunächst fallen insb Antritt und Ausübung von Gesundheitsberufen in den Schutzbereich der Erwerbsfreiheit. Als Bsp kann hier der Verkauf von Arzneimitteln dienen, bei dem Beschränkungen in die Erwerbsfreiheit hierzu nicht Berechtigter eingreifen.⁴⁸ Im Hinblick auf eine zu prüfende Rechtfertigung dieser Beschränkungen ergibt sich im Gesundheitsbereich regelmäßig, wenn auch nicht immer, dass gerade dem Schutz der Gesundheit als (schwerwiegendem) öffentlichen Interesse eine maßgebliche Rolle zukommt.⁴⁹ Geradezu den Klassiker bilden hier jene vom VfGH teilweise bis heute für zulässig erachteten Beschränkungen in Zusammenhang mit der Erteilung von Apothekenkonzessionen.⁵⁰ Auch weitere Entscheidungen zeigen aber, dass insb das gravierend in die Erwerbsfreiheit eingreifende Instrument der Bedarfsprüfung selbst im Gesundheitsbereich nur in bestimmten Fällen gerechtfertigt werden kann.⁵¹ Jene die

45 Art 5 Abs 1 lit e EMRK weist eine ähnliche, teilweise aber auch weitere Formulierung auf und erstreckt die Gründe für eine Freiheitsentziehung insb auch auf Alkoholiker, Rauschgiftsüchtige und Landstreicher. In Österreich ist aufgrund des Günstigkeitsprinzips (Art 53 EMRK) diesbezgl ausschließlich das PersFrG heranzuziehen.

46 Maßgeblich nach wie vor *Kopetzki*, Art 2 PersFrG, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Rz 56 ff.

47 Maßgebliche Beiträge sind in Zusammenhang mit der grundrechtlichen Bewertung des Gesamtvertrages zu finden: Vgl *Scholz*, Marktzugang im ambulanten Gesundheitswesen (2014) 110 ff, 181 ff, 198 ff, der auch die wesentlichen Literaturmeinungen zusammenträgt.

48 VfGH 3. 3. 2021, V 75–76/2019 ua, Rz 83 ff (86 f).

49 Vgl Rz 18 ff.

50 Leitentscheidung mwN: VfGH G 37/97 ua VfSlg 15.103, 156. Über die differenzierte neuere Rsp (auch) in Zusammenhang mit ärztlichen Hausapotheken informiert zB VfGH E 2091/2015 VfSlg 20.054, 340 (346 ff). Die Auswirkungen der einschlägigen Rsp des EuGH (vgl EuGH C-367/12, *Sokoll-Seebacher I*; C-634/15, *Sokoll-Seebacher II*) werden in VfGH E 2666/2016 VfSlg 20.196, 187 (200 ff), bzw VwGH 29. 3. 2017, Ra 2016/10/0141, behandelt.

51 Vgl VfGH G 338/91 VfSlg 13.184, sowie VfGH G 243/93 VfSlg 13.826, zu unzulässigen Bedarfsprüfungen im Hinblick auf mehr als einen Berufssitz von praktischen bzw Fachärzten („Zweitordination“).

Auflösung von Einzelverträgen mit der Krankenkasse betreffenden Fälle⁵² zeigen sehr deutlich, dass an die Redlichkeit der ärztlichen Berufsausübung (auch über die Grenzen der ärztlichen Behandlung hinaus) strenge Maßstäbe angelegt werden und diese auch zulässig sind.⁵³ In diesen Bereich gehören auch Ausbildungserfordernisse, die jedoch je nach Art der in Rede stehenden Tätigkeit abgestuft sein müssen, wobei im Falle der insb durch Ärzte direkt wahrgenommenen Sorge um die Gesundheit der Patienten auch äußerst restriktive Regelungen zulässig sind. Im Spannungsfeld von Erwerbsfreiheit, Eigentumsgarantie und Gleichheitssatz sind jene Bestimmungen zu verorten, welche die Anzahl der Ärzte, mit denen ein Einzelvertrag abgeschlossen werden kann, in den gesamtvertraglichen Stellenplänen festlegen.⁵⁴ Für das Eigentumsgrundrecht alleine ist insb auf den Schutz des Patientenstockes einer Ordination sowie dieser selbst hinzuweisen.⁵⁵ Die Bedeutung des Gleichheitssatzes und des aus diesem abgeleiteten Sachlichkeitsgebots im Gesundheitswesen liegt insb darin, dass dieses weiterhin verhältnismäßig stark staatlich reguliert wird. Aus der Fülle möglicher Konstellationen kann allg auf die bereits zuvor erwähnten Stellenpläne hingewiesen werden, weil bei der Vergabe von quantitativ limitierten Kassenverträgen der Auswahlaspekt ebenso auf der Hand liegt wie die damit verbundenen Gleichheits- bzw Sachlichkeitsprobleme.⁵⁶ Einen gesonderten gleichheitsrechtlichen Aspekt betreffen die auch im Gesundheitsbereich relevanten Fälle von sog Inländerdiskriminierung,⁵⁷ die grds gegen den Gleichheitssatz verstoßen, jedoch in bestimmten Konstellationen (zeitlich begrenzt) sachlich gerechtfertigt sein können.⁵⁸

Zusammenfassend gilt auch für die wirtschaftliche Betätigung im Gesundheitsbereich das allg, durch die eingangs genannten Grundrechte garantierte Schutzniveau, wobei jedoch einige Spezifika zu beachten sind: Auf Grund der Eigenart der in Rede stehenden Tätigkeiten, die mit dem (schwerwiegenden) öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes teils in engem Zusammenhang stehen, dürfen diese im Hinblick auf das vorgenannte Schutzgut in intensiver Weise beschränkt werden,⁵⁹ als dies in weniger sensiblen Sektoren wirtschaftlicher Betätigung der Fall ist. Eine pauschalierende Betrachtung kommt jedoch nicht in Frage, es ist der jeweils konkrete Fall in den Blick zu nehmen, wobei der Grad der (potentiellen) Einwirkung der konkreten Tätigkeit auf die Gesundheit der zB eine medizinische Behandlung in Anspruch nehmenden Personen ein Kriterium bieten könnte. Die vor dem Hintergrund des in Rede stehenden öffentlichen Interesses verhältnismäßig starke staatliche Regulierung rückt zudem Fragen der Gleichbehandlung der im Gesundheitsbereich tätigen Personen stärker in den Fokus.

23

52 VfGH B 2074/98 VfSlg 15.804, 603, bzw VfGH B 270/00 ua VfSlg 15.818, 688.

53 In einem weiteren Zusammenhang sind hier auch weiterhin bestehende und unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäußerungsfreiheit zu beurteilende Werbebeschränkungen zu nennen (instruktiv zB VfGH B 1797/07 VfSlg 18.559, 289, mwN zum zulässigen Verbot unsachlicher oder marktschreierischer Werbung für ärztliche Leistungen [293]).

54 Vgl bereits FN 47.

55 Grabenwarter/Krauskopf (FN 1) Kap I Rz 57 mit FN 218.

56 Vgl bereits FN 47 bzw nunmehr auch VfGH V 54/2014 VfSlg 19.936, 929, zur Bevorzugung von Frauen bei der Vergabe von Facharztstellen angesichts des bestehenden Mangels weiblicher Vertragsfachärztinnen für Frauenheilkunde.

57 Darunter versteht man die Besserstellung von ausländischen Unionsbürgern bzw Fällen mit Unionsrechtsbezug gegenüber öst Staatsbürgern bzw Fällen ohne Unionsrechtsbezug. Dies ist zB der Fall, wenn beschränkenden innerstaatlichen Regelungen unmittelbar anwendbares Unionsrecht entgegensteht und diese daher auf die erstgenannte Fallgruppe nicht anwendbar sind.

58 Als Leitentscheidung gilt VfGH G 41/10 ua VfSlg 19.529, 485, zur für einen bestimmten Zeitraum (16 Monate) weiterhin bestehenden Bedarfsprüfung bei Ambulatorien für Inländer bei gleichzeitigem Entfall dieses Kriteriums für Unionsbürger (vgl auch VfGH E 2666/2016 VfSlg 20.196, 187).

59 Vgl Rz 18 ff.

G. Grundrechtecharta als neues Kapitel des Grundrechtsschutzes im Gesundheitsbereich?⁶⁰

- 24** Seitdem der VfGH in der VfGH U 466/11 ua VfSlg 19.632, 212, die in der GRC enthaltenen Bestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte betrachtet, müssen diese bei grundrechtlichen Fragen zumindest erwähnt werden. Um diese Bestimmungen vor dem VfGH geltend zu machen, müssen diese in ihrer Formulierung und Bestimmtheit den Grundrechten der öst Bundesverfassung gleichen, zudem muss die einschlägige innerstaatliche Regelung in Durchführung des Unionsrechts ergangen sein.⁶¹ Es kann daher keine Rede davon sein, dass die GRC in Österreich nunmehr einen gleichermaßen ohne weitere Überlegungen anwendbaren Grundrechtskatalog wie das StGG oder die EMRK bildet.
- 25** Im Hinblick auf die materiellen Garantien ist für den hier interessierenden Bereich des Gesundheitsrechts ein weitgehender, wenngleich nicht vollständiger grds Gleichklang mit den bisher herangezogenen Grundrechten festzustellen, zumal sich die GRC (auch) an der EMRK orientiert. Zwei Bestimmungen sind gesondert hervorzuheben: Die demonstrative Aufzählung in Art 3 Abs 2 GRC enthält vornehmlich Verbote, die im Rahmen der Medizin und der Biologie zu beachten sind – das Verbot eugenischer Praktiken, insb derjenigen, welche die Selektion von Menschen zum Ziel haben, das Verbot, den menschlichen Körper oder Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen sowie das Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen. Unabhängig von diesen Regelungen muss die freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten beachtet werden. Unabhängig vom materiellen Gehalt dieser Bestimmungen⁶² wird deren Qualifikation als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd vorgenannten Rsp des VfGH (vorsichtig) erwogen.⁶³
- 26** Weitaus allg ist Art 35 GRC formuliert, der in seinem ersten Satz das Recht jedes Menschen auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten festlegt. Abgesehen von den auch in diesem Fall vorzunehmenden Begriffsbestimmungen⁶⁴ steht hier die Frage im Mittelpunkt, ob und inwieweit diese Regelung ein subjektives Recht auf Zugang zu bzw Inanspruchnahme von bestimmten Gesundheitsdienstleistungen enthält (originärer Leistungsanspruch) oder lediglich ein Recht auf gleichberechtigten Zugang zum bestehenden Niveau der Gesundheitsversorgung (derivativer Leistungsanspruch) gewährleistet.⁶⁵ Der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten lässt auch iVm den maßgeblich weiterhin den Mitgliedstaaten zukommenden Kompetenzen in Fragen des Gesundheitswesens⁶⁶ diesen jedenfalls einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum. Im Hinblick auf die öst Rechtslage wird auch in diesem Fall eine Qualifikation von Art 35 erster Satz GRC als verfassungsgesetzlich

60 Weiterführende Literatur enthalten die einleitenden Übersichten der nachfolgend zitierten Kommentierungen zu Art 3 und 35 GRC. Zur GRC in der Rsp des VfGH nunmehr monografisch *John*, Die Grundrechtecharta in der Jud des Verfassungsgerichtshofes (2020).

61 Näher VfGH B 166/2013 VfSlg 19.865, 364 (374ff).

62 Überblick zB bei *Köchle*, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar² (2019) Art 3 GRC Rz 21ff.

63 Diskussion bei *Köchle* (FN 62) Rz 48ff, bzw eindeutige (bejahende) Positionierung bei *Kneihls*, Die Gebote des Art 3 Abs 2 GRC als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd B-VG? NLMR 2015, 191.

64 Überblick zB bei *Damjanovic*, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar² (2019) Art 35 GRC Rz 13f.

65 Diskussion zB bei *Damjanovic* (FN 64) Rz 15ff, 20ff.

66 Vgl va Art 168 AEUV.

gewährleistetes Recht iSd vorgenannten Rsp des VfGH (vorsichtig) erwogen.⁶⁷ Die Bedeutung des zweiten Satzes des Art 35 GRC, wonach bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt wird, liegt weniger in seinem rechtlich kaum durchsetzbaren Gestaltungsauftrag,⁶⁸ sondern vielmehr in dessen Funktion als starkes unionsrechtliches Argument für Beschränkungen insb der wirtschaftlichen Grundrechte bzw -freiheiten.⁶⁹

Zusammenfassend ist es fraglich, ob die GRC die bisherigen grundrechtlichen Determinanten des Gesundheitsrechts wesentlich verändert hat. Aufgrund der detaillierteren Regelungen sind indes Impulse keineswegs auszuschließen, wobei die derzeitige Hauptfunktion insb von Art 35 GRC darin liegt, die Bedeutung des Gesundheitsschutzes als zu verfolgendes öffentliches Interesse mitunter auch gegenüber der Ausübung anderer (va wirtschaftlicher) Grundrechte zu festigen.

27

III. Zuständigkeitsverteilung, Zuständigkeitskoordinierung und Selbstverwaltung im Gesundheitswesen

Nach der bundesstaatlichen Ordnung Österreichs müssen die Zuständigkeiten für sachliche Regelungsbereiche zwischen dem Bund und den Ländern verteilt werden. Dies betrifft die Gesetzgebung wie die Vollziehung gleichermaßen. Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeiten im Gesundheitswesen quer über die einschlägigen Art 10, 11, 12 und 15 B-VG verteilt sind und sich mitunter schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Lediglich einen gewissen Ausgleich bieten die eine Kompetenzkoordinierung bewirkenden Gliedstaatsverträge gem Art 15a B-VG. Zudem kommt den verfassungsgesetzlich festgelegten Selbstverwaltungskörpern im Gesundheitswesen eine große Bedeutung zu.

28

A. Zuständigkeitsverteilung⁷⁰

Die Kompetenzverteilung des B-VG ist im Hinblick auf das Gesundheitswesen davon gekennzeichnet, dass eine grds Zuständigkeit des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung (Art 10

29

⁶⁷ *Damjanovic* (FN 64) Rz 21.

⁶⁸ Vgl *Damjanovic* (FN 64) Rz 28ff, die in dieser Grundsatzbestimmung demgemäß auch (eher) kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht iSd von VfGH U 466/11 ua VfSlg 19.632, 212, erblickt (28).

⁶⁹ Vgl zB EuGH C-544/10, *Deutsches Weintor eG* Rz 44ff, zu den wirtschaftlichen Grundrechten des Art 15f GRC und dem diese beschränkenden Verweis auf Art 35 zweiter Satz GRC. In diesem Fall ging es um die schließlich bejahte Frage, ob ein unionsrechtliches Verbot, einen Wein als „bekömmlich“ zu vermarkten, zulässig ist.

⁷⁰ Über die Kompetenzverteilung allg sowie über die bei der Interpretation der einschlägigen Bestimmungen zu beachtenden Auslegungsregeln informieren aus der in FN 1 zitierten umfangreicher angelegten Lehrbuchliteratur: *Berka* Rz 394ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* Rz 247ff; *Öhlinger/Eberhard* Rz 235ff. In beiden Großkommentaren zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (*Korinek/Holoubek* et al [Hrsg]; *Kneihs/Lienbacher* [Hrsg]) bilden die besonders relevanten Kompetenztatbestände Gesundheitswesen (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) sowie Heil- und Pflegeanstalten (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) Leerstellen, sodass auf kleinere Formate zurückgegriffen werden muss: Vgl *Lukan* (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG, Rz 1ff) und *Wallnöfer*, in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg) Art 12 B VG, Rz 8f, bzw *Muzak* Art 10 B-VG, Rz 62, bzw Art 12 B-VG, Rz 4. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fokus auf das Gesundheitsrecht bieten *Grabenwarter/Krauskopf* Kap I Rz 7ff, bzw *Kopetzki*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht I*⁴ (2019) 431 (447ff), während für eine in die Tiefe gehende Auseinandersetzung insb *Kopetzki*, *Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation* 68ff, sowie *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* 379ff, unverzichtbar sind. In allen genannten Texten finden sich weiterführende Rechtsprechungs- und Literaturhinweise zu spezielleren Fragestellungen.

Abs 1 Z 12 B-VG: „Gesundheitswesen . . .“) ⁷¹ durch nachfolgende Regelungen zwar nicht ausgehöhlt, jedoch in bedeutender Weise beschränkt wird. ⁷² Eine bedeutende Einschränkung besteht insb für die Heil- und Pflegeanstalten, die im Hinblick auf die sanitäre Aufsicht gänzlich dem Bund zugeordnet werden, diesem jedoch darüber hinaus nur die Grundsatzgesetzgebung zukommt (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) und die Ausführungsgesetzgebung bzw die Vollziehung bei den Ländern verbleibt. Wie auch sonst bei kompetenzrechtlichen Fragen ist auch hier die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG zu beachten, sodass nicht unter Art 10–12 B-VG fallende Regelungen grds in Gesetzgebung und Vollziehung den Ländern zukommen. Abgesehen von den vorgenannten, für das Gesundheitsrecht maßgeblichen Kompetenztatbeständen können auch noch weitere bzw andere Tatbestände einschlägig sein, wobei das Zivil- und Strafrechtswesen (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) sowie das Sozialversicherungswesen (Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG) hervorzuheben sind.

1. Abwehr allgemeiner Gesundheitsgefahren

- 30** Seit dem sog Strahlenschutzurteil ⁷³ gilt die allg Formel, wonach „Maßnahmen der Staatsgewalt, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (für die Volksgesundheit) dienen, [. . .] zur Sanitätspolizei und damit zum Gesundheitswesen (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 12 B.-VG.) [gehören], es sei denn, daß eine für eine bestimmte andere Kompetenzmaterie allein typische Abart dieser Gefahr bekämpft wird.“ ⁷⁴ Der VfGH zieht (auch) in diesem Erk die auch sonst für die Interpretation des Kompetenztatbestandes „Gesundheitswesen“ bedeutsame Anlage zur Kundmachung des Gesamtministeriums betreffend die Errichtung des Ministeriums für Volksgesundheit vom 8. 8. 1918 ⁷⁵ heran. Die vom Gerichtshof erwähnte Ausnahme zugunsten anderer Kompetenzmaterien bezieht sich zB auf gewerberechtliche Regelungen in Zusammenhang mit Betriebsanlagen, die zwar teilweise ebenfalls dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen, jedoch gleichfalls nicht unter den Begriff des Gesundheitswesens fallen. ⁷⁶ Im Übrigen umfasst dieser Begriff aber sowohl Maßnahmen zum Schutz vor übertragbaren Krankheiten, als auch Regelungen über die Behandlung von (übertragbaren und nichtübertragbaren) Krankheiten. ⁷⁷ Im Zuge der COVID-19-Pandemie wurde deutlich, dass es kaum einen Regelungsbereich gibt, der nicht auch unter dem Gesichtspunkt der Abwehr allg Gesundheitsgefahren geregelt werden könnte und daher grds Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG unterfällt. ⁷⁸ Auch nachfolgende medizinische Versorgung sicherstellende oder mit dieser lediglich in einem Zusammenhang stehende Vorschriften (zB ein staatlicher Krankheitskostenbeitrag ⁷⁹) bilden einen Teil des Kompetenztatbestandes Ge-

71 Diese Materie wird in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt (vgl Art 102 B-VG).

72 Vgl va Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation 61f.

73 VfGH KII-2/59 VfSlg 3650, 455.

74 VfGH KII-2/59 VfSlg 3650, 455 (459).

75 StGBI 297/1918.

76 Weiteres Bsp: VfGH KII-2/76 VfSlg 8035, 249 zu einem Entwurf eines Gesetzes über die Beförderung gefährlicher Güter und leichtverderblicher Lebensmittel auf Straßen, wobei lediglich jene Vorschriften als dem Schutz der Volksgesundheit dienend und damit dem Kompetenztatbestand Gesundheitswesen zugeordnet wurden, welche die Beförderung leichtverderblicher Lebensmittel regelten, weil es hier nicht um die Abwehr von Gefahren geht, die spezifisch aus dem Betrieb von Kfz rühren (262f).

77 VfGH KII-1/63 VfSlg 4609, 870 (882), zu übertragbaren Krankheiten, bzw darüber hinaus Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation 72.

78 Überblick zB bei Reimann, Die Gesundheitskrise und die Interpretation der bundesverfassungsgesetzlichen Kompetenzbestimmungen, ZfV 2021, 113.

79 VfGH KII-1/63 VfSlg 4609, 870 (881f).

sundheitswesen.⁸⁰ Einen Teil des Gesundheitswesens bildet auch das für Gesundheitsberufe geltende Berufsrecht, soweit dieses im Einzelfall nicht durch insb spezifisch krankenanstaltenrechtliche Regelungen überlagert ist⁸¹ oder zB das ärztliche Standesrecht betroffen ist.⁸²

Abgesehen von den gesondert zu behandelnden Kranken- und Pflegeanstalten enthält Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG auch das Rettungswesen, das Leichen- und Bestattungswesen sowie den Gemeindesaniättsdienst betreffende Ausnahmen, sodass diese Materien gem Art 15 Abs 1 B-VG den Ländern in Gesetzgebung und Vollziehung zukommen. Der VfGH versteht unter dem Hilfs- und Rettungswesen⁸³ die Regelung der Organisation von Erster Hilfe und Krankentransporten, ihre Finanzierung und die Anerkennung von Organisationen als Träger dieser Aufgaben.⁸⁴ Ebenfalls mit der Abwehr von Gesundheitsgefährdungen in Zusammenhang stehen Regelungen über die hygienisch einwandfreie Bestattung von Leichen, die dem Leichen- und Bestattungswesen zuzuordnen sind.⁸⁵ Der Gemeindesaniättsdienst umfasse demgegenüber lediglich die organisatorischen Einrichtungen auf dem Gebiet des Saniättswesens, sodass auf diesen Kompetenztatbestand keine materielle Regelung des Gegenstandes gestützt werden könne.⁸⁶

31

2. Kranken- und Heilanstalten

Das eingangs geschilderte Sonderregime für Kranken- und Heilanstalten gilt ausschließlich für bestimmte Einrichtungen medizinischer Versorgung. Diese zeichnen sich in ihrem Kern dadurch aus, dass es sich um „bettenführende Einrichtungen [handelt], in denen Personen stationär medizinisch betreut werden.“⁸⁷ Der Aspekt der medizinischen bzw ärztlichen Betreuung ist für die Grenze zu den grds unter Art 15 Abs 1 B-VG fallenden Pflegeheimen maßgeblich, weil bei diesen der pflegerische Gesichtspunkt im Vordergrund steht.⁸⁸ Zudem können auch Ambulatorien unter bestimmten Voraussetzungen als Heil- und Pflegeanstalten zu qualifizieren sein, wobei es maßgeblich auf eine bestimmte organisatorische Einrichtung ankommt.⁸⁹ Insb ärztliche Ordinationen fallen demgegenüber unter das Gesundheitswesen gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG.⁹⁰

32

Sind bestimmte Einrichtungen als Heil- und Pflegeanstalten iSd Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG erkannt, ist zunächst zu bestimmen, ob die in Rede stehende Regelung als sanitäre Aufsicht⁹¹ der

33

80 Vgl Kopetzki, Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation 72f, wonach der „teleologische Aspekt der Versorgungssicherung im Hinblick auf die persönlichen und sachlichen Ressourcen künftiger Therapiemaßnahmen eine dem Kompetenzbegriff ‚Gesundheitswesen‘ immanente Zweckrichtung darstellt“ (73) (Hervorhebung im Original).

81 Vgl va Stöger, Krankenanstaltenrecht 421ff, auch am Bsp der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht.

82 Vgl Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG, zur Einrichtung beruflicher Vertretungen, soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, bzw Art 11 Abs 1 Z 2 B-VG, zu beruflichen Vertretungen, soweit sie nicht unter Art 10 leg cit fallen (dazu va VfGH G 15/62; G 17/62VfSlg 4413, 238 [243ff]).

83 Dieser Begriff wird in Art 118 Abs 3 Z 7 B-VG verwendet.

84 VfGH B 452/03 VfSlg 16.941, 55 (60).

85 VfGH B 1257/96 VfSlg 14.771, 186 (188).

86 VfGH V 31/54 VfSlg 2784, 5 (8ff).

87 Stöger, Krankenanstaltenrecht 381.

88 VfGH KII-2/91 VfSlg 13.237, 439 (448ff), auch zu den Pflegeanstalten für unheilbar Kranke, die neben ärztlicher Betreuung auch noch pflegerischer Leistungen bedürfen.

89 VfGH G 198/90 ua VfSlg 13.023, 328 (364). Eingehend va Stöger, Krankenanstaltenrecht 382ff.

90 VfGH G 198/90 ua VfSlg 13.023, 328 (364). Zur Abgrenzung zu den ambulanten Heil- und Pflegeanstalten va Stöger, Krankenanstaltenrecht 386ff.

91 Bereits begrifflich benötigt die Aufsicht ein Beziehungsobjekt, dessen Tätigkeit oder Zustand den Gegenstand der Beaufsichtigung bildet (so VfGH KII-2/50 VfSlg 1990, 214 [216]).

vollständigen Zuständigkeit des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG unterfällt: Darunter sind eine behördliche Überwachungstätigkeit umfassende Vorschriften zu verstehen, deren Ziel darin liegt, die Einhaltung der sich auf die Heil- und Pflegeanstalten beziehenden sanitären Vorschriften durch die Normadressaten zu sichern.⁹² Demgegenüber fallen Genehmigungsakte für diese Einrichtungen ebenso wenig unter den Aufsichtsbegriff,⁹³ wie zB das gesetzliche Gebot, ausschließlich qualifiziertes Sanitätspersonal einzustellen.⁹⁴

- 34** Liegen in vorgenanntem Sinne Heil- und Pflegeanstalten unter Ausschluss der sanitären Aufsicht vor, können insb Regelungen zur Sicherstellung bestimmter organisatorischer Strukturen, Vorschriften zur Gewährleistung eines bestimmten Leistungs- und Qualitätsniveaus⁹⁵ bzw Bestimmungen über Versorgungspflichten auf Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG gestützt werden.⁹⁶ Darüber hinaus fallen darunter auch Regelungen, die den Betrieb einer Krankenanstalt betreffen.⁹⁷ Am Bsp von Werbebeschränkungen⁹⁸ bzw Behandlungsmethoden⁹⁹ lässt sich der für die Zuordnung zu diesem Kompetenztatbestand geforderte Bezug zur Krankenanstalt als Einrichtung zeigen. Erfasst sind zudem die Regelung der Rechtsbeziehungen der Krankenanstalten insb zu den Patienten¹⁰⁰ und zum Hauptverband der Sozialversicherungsträger.¹⁰¹ Einen stark durch Rsp und Literatur bearbeiteten Bereich bilden die teilweise gesetzlich vorgesehenen Arzthonorare.¹⁰²

B. Neue Regelungsbereiche

- 35** Medizinische bzw technische Entwicklungen können mitunter die Frage aufwerfen, in welcher Weise darauf Bezug nehmende Regelungen einem bestimmten Kompetenztatbestand zugewiesen werden können. Teilweise finden sich im einschlägigen Versteinerungsmaterial keine ausdrücklichen Bestimmungen, die eine Zuordnung ermöglichen. Ist eine solche auf der bloßen Grundlage der Versteinerungstheorie zu den zuvor vornehmlich behandelten Tatbeständen Gesundheitswesen (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) bzw Heil- und Krankenanstalten (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) ebenso wenig möglich wie zu anderen Tatbeständen der Art 10–12 B-VG, würde die entsprechende Materie grds den Ländern in Gesetzgebung und Vollziehung zufallen (Art 15 Abs 1 B-VG). Es ist jedoch zuvor zu prüfen, ob nicht eine sog intrasystematische Weiterentwicklung in Frage kommt, also ein neuerer Regelungsbereich letztlich doch innerhalb des (ausreichend abstrakt gehaltenen) versteinerten Begriffsbildes eines Kompetenztatbestandes verortet werden kann. Verhältnismäßig einfach sind stets neu entwickelte Behandlungsmethoden einzuordnen: Deren Regulierung steht wohl regelmäßig mit der Abwehr

92 Vgl VfGH KII-3/67 VfSlg 5833, 719 (723), im Hinblick auf das Kurortewesen. Die im selben Satzteil des Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG enthaltene sanitäre Aufsicht über die Heil- und Pflegeanstalten sowie über die natürlichen Heilvorkommen ist indes nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen (so VfGH KII-2/50 VfSlg 1990, 214 [219]).

93 VfGH KII-2/50 VfSlg 1990, 214 (216ff).

94 VfGH G 9/61 VfSlg 4093, 607 (616).

95 Vgl zB VfGH G 9/61 VfSlg 4093, 607 (616).

96 So Kopetzki, Krankenanstaltenrecht (FN 70) 448.

97 ZB VfGH KII-2/50 VfSlg 1990, 214 (216ff).

98 Vgl VfGH V 11/00 ua VfSlg 16.295, 261 (265), mit der Differenzierung im Hinblick auf Werbung für Leistungen einer Krankenanstalt (als organisatorische Einheit) bzw für die Tätigkeit eines bestimmten Arztes (vgl auch VfGH G 384/2015 VfSlg 20.048, 208 [225f], zu allgemeinen, nicht spezifisch auf Krankenanstalten bezogene Werbebeschränkungen).

99 Deutlich VfGH G 384/2015 VfSlg 20.048, 208 (225): „Behandlungsfragen, die nicht mit den Besonderheiten der arbeitsteiligen Organisation der Krankenanstalt zusammenhängen, gehören daher zum Gesundheitswesen iSd Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG“ mHa Stöger, Krankenanstaltenrecht 407.

100 Vgl va VfGH G 30/82; G 31/82; V 21/82 VfSlg 10.066, 562 (576).

101 Vgl va VfGH B 829/89 VfSlg 12.470, 152 (159), bzw VfGH B 1583/93 VfSlg 14.146, 696 (716f).

102 Einen Überblick verschaffen Grabenwarter/Krauskopf (FN 1) Kap I Rz 19 mwN.

allg Gesundheitsgefahren in Zusammenhang, sodass der Kompetenztatbestand Gesundheitswesen einschlägig ist.¹⁰³ Demgegenüber lässt sich der gesamte Bereich der Gentechnik wohl nur teilweise auf diesen Tatbestand stützen.¹⁰⁴

C. Zuständigkeitskoordinierung¹⁰⁵

Die vorstehend skizzierte Zuständigkeitsverteilung im Bereich des Gesundheitswesens führt zu einem Bedürfnis, zumindest bestimmte Materien einheitlich zu regeln. Ein verfassungsgesetzlich vorgesehenes Instrument hierfür ist der Abschluss von Gliedstaatsverträgen gem Art 15a B-VG. Diese können zwischen dem Bund und den Ländern oder auch zwischen den Ländern untereinander abgeschlossen werden, wobei sowohl Angelegenheiten der Gesetzgebung als auch der Vollziehung einen Gegenstand dieser Verträge bilden können. Gliedstaatsverträge gelten als nicht unmittelbar anwendbar, sodass lediglich die beteiligten Vertragsparteien verpflichtet, jedoch keine Rechte oder Pflichten von Rechtsunterworfenen begründet werden. Dafür wäre eine Transformation in Bundes- oder Landesrecht erforderlich.

Nach der „Gesundheitsreform 2017“¹⁰⁶ existieren zwei Gliedstaatsverträge, die insb die Finanzierung des Gesundheitswesens zum Gegenstand haben: Die Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens¹⁰⁷ sowie die Vereinbarung gem Art 15 B-VG Zielsteuerung-Gesundheit.¹⁰⁸ Während „allgemeine“ Fragen der Planung, Qualitätsarbeit und Finanzierung des Gesundheitswesens, die Vorgaben für die gemeinsamen Organe von (zumindest) Bund, Ländern und Sozialversicherung sowie die Planung und Durchführung der Finanzierung in erstgenannter Vereinbarung zu finden sind, wird in zweitgenannter Vereinbarung der Prozess der gemeinsamen Festlegung und Erreichung von vereinbarten Gesundheitszielen zwischen Bund, Ländern und Sozialversicherung festgelegt.¹⁰⁹ In Umsetzung dieser Gliedstaatsverträge wurden als Sammelgesetze das Vereinbarungssetzungsgesetz 2017 – VUG 2017¹¹⁰ sowie das Gesundheitsreformumsetzungsgesetz 2017 – GRUG 2017¹¹¹ erlassen. Zudem wurden weitere Gliedstaatsverträge auch im Hinblick auf die Finanzierung des Gesundheitswesens abgeschlossen.¹¹²

103 Vgl zur In-vitro-Fertilisation Grabenwarter/Krauskopf (FN 1) Kap I Rz 23 mwN.

104 Dazu zB Stelzer/Eisenberger, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht II⁴ (2019) 971 (981 ff).

105 Aus der in FN 1 zitierten umfangreicher angelegten Lehrbuchliteratur informieren: Berka Rz 459 ff; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger Rz 848 ff; Öhlinger/Eberhard Rz 318 ff. In einem der beiden Großkommentaren zum öst Bundesverfassungsrecht ist der einschlägige Art 15a B-VG bereits bearbeitet (Thienel in Korinek/Holoubek et al [Hrsg] [3. Lfg 2000]). Eine zusammenfassende Darstellung im Hinblick auf das Gesundheitsrecht bieten Grabenwarter/Krauskopf Kap I Rz 27 ff. Im Übrigen kann für aktuelle Literatur auch zum Verhältnis Gliedstaatsverträge und Gesundheitsrecht auf die einleitenden Literaturübersichten in den Kurzkommentaren zum österreichischen Bundesverfassungsrecht verwiesen werden (Kahl/Khakzadeh/Schmid [Hrsg] bzw Muzak jeweils vor der Kommentierung des Art 15a B-VG).

106 Dazu im hier interessierenden Zusammenhang va Stöger, Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme in der Gesundheitsplanung, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2018 (2018) 11.

107 BGBl I 2017/98.

108 BGBl I 2017/97.

109 So zusammenfassend Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts 14.

110 BGBl I 2017/26.

111 BGBl I 2017/131.

112 Vgl statt aller die Vereinbarung gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über die gemeinsame Förderung der 24-Stunden-Betreuung, BGBl I 2009/59.

- 38** Im Hinblick auf eine einheitliche Regelung der Patientenrechte sei auf die Vereinbarungen zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)¹¹³ hingewiesen. Diese Vereinbarungen sollen die in verschiedenen Rechtsvorschriften enthaltenen Patientenrechte übersichtlich zusammenfassen bzw neue Impulse in diesem Bereich setzen.¹¹⁴ Die in Abschnitte gegliederten Vereinbarungen stellen insb das Recht auf Behandlung und Pflege, auf Achtung der Würde und Integrität, der Selbstbestimmung und Information in den Mittelpunkt, wobei aber zB auch die Bedeutung von Schadenersatzansprüchen deutlich wird.

D. Selbstverwaltung¹¹⁵

- 39** Seit der B-VG-Novelle BGBl I 2/2008 sind in den Art 120a–c B-VG die Grundsätze für die auch im Gesundheitswesen bedeutenden sonstigen (nicht-territorialen) Selbstverwaltungskörper ausdrücklich festgelegt. Zu diesen Grundsätzen gehört zunächst eine nach sachlichen Kriterien definierte Personenmehrheit mit Pflichtmitgliedschaft, wobei die Organe der Selbstverwaltungskörper nach demokratischen Grundsätzen aus dem Kreis der Mitglieder zu bilden sind. Ebenso wie bei den Gemeinden unterscheidet man zwischen einem eigenen und einem übertragenen Wirkungsbereich, wobei sich ersterer lediglich auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bezieht, die im ausschließlichen oder überwiegenden gemeinsamen Interesse der Mitglieder gelegen und geeignet sind, durch diese gemeinsam besorgt zu werden. In diesem Bereich sind die Selbstverwaltungskörper weisungsfrei und zudem ermächtigt, im Rahmen der Gesetze Satzungen (VO) zu erlassen. Hins der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsführung besteht ein näher bestimmtes Aufsichtsrecht von Bund bzw Land. Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen, wobei eine Weisungsbindung gegenüber dem zuständigen obersten Verwaltungsorgan vorzusehen ist.
- 40** Für das Gesundheitswesen ist zunächst auf die gesetzlichen Interessenvertretungen der freien Berufe hinzuweisen. Maßgeblich sind auf Bundesebene die Österreichische ÄK, die Österreichische Zahnärztekammer sowie die Österreichische Apothekerkammer als Körperschaften des öffentlichen Rechts.¹¹⁶ Möglicherweise im Gegensatz zu den in Art 120a Abs 2 B-VG angesprochenen Sozialpartnern kommt (auch) den vorgenannten Selbstverwaltungskörpern keine rechtliche Bestandgarantie zu, jedoch sind diese nach den (weiten) Vorgaben des aus dem Sachlichkeitsgebot abgeleiteten Effizienzprinzips einzurichten.¹¹⁷ Der VfGH hat sich in einigen Erk insb mit den ÄK beschäftigt und dabei den Grundsatz der Selbstverwaltung ausgelotet: So sei eine Deutung des gesetzlich vorgesehenen staatlichen Aufsichtsrechts dahingehend, wonach die ÄK für Kärnten sämtliche Beschlüsse ihrer Organe der Aufsichtsbehörde vorzulegen habe, deswegen denkunmöglich, weil damit die Eigenständigkeit des Selbstverwaltungsträgers

113 Vgl statt aller die einschlägige Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Oberösterreich (BGBl I 2001/116 bzw LGBl 2001/89).

114 So Aigner, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich, RdM 2000, 77 (80), der auch eine Funktion als Auslegungshilfe für einschlägige Regelungen erwägt.

115 Aus der umfangreicher angelegten in FN 1 zitierten Lehrbuchliteratur informieren: Berka Rz 760 ff; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger Rz 920 ff; Öhlinger/Eberhard Rz 559 ff. In einem der beiden Großkommentaren zum öst Bundesverfassungsrecht sind die einschlägigen Art 120a–c B-VG bereits bearbeitet (Rill/Stolzlechner bzw Rill, in Kneihls/Lienbacher [Hrsg] [6. Lfg 2010]). Eine zusammenfassende Darstellung im Hinblick auf das Gesundheitsrecht bieten Grabenwarter/Krauskopf Kap I Rz 31 ff. Im Übrigen kann für aktuelle Literatur auch zum Verhältnis Selbstverwaltung im Gesundheitswesen auf die einleitenden Literaturübersichten in den Kurzkommentaren zum öst Bundesverfassungsrecht verwiesen werden (Kahl/Khakzadeh/Schmid [Hrsg] bzw Muzak, jeweils vor der Kommentierung der Art 120a–c B-VG).

116 §§ 117 ff ÄrzteG 1998; ZÄKG; Apothekerkammergesetz 2001, BGBl I 2001/111.

117 Grundlegend VfGH G 222/02 ua VfSlg 17.023, 617 (668 f).

beseitigt würde.¹¹⁸ Demgegenüber darf die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Versagung der Eintragung in die Ärztesliste eines Eintragungswerbers nicht dem eigenen Wirkungsbereich der Österreichischen ÄK zugewiesen werden, weil dieses Eintragungsverfahren zwar auch die Interessen dieser Kammer betreffe, jedoch nicht minder die Interessen der Eintragungswerber selbst sowie öffentliche Interessen, die nicht nur im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse dieser Kammer gelegen sind, betroffen seien. Wird eine Eintragung versagt, werde damit in die Rechtssphäre von Personen eingegriffen, die zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht Mitglieder der entsprechenden ÄK, also des im Selbstverwaltungskörper zusammengeschlossenen Personenkreises, sind.¹¹⁹ Wenngleich das letztgenannte Argument im Falle des Erlöschens einer Berufsberechtigung von bereits der Österreichischen ÄK angehörenden Personen nicht trägt, werden von einer derartigen Entscheidung dennoch öffentliche Interessen berührt, sodass auch hier ein Weisungszusammenhang zu den obersten Organen der Vollziehung bestehen müsse.¹²⁰ In jüngerer Zeit wurden einige gesetzliche Bestimmungen als verfassungswidrig aufgehoben, weil diese eine Weisungsbindung bestimmter Kammern im Gesundheitswesen ausschließlich an den zuständigen BM vorgesehen haben, jedoch jeweils nicht in Art 102 Abs 2 B-VG genannte Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung betroffen waren und daher gem Art 102 Abs 4 B-VG eine Zustimmung der Länder eingeholt werden hätte müssen.¹²¹

Insgesamt sind für die soziale Selbstverwaltung die im Gefolge des SV-OG¹²² ergangenen Erk des VfGH von besonderer Bedeutung.¹²³ Hervorzuheben sind insb der als weit erkannte gesetzliche Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Zusammensetzung der Organe des Sozialversicherungsträgers („Parität von Dienstnehmern und Dienstgebern“),¹²⁴ die Begrenzung von Eignungsanforderungen an in die Verwaltungskörper der Versicherungsträger entsendeten Vertreter der Dienstnehmer und der Dienstgeber¹²⁵ sowie die Grenzen der erforderlichen Aufsichtsbefugnisse über den Selbstverwaltungskörper.¹²⁶

IV. Schluss

Wer sich eingehender mit gesundheitsrechtlichen Fragen beschäftigt, hat es früher oder später auch mit verfassungsrechtlichen Fragen zu tun. Das liegt auch daran, dass die Verfassungsgesetzgebung das Gesundheitswesen zwar nicht detailliert regelt und der einfachen Gesetzgebung dementsprechend ein Gestaltungsspielraum zukommt, jedoch gesundheitsrechtliche Vorschriften einerseits stets im Hinblick auf die zersplitterte Kompetenzlage zu überprüfen

118 VfGH B 282/95 VfSlg 14.394, 972 (977). In § 104 Abs 7 ÄrzteG 1984 idF BGBl 100/1994 war lediglich von der Vorlage der „von ihr [der zuständigen Aufsichtsbehörde] bezeichneten Beschlüsse“ die Rede.

119 VfGH G 87/2013 ua VfSlg 19.885, 618 (657 ff).

120 VfGH G 99/2013 ua VfSlg 19.887, 675 (692 ff).

121 Grundlegend VfGH G 242/2018 ua (G 242/2018-16) VfSlg 20.323, 396 (423 ff) (dazu *Wiederin*, RdM 2019, 183 ff [Entscheidungsanmerkung]), bzw jüngst mwN VfGH 17. 6. 2021, G 297/2020 ua, Rz 51 ff.

122 BGBl I 100/2018. Dazu *va Berka/Th. Müller/Schörghofer* (Hrsg), *Die Neuorganisation der Sozialversicherung in Österreich – Verfassungsrechtliche Grundprobleme* (2019), bzw *Pfeil/Prantner/Warter* (Hrsg), *Sozialversicherungs-Organisationsgesetz – Verfassungs-, arbeits- und verfahrensrechtliche Fragestellungen* (2019), sowie *Wiederin*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungs-Organisationsgesetzes*, RdM 2019, 239.

123 Leitentscheidung: VfGH G 78/2019 ua VfSlg 20.361, 647. Aus der umfassenden Literatur ist insb auf die beiden (vor dem vorgenannten Erk publizierten) und in FN 122 genannten Sammelbände hinzuweisen.

124 VfGH G 78/2019 ua VfSlg 20.361, 647 (867 ff).

125 VfGH G 78/2019 ua VfSlg 20.361, 647 (876 ff).

126 VfGH G 78/2019 ua VfSlg 20.361, 647 (882 ff).

sind und andererseits jegliche Form der Regulierung ab einem gewissen Punkt grundrechtliche Fragen aufwirft. Hins des letztgenannten Aspekts reicht das Spektrum von auf der Hand liegenden Fragen in Zusammenhang mit staatlich veranlassten Eingriffen in die physische bzw psychische Integrität bis hin zu die wirtschaftlichen Grundrechte von im Gesundheitswesen tätigen Personen beschränkenden Vorschriften, die aber ihrerseits mit Blick auf den Schutz der Gesundheit als (schwerwiegendes) öffentliches Interesse gerechtfertigt werden können. Der maßgebliche Unterschied zu anderen Wirtschaftszweigen liegt im Gesundheitswesen in der erhöhten staatlichen Regelungsdichte, die insb Fragen von Gleichheit und Sachlichkeit aufwirft. Einen gesonderten Bereich bilden die im Gesundheitswesen bedeutsamen Selbstverwaltungskörper und das bei diesen auszulotende Verhältnis von eigenständiger Aufgabenbearbeitung zu staatlicher Aufsicht.

Insgesamt gilt aber: Soweit der Staat das Gesundheitswesen nach bestimmten Kriterien ausgestaltet, liegt hierin aufgrund der allg Bedeutung des Regelungsgegenstandes eine eminente Aufgabe der demokratisch legitimierten Volksvertretungen. Verfassungsrechtliche Schranken bzw Vorgaben gilt es zweifellos zu beachten, vor einer Überkonstitutionalisierung (auch) des Gesundheitsrechts und einer damit verbundenen abnehmenden Steuerungskraft der (einfachen) Gesetzgebung ist indes zu warnen.

Unionsrechtliche Grundlagen des Gesundheitsrechts

Literatur: *Aigner/Füszl*, Arzneimittelrecht, in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht Kap. V.4. (Stand 1. 6. 2021, rdb.at); *Bach*, Zu Risiken und Nebenwirkungen – Der EuGH kippt die Arzneimittelpreisbindung, GPR 2017, 8; *Baumann*, Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, SozSi 2011, 183; *Becker in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU Kommentar⁴ (2019) Art 34 AEUV; *Bieback*, Abgrenzung der grenzüberschreitenden Nachfrage nach Gesundheitsleistungen auf Grund der Patienten-Richtlinie und auf Grund der VO (EG) Nr. 883/2004, ZESAR 2013, 143; *Bieback*, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH, NZS 2001, 561; *Budischowksy in Jäger/Stöger* EUV/AEUV Art 57 AEUV; *Calliess*, Braucht die Europäische Union eine Kompetenz zur (Corona-)Pandemiebekämpfung, NVwZ 2021, 505; *Dausen/Ludwig*, Arzneimittelrecht in *Streinz/Klaus* (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand 53. EL Juli 2021); *Den Exter*, Fighting Excessive Pharmaceutical Prices: Evaluating the Options, EJHL 2021, 68; *Dungl*, Abgabe von Arzneimitteln außerhalb der Offizin, RdM 2021, 60; *Enzinger in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 52 AEUV; *Frenz/Ehlenz*, Grenzüberschreitende Wahrnehmung von Gesundheitsdienstleistungen, MedR 2011 629; *Frischhut*, Neues zur Passiven Dienstleistungsfreiheit am Beispiel der Patientenmobilität, in *Leidenmühler et al* (Hrsg), Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht (2012); *Frischhut/Stein*, Patientenmobilität: aktuelle Richtlinie und EuGH-Rechtsprechung (2011); *Gassner*, Intelligente Medizinprodukte – Regulierungsperspektiven und Zertifizierungspraxis, MPR 2021,41; *Haltern in Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar (2017) Art 34 AEUV; *Hauke*, De Peijper revisited: Parallelimporte aus arzneimittelrechtlicher Sicht, PharmR 2018, 526; *Hellbert*, Handbuch Pharmarecht² (2020); *Hervey*, European Health Law (2015); *Hervey/Vanhercke*, Health care and the EU: the law and policy patchwork, in *Mossialos et al*, Health systems governance in Europe (2010); *Igl/Ludwig*, Präzisierung der unionsrechtlichen Anforderungen an Heilberufe, MedR 2014, 214; *Jaeger in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 4 AEUV; *Karl*, Vorabgenehmigung der Patientenmobilität im stationären Bereich zwischen Planungsnotwendigkeit und Qualitätsentwicklung, in *FS Marhold*, 797; *Khan/Eisenhut in Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 49 AEUV; *Kingreen in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 168 AEUV; *Kingreen in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 36 AEUV; *Königshofer*, Medizinprodukterecht in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht³; *Korte in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 114 AEUV; *Larcher/Beiglböck*, Das neue österreichische Medizinproduktegesetz 2021, RdM 2021, 131; *Lübbig in Pechstein/Nowak/Häde* Frankfurter Kommentar Art 168 AEUV; *Nitz/Kluckert*, Europarechtliche Aspekte der Arzneimittel-Preisregulierung, MedR 2016, 591; *Obwexer*, Unionsrechtliche Rahmenbedingungen für die Anerkennung akademischer Grade, zfhr 2016; *Pauling*, Probleme produktbezogener Gesundheitspolitik (2008); *Piska in Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 34 AEUV; *Prinzinger*, Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in Hinblick auf das primäre und sekundäre Unionsrecht – Umsetzung der Patientenmobilitäts-RL in nationales Recht, DRdA 2016, 19; *Schlag in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar Art 49 AEUV; *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg) Das Recht der Europäischen Union (Mai 2021) Art 168 AEUV; *Schmidt am Busch in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Art 168 AEUV; *Schmidt/Sule*, Von Patenten und Patienten – Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit Lissabon, EuZW 2012, 269; *Schmoll*, Zulassung im Arzneimittelrecht (2015); *Schneeberger*, KI-Assistenzsysteme in der Medizin, RdM 2021, 138; *Schneider in Jäger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 168 AEUV; *Schneider in Jäger/Stöger*, EUV/AEUV Art 168 AEUV; *Schroeder in Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018) Art 34, 114 AEUV; *Seitz*, Schutz vor Epidemien und Pandemien in der Europäischen Union, EuZW 2020, 449; *Semp*, Medizinprodukterecht in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht V.1.4 (Stand 1. 6. 2021, rdb.at); *Shuibhne*, Exceptions to the Free Movement Rules, in *Bernard/Peers* (Hrsg), European Union Law⁷ (2020) 527; *Shuibhne/Maci*, Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law, Common Market Law Review 2013, 965; *Steinböck in Cerha/Heissenberger/Steinböck* (Hrsg), AMG § 10c; *Steinböck*, Arzneimittelrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht⁴ II (2019); *Stockbauer/Sauritschnig*, Die neue Medizinprodukte-Verordnung in Zeiten von Covid-19, RdM 2020, 99; *Wallner*, Europäisches Gesundheitsrecht, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht³; *Windisch-Graetz in Jäger/Stöger*, EUV/AEUV Art 45 AEUV.

Übersicht

	Rz
I. Einleitung	1
II. Grundfreiheiten	2
A. Warenverkehrsfreiheit im Gesundheitswesen	2
B. Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitswesen	7
C. Arbeitnehmerfreizügigkeit im Gesundheitswesen	12
D. Niederlassungsfreiheit im Gesundheitswesen	15
E. Öffentliche Gesundheit als Schranke der Grundfreiheiten	17
III. Kompetenzen	21
A. Health in All Policies	22
B. Art 168 AEUV „Gesundheitswesen“	23
C. Art 114 AEUV Binnenmarktkompetenz	28
D. Weitere gesundheitsrelevante Kompetenzen der EU	29
IV. Schwerpunktbereiche des europäischen Sekundärrechts im Gesundheitswesen	30
A. Arzneimittelrecht	30
B. Medizinproduktrecht	33
C. Blut- und Organsicherheits- sowie Zell- und Geweberecht	35
V. Schluss	36

I. Einleitung

- 1 Bereits in den frühen Tagen der EG spielten gesundheitsrechtliche Fragen eine bedeutende Rolle im europäischen Rechtsrahmen.¹ Zu Beginn kam der Gesundheit insb bei der Entwicklung der Rsp zu den Grundfreiheiten maßgebliche Bedeutung zu.² In den jüngeren Jahren wurden zudem aufbauend auf dieser Jud auf Basis teils neu geschaffener Kompetenzen³ für Gesundheitspolitik auch zahlreiche Sekundärrechtsakte erlassen.⁴ Das folgende Kap soll eben diese Punkte schematisch behandeln und der Leserschaft einen Überblick über die „Architektur“ dieses Rechtsbereichs auf europäischer Ebene vermitteln sowie Hinw auf weiterführende Lit bereitstellen. Der Abschnitt zu den Grundfreiheiten hat hier einen stärkeren Fokus auf individuelle Ansprüche und ist von zahlreichen wichtigen Judikaten des EuGH, die von Individuen angestrengt wurden, geprägt.⁵ Demgegenüber stehen bei den verschiedenen Materien in Abschnitt IV. das Sekundärrecht sowie ein systemischer, genereller Regulierungsgedanke der der unionsrechtlichen Gesetzgebung im Vordergrund.⁶ Insgesamt ergibt sich daraus heute

1 So begann etwa die Regulierung des Arzneimittelmarktes in den 1960er Jahren (s die RL 65/65/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten, ABl 1965/22, 369) und die Gesundheitspolitik spielte im Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarkts, KOM (85) 310, Juni 1985, eine wesentliche Rolle.

2 Vgl die Argumentation zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit in EuGH C-120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42.

3 Zu einer Zusammenfassung dieser Entwicklung s bspw *Schneider* in *Jäger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 168 AEUV Rz 6–8 (Stand 1. 12. 2012, rdb.at); *Schmidt am Busch* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Mai 2021) Art 168 AEUV Rz 1–6.

4 Weiterführend, *Wallner*, Europäisches Gesundheitsrecht in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht³ 49f, 51, 60, 77, 82ff. Einige dieser Sekundärrechtsakte werden exemplarisch im Rahmen der Grundfreiheiten sowie unter IV. angeführt.

5 Zur Entwicklung s *Hervey*, *European Health Law* (2015) 34ff.

6 *Frischhut*, Neues zur Passiven Dienstleistungsfreiheit am Beispiel der Patientenmobilität, in *Leidenmüller et al* (Hrsg), Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht (2012) 163; *Hervey* spricht hier vom „systemic focus“ im Gegensatz zum „individual focus“ bzw „consumerism“, *Hervey*, *Health Law* 211.

eine Art „Patchwork“⁷ System, welches unterschiedliche Regulierungsdichten beinhaltet und auf unterschiedlichen Quellen und Kompetenzen basiert. Im Rahmen der hierzu erfolgenden überblicksweisen Darstellung können die meisten Themen nur angeschnitten werden und exemplarisch Hinw auf aktuell besonders relevante Fragestellungen erfolgen. Querverweise zu den Kommentierungen der nationalen Bestimmungen dieses Kommentars sollen das Bild vervollständigen.

II. Grundfreiheiten

A. Warenverkehrsfreiheit im Gesundheitswesen

Die unionsrechtliche Warenverkehrsfreiheit erfasst gem Art 28ff AEUV das Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen und Abgaben sowie Maßnahmen gleicher Wirkung. Ebenso sind Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung untersagt. Diese sehr allg Bestimmungen spielen eine große Rolle im europäischen (Gesundheits-)Markt und wurden durch die Rsp des EuGH maßgeblich weiterentwickelt.⁸ Ausgangspunkt der Jud ist die *Dassonville*-Formel.⁹ Nach dieser sind Maßnahmen, die zwar keine mengenmäßigen Beschränkungen darstellen, aber wie diese geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sog „Maßnahmen gleicher Wirkung“. Diese verstoßen grds gegen die Warenverkehrsfreiheit.¹⁰ Ein Verstoß liegt nach der „*Keck*-Rsp“¹¹ nicht vor, sofern die Vorschriften unterschiedslos auf inländische und ausländische Produkte Anwendung finden, und daher nur sog „Verkaufsmodalitäten“ darstellen.¹² Auch Verkaufsmodalitäten können allerdings eine Einschränkung darstellen, und zwar dann, wenn sie ausländische Produkte nicht in derselben Weise berühren wie nationale.¹³

Obwohl hier insgesamt die meisten Entscheidungen zum freien Warenverkehr nicht von Privatpersonen angestrengt wurden,¹⁴ lassen sich im Gesundheitsbereich einige wichtige Grundsatzentscheidungen auf solche zurückführen. Zu nennen ist hier bspw die Rs *Schumacher*,¹⁵ in der der Import rezeptfreier Arzneimittel aus einem anderen Mitgliedstaat durch Private Gegenstand war, oder die Rs *Decker*,¹⁶ bei der es um die Zulässigkeit vorheriger Genehmigung für die Erstattung von Medizinprodukten beim Bezug aus anderen Mitgliedstaaten ging. In beiden Fällen wurden ungerechtfertigte Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs festgestellt.

In anderen Fällen hielten die Bestimmungen der Mitgliedstaaten der Prüfung des EuGH hingegen stand. Dies zum einen deshalb, weil es sich um in gleicher Weise für alle geltende

7 Hervey/Vanhercke, Health care and the EU: the law and policy patchwork, in Mossialos et al, Health systems governance in Europe (2010) 84.

8 Zu einer ausführlichen Judikatur-, aber auch Literaturübersicht s Haltern in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV (2017) Art 34 AEUV vor Rz 1.

9 Sie beruht auf der Entscheidung EuGH C-8/74 *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, Rz 5.

10 Zur genauen Prüfung s zB Becker in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU Kommentar⁴ (2019) Art 34 AEUV Rz 37–41 oder Schroeder in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018) Art 34 AEUV Rz 35–38.

11 EuGH C-267/93, *Keck und Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905, Rz 16ff.

12 Ausführlicher siehe unter Haltern in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar (2017) Art 34 AEUV Rz 94–108 oder Piska in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 34 AEUV Rz 19 (Stand 1. 7. 2019, rdb.at).

13 Der EuGH spricht hier von Regelungen, die zwar unterschiedslos anwendbar sind, die aber den Absatz inländischer Erzeugnisse und jener aus anderen Mitgliedsstaaten nicht rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berühren, sondern diskriminierende Effekte haben, s weiterführend Haltern in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar Art 34 AEUV Rz 109–128.

14 Hervey, Health Law 126.

15 EuGH C-215/87, *Schumacher*, ECLI:EU:C:1989:111.

16 EuGH C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167.

Verkaufsmodalitäten handelte, wie bspw beim Apothekenverkaufsmonopol für Säuglingsmilch.¹⁷ Zum anderen auch aufgrund der starken Bedeutung der öffentlichen Gesundheit als Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen in Art 36 AEUV (ex Art 30 EGV) (s dazu im Detail unter II. E).

- 5 Auch aktuell setzt sich der Gerichtshof mit wichtigen Themen auseinander, deren künftiger Entwicklung mit Spannung entgegenzublicken ist. Rechtsbereiche, welche hier sowohl in der Praxis als auch im Schrifttum eine besondere Rolle spielen, sind die Preisbildung¹⁸ von sowie der Versandhandel¹⁹, aber auch der Parallelhandel²⁰ mit Arzneimitteln.

In der Rs *Doc Morris*²¹ stellte der EuGH fest, dass ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln geeignet sei, den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse, und daher stelle es gem Art 34 AEUV eine Maßnahme gleicher Wirkung dar. Die Rsp in Bezug auf die Arzneimittelpreisbildung sieht nationale Preisbildungsvorschriften als mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar, solange sie auf importierte und einheimische Produkte in der gleichen, nichtdiskriminierenden Weise anwendbar sind und das Preisniveau keine Marktzugangsschwernis für ausländische Unternehmen bewirkt.²² Eine ebensolche Zugangsschwernis erblickte er in der dt Arzneimittel-Preisbindung, da diese den Preiswettbewerb, der insb für Versandapotheken ein wichtiger Wettbewerbsfaktor darstelle, verunmögliche.²³

- 6 Die Frage der Preisbildungs- und Erstattungsvorschriften von Arzneimitteln ist auch ein anschauliches Bsp dafür, wie die praktische Bedeutung eines Themas im Rahmen der Grundfreiheiten zur Herausbildung von einschlägigem Sekundärrecht führen kann. So wurde bereits Ende der 1980er Jahre die RL 89/105/EWG betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme (Transparenz-RL) erlassen, für die auch Bestrebungen einer Aktualisierung vorliegen.²⁴ Ein Teil-Aspekt dieser Vorgänge, die Nutzenbewertung von Gesundheitstechnologien, soll künftig auch im Rahmen einer HTA-VO²⁵ normiert werden, welche aber (wohl in abgeschwächter Form) erst 2024 in Kraft treten soll.

17 EuGH C-391/92, *Kommission/Griechenland Säuglingsmilch*, ECLI:EU:C:1995:199.

18 Vgl bspw *Nitz/Kluckert*, Europarechtliche Aspekte der Arzneimittel-Preisregulierung, MedR 2016, 591; *Den Exter*, Fighting Excessive Pharmaceutical Prices: Evaluating the Options, EJHL 2021, 68.

19 *Dungl*, Abgabe von Arzneimitteln außerhalb der Offizin, RdM 2021, 60; *Steinböck*, Arzneimittelrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht⁴ II (2019) 864; EuGH C-190/20, *DocMorris Gewinnspielverbot*, ECLI:EU:C:2021:609.

20 MwN *Steinböck* in *Cerha/Heissenberger/Steinböck* (Hrsg), AMG § 10c Rz 1–12 (Stand 1. 9. 2020, rdb.at); *Hauke*, De Peijper revisited: Parallelimporte aus arzneimittelrechtlicher Sicht, PharmR 2018, 526; EuGH C-327/93, *Bristol-Myers Squibb*, ECLI:EU:C:1996:282.

21 EuGH C-322/01, *Doc Morris*, ECLI:EU:C:2003:664 Rz 74.

22 EuGH C-249/88, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:1991:121, Rz 38; C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167, Rz 39.

23 EuGH C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, ECLI:EU:C:2016:776, Rz 36f.

24 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Humanarzneimitteln, KOM (2013) 168 endg.

25 Vorschlag für eine Verordnung über die Bewertung von Gesundheitstechnologien und zur Änderung der Richtlinie 2011/24/EU, KOM (2018) 51 endg. *Anm:* HTA steht für „Health Technology Assessment“ = Gesundheitstechnologie Bewertung.

Auch viele andere Sekundärrechtsakte sind vor dem Hintergrund ihrer großen Bedeutung für Fragen des Binnenmarkts entstanden. So kodifiziert bspw die Patientenmobilitäts-RL²⁶ die jahrzehntelang ergangene Rsp des EuGH (s dazu gleich unter B.). Insgesamt ist festzuhalten, dass der EuGH auch auf dem stark regulierten Gesundheitsmarkt einen strengen Schutz der Grundfreiheiten verfolgt.

B. Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitswesen

Die Dienstleistungsfreiheit verbietet gem Art 56 AEUV Diskriminierungen von Anbietern, die in einem anderen Mitgliedstaat als jenem des Leistungsempfängers ansässig sind. Dienstleistungen, va in Form von Krankenbehandlungen stellen einen elementaren Teil des Gesundheitsmarktes dar. Hierbei steht der Fall im Vordergrund, dass Patienten – geplant oder ungeplant – medizinische Behandlungen im EU-Ausland in Anspruch nehmen (passive Dienstleistungsfreiheit).²⁷ Ebenso umfasst sie das Recht der Erbringung selbständiger Leistungen wie Krankenbehandlungen im EU-Ausland (aktive Dienstleistungsfreiheit).²⁸ Diese ist aber durch die Dauer und Art der Ausübung von der Niederlassungsfreiheit und durch das Kriterium der Selbständigkeit von der Arbeitnehmerfreizügigkeit abzugrenzen und im System der Grundfreiheiten subsidiär.²⁹ Bei der Inanspruchnahme grenzüberschreitender Gesundheitsleistungen ist sie aber von maßgeblicher Bedeutung.³⁰

Einige Grundsatzentscheidungen zu diesem Thema waren bspw die Rs *Kholl*³¹ und *Duphar*.³² In der Rs *Kholl* bejahte der EuGH einen Anspruch auf Patientenmobilität für den Fall einer geplanten Behandlung und stufte das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung als Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr ein. Durch diese Jud bekräftigte der EuGH nicht nur seine Aussage aus der Rs *Duphar*, dass Grundfreiheiten auch für den Bereich der sozialen Sicherheit und grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen gelten³³, er durchbrach auch das in diesem Bereich bis dahin uneingeschränkt angenommene Territorialitätsprinzip. Dadurch wurden die Meinung, dass grenzüberschreitende Gesundheitsbehandlungen ausschließlich über die VO (EWG) 1408/71³⁴ geregelt werden, widerlegt und viele weitere Fragen in Bezug auf die Geltung der Grundfreiheiten in den Gesundheitssystemen der Mitgliedstaaten aufgeworfen.³⁵ In den Entscheidungen zu *Smits & Peerbooms*³⁶ sowie *Vanbraekel*³⁷ bestätigte der EuGH, dass die Regeln des Binnenmarkts auch für die Nachfrage sozialer Dienstleistungen gelten und Genehmigungserfordernisse die Grundfreiheiten beeinträchtigen können.³⁸

26 ErwGr 6ff der RL 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (Transparenz-RL), ABl L 2011/88, 45.

27 Vgl zum „Moving Patient“, *Hervey*, Health Law 135.

28 Siehe hierzu auch unter C.1.

29 Im Detail *Budischowsky* in *Jäger/Stöger* EUV/AEUV Art 57 AEUV Rz 54ff.

30 *Baumann*, Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, *SozSi* 2011, 183 (185).

31 EuGH C-158/96, *Kholl*, ECLI:EU:C:1998:171.

32 EuGH C-238/82, *Duphar*, ECLI:EU:C:1984:45.

33 EuGH C-238/82, *Duphar*, ECLI:EU:C:1984:45, Rz 8ff.

34 VO (EWG) 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (konsolidierte Fassung), ABl L 1997/28, 2.

35 *Frischhut* in *Leidenmühler*, Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht 160ff.

36 EuGH C-157/99, *Smits & Peerbooms*, ECLI:EU:C:2001:404.

37 EuGH C-368/98, *Vanbraekel*, ECLI:EU:C:2001:400.

38 *Bieback*, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH, *NZS* 2001, 561 (562).

- 9 Es folgte eine umfassende Auseinandersetzung des EuGH mit verschiedenen Aspekten der grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen.³⁹ Diese Jud setzte einen bedeutenden Gesetzgebungsprozess auf Unionsebene in Gang. Dieser führte auch dazu, dass eine RL zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen, die bereits erwähnte Patientenmobilitäts-RL, entwickelt wurde, welche im April 2011 in Kraft trat und bis Oktober 2013 umgesetzt werden musste. In Österreich geschah dies durch das EU-Patientenmobilitätsgesetz⁴⁰ sowie das SV-EG.⁴¹
- 10 Daneben wurden bereits sehr früh durch die VO (EWG) 1408/71 (sog Wanderarbeitnehmer-VO) im Rahmen der Kompetenz zur Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit wichtige Ansprüche auf Leistungen von KV geregelt. Die VO wurde wegen ihrer Komplexität und zwecks Weiterentwicklung der Leistungsansprüche durch das System der VO (EG) 883/2004⁴² ersetzt, welches nun neben der neuen RL 2011/24/EU weiterbesteht.

Während die VO (EG) 883/2004 zum Ziel hat, den freien Personenverkehr, insb die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sicherzustellen, dient die Patientenmobilitätsrichtlinie in erster Linie der Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung iSd Dienstleistungsfreiheit.⁴³ Die Dienstleistungsrichtlinie nimmt hingegen Gesundheitsdienstleistungen explizit aus ihrem Anwendungsbereich aus.⁴⁴ Es besteht daher ein eigenes Rahmenwerk für den Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung innerhalb der EU, welches zum Inhalt hat, dem Unionsbürger, aufbauend auf den Grundfreiheiten, Ansprüche auf Leistungen der gesetzlichen KV eines Mitgliedsstaates zu verschaffen, in welchem er nicht versichert ist.⁴⁵
- 11 Wie der EuGH allerdings in mehreren Grundsatzentscheidungen betont, können Unionsbürger die Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit auch direkt auf Art 56 AEUV stützen.⁴⁶ Nach Ansicht des EuGH⁴⁷ ist dieser Anspruch (und jetzt RL/2011/24/EU) das Grundmodell, durch welches die Verkehrsfreiheiten gewährleistet werden. Das System der Sachleistungshilfe nach der VO (EG) 883/2004 hingegen stellt eine ergänzende Form grenzüberschreitender Gesundheitsleistung dar, deren Grundlage nicht in einem eigenen Anspruch gegen den heimischen VTr liegt und daher auch von einer Genehmigung des zuständigen Trägers abhängig gemacht werden kann.⁴⁸

39 Zu einer Übersicht s *Hervey*, Health Law, 77 ff. Genannt seien die Entscheidungen EuGH C-372/04, *Watts*, ECLI:EU:C:2006:325; C-385/99, *Müller-Fauré und van Riet*, ECLI:EU:C:2003:270; C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581.

40 EU-Patientenmobilitätsgesetz BGBl I 2014/32.

41 Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz (SV-EG) idF BGBl I 2014/32, vgl ErläutRV 33 BlgNR 25. GP 1 ff.

42 VO (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Art 17–22, ABl L 2004/166, 1.

43 Näher s *Prinzinger*, Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in Hinblick auf das primäre und sekundäre Unionsrecht – Umsetzung der Patientenmobilitäts-RL in nationales Recht, DRdA 2016, 19 (20); *Frenz/Ehlenz*, Grenzüberschreitende Wahrnehmung von Gesundheitsdienstleistungen, MedR 2011, 629 (631).

44 Art 2 Abs 2 lit f der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt ABl L 2006/376, 36.

45 *Frischhut in Leidenmühler*, Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht 168.

46 EuGH C-158/96, *Kholl*, ECLI:EU:C:1998:171; EuGH C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167.

47 EuGH C-368/98, *Vanbraekel*, ECLI:EU:C:2001:400; C-56/01, *Inzian*, ECLI:EU:C:2003:578, Rz 15 ff; C-208/07, *Chamier-Glisczinski*, ECLI:EU:C:2009:455, Rz 64 ff.

48 Weiterführend, *Bieback*, Abgrenzung der grenzüberschreitenden Nachfrage nach Gesundheitsleistungen auf Grund der Patienten-Richtlinie und auf Grund der VO (EG) Nr. 883/2004, ZESAR 2013, 143 (145).

Verschiedene Umstände, bspw ob die Inanspruchnahme einer Gesundheitsdienstleistung geplant oder ungeplant ist, auf Basis welchen Aufenthaltsgrunds sie erfolgt sowie ob sie in einer KA oder im niedergelassenen Bereich stattfinden soll und ob eine Genehmigung eingeholt wurde, beeinflussen die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage – RL/2011/24 EU, VO (EG) 883/2004 oder unmittelbar Art 56 – ein Anspruch geltend gemacht werden kann.⁴⁹ Eine durchaus vielschichtige und hochaktuelle Thematik, mit der sich auch der OGH erst jüngst iZm stationären Aufhalten Angehöriger entsendeter Arbeitskräfte⁵⁰ sowie in Bezug auf die Erstattung wahlärztlicher Auslandsrankenbehandlung⁵¹ auseinandersetzte.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit im Gesundheitswesen

Gem Art 45 ff AEUV ist die unterschiedliche Behandlung von AN aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verboten.⁵² Gem der Rsp des EuGH verbietet Art 45 AEUV nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch versteckte Diskriminierungen, die aufgrund anderer Unterscheidungsmerkmale zum gleichen Ergebnis führen. Dazu gehören bspw Sprachkenntnisse, Wohnsitzerfordernisse oder ein in einer bestimmten Provinz eines Mitgliedsstaates ausgestelltes Diplom.⁵³

Im Rahmen des europäischen Gesundheitsrechts kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus unterschiedlichen Blickwinkeln relevant sein. Zum einen, wenn es um die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen durch grenzüberschreitend tätige AN geht. Zum anderen ist die Freizügigkeit von AN, die im Gesundheitswesen tätig sind, von besonderer Relevanz. Während der erste Aspekt durch den bereits beschriebenen Rechtsrahmen der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit geregelt ist, ist die Frage, ob und wie Gesundheitspersonal auch in anderen Mitgliedstaaten tätig werden kann, eine Frage des Berufsrechts und dessen Harmonisierung bzw gegenseitiger Anerkennung.⁵⁴

Die Koordinierung der Sozialsysteme der Mitgliedstaaten ist bis zu einem gewissen Grad notwendig, wenn Arbeitskräfte grenzüberschreitend tätig sind, aber dennoch Sozialleistungen in Anspruch nehmen möchten. Das dazu bestehende Regelwerk wurde bereits im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit unter B. 2. dargestellt. Es basiert auf der Kompetenz der EU, die „auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen“⁵⁵ zu erlassen. Gerade im Gesundheitswesen kommt oft ein Zusammenspiel der verschiedenen Grundfreiheiten zur Anwendung, wie jenes der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit, aber auch die Niederlassungsfreiheit ist bei der rechtlichen Beurteilung regelmäßig mitzububerücksichtigen.⁵⁶

49 Zu einer Übersicht s *Frischhut/Stein*, Patientenmobilität: aktuelle Richtlinie und EuGH-Rechtsprechung (2011) 59. Siehe auch *Karl*, Vorabgenehmigung der Patientenmobilität im stationären Bereich zwischen Planungsnotwendigkeit und Qualitätsentwicklung, in FS Marhold, 797.

50 OGH 28. 7. 2020, 10 Obs 43/20a.

51 OGH 26. 2. 2021, 10 Obs 142/20k.

52 Siehe weiterführend *Windisch-Graetz* in *Jäger/Stöger*, EUV/AEUV Art 45 AEUV Rz 59 ff.

53 EuGH C-350/96, *Clean Car Autoservice*, ECLI:EU:C:1998:205; C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296, 28.

54 Siehe allg dazu: *Obwexer*, Unionsrechtliche Rahmenbedingungen für die Anerkennung akademischer Grade, zfhr 2016, 1; *Igl/Ludwig*, Präzisierung der unionsrechtlichen Anforderungen an Heilberufe, MedR 2014, 214.

55 Vgl Art 48 AEUV, s auch unter III. D.

56 Zu diesen Abgrenzungsfragen s *Budischowksy* in *Jäger/Stöger* EUV/AEUV Art 57 AEUV Rz 54 ff.

- 14 Dies zeigt auch die wichtigste Rechtsgrundlage im zweiten angeschnittenen Aspekt: jenem der Freizügigkeit der AN im Gesundheitswesen und deren Zugang zum Arbeitsmarkt. Wichtigste Rechtsquelle auf diesem Gebiet ist die sog. „Berufsanerkennungsrichtlinie“ RL 2005/36/EG, die die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen regelt. Sie basiert auf den Kompetenzen der EU zur Herstellung der Freizügigkeit der AN, aber auch der Niederlassungsfreiheit sowie der Dienstleistungsfreiheit und ist somit für all diese Grundfreiheiten von Relevanz.⁵⁷ Ihr Anwendungsbereich bezieht sich ausdrücklich sowohl auf Selbständige als auch abhängig Beschäftigte in reglementierten Berufen.⁵⁸ Auch der EuGH prüft in einschlägigen Fällen Verstöße gegen verschiedene Grundfreiheiten auf Basis desselben Sachverhalts.⁵⁹

Die Berufsanerkennungsrichtlinie beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungen und Berufserfahrungen bei Wahrung eines gewissen Mindeststandards.⁶⁰ Speziell im Gesundheitswesen wird allerdings das Prinzip einer Harmonisierung verfolgt, da die Gewährleistung eines hohen Gesundheitsschutzes und die Qualitätssicherung von besonderer Bedeutung sind. So gelten für ärztliche, zahnärztliche, pharmazeutische und andere Gesundheitsberufe harmonisierte Standards.⁶¹ Diesbezgl kann auf die Kommentierungen bei den jeweiligen Berufsgesetzen dieses Kommentars verwiesen werden.⁶²

D. Niederlassungsfreiheit im Gesundheitswesen

- 15 Etablieren sich Anbieter von Gesundheitsleistungen auf Dauer und hat ihre Tätigkeit einen nicht nur vorübergehenden Charakter, machen sie von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch.⁶³ Gem Art 49 AEUV sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit verboten; er enthält insb ein Diskriminierungsverbot, das die Gleichbehandlung mit inländischen Anbietern gewährleisten soll. Umfasst sind offene/unmittelbare Diskriminierungen, aber auch versteckte oder mittelbare Diskriminierungen.⁶⁴

Diskriminierungen bzw Beschränkungen, die sich im Bereich des Gesundheitswesens ergeben können, sind bspw die bereits genannten Berufsausübungserfordernisse, die sich auf inländische Qualifikationen beziehen. Diese können durch Koordinierung gem Art 50 bzw Art 53 beseitigt werden. Der EuGH hat aber im Fall *Thieffry* auch für den Fall des Fehlens solcher Anerkennungsrichtlinien eine Pflicht zur Anerkennung ausgesprochen.⁶⁵

57 Wallner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ 65.

58 Zur Dienstleistungsfreiheit für Ärzte s § 37 ÄrzteG (Wallner) in diesem Kommentar.

59 EuGH C-419/16, *Simma Federspiel*, ECLI:EU:C:2017:997.

60 Wallner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ 62 ff; Obwexer, zfhr 2016, 6.

61 Zum Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, das aufgrund der Missachtung dieser Standards zu einer Verurteilung und in weiterer Folge zum Erlass des ZÄG führte, s die Einleitung zum ZÄG (Krauskopf) in diesem Werk; EuGH C-437/03, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2005:647.

62 Siehe in diesem Kommentar für Hebammen: Huber/Dietrich, HebG §§ 2, 10, 12 f, 21; für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe: Müller/Falch, GuKG §§ 1, 2a, 28 aff, 41 f; für Zahnärzte: Krauskopf, ZÄG §§ 6–9; für Ärzte: Wallner, ÄrzteG §§ 5, 5a, 28 ff; für den medizinisch-technischen Dienst: Wagner-Kreimer, MTD-G §§ 1a, 6b ff; für Sanitäter: Halmich, SanG §§ 18 f; für medizinische Assistenzberufe: Leitner, MABG §§ 3, 16; für Psychotherapeuten: Firlei, PThG §§ 1a, 3 ff; für den kardiotechnischen Dienst: Mayer, KTG §§ 11 f; für Apotheker Schwabl, ApoG §§ 3a ff.

63 Budischowsky in Jäger/Stöger, EUV/AEUV Art 57 AEUV Rz 13.

64 Nach der Jud des EuGH stellt jede nationale Maßnahme, die zwar ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, aber geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, eine Beschränkung iSd Art 49 AEUV dar (vgl zB EuGH C-140/03, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:2005:242; EuGH C-299/02, *Kommission/Niederlande*; ECLI:EU:C:2004:620, Rz 15).

65 EuGH C-71/76, *Thieffry*, ECLI:EU:C:1977:65, Rz 27; Schlag in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar Art 49 AEUV Rz 38 f.

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit können aber allg auch Bestimmungen sein, die die Errichtung von (Gesundheits-)Einrichtungen oder Ordinationen von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig machen. Darunter fallen bspw die Systeme der Bedarfsprüfung im Krankenanstaltenbereich⁶⁶ sowie das Konzessionssystem der Apotheken.⁶⁷ Zur Bedarfsprüfung von selbständigen Ambulatorien in Österreich hat der EuGH hier in seiner Grundsatz-Entscheidung *Hartlauer* ausgesprochen, dass Systeme der vorherigen Genehmigung auch kohärent sein müssen und auf objektiven, nichtdiskriminierenden, im Voraus bekannten Kriterien beruhen müssen, wenn die Beh Ermessensspielraum bei der Erteilung der Bewilligungen hat. Dies sah er in der damaligen Rechtslage zur Bedarfsprüfung von Gruppenpraxen und Ambulatorien als nicht gegeben an, was zu einer umfangreichen Änderung der öst G führte.⁶⁸

16

In anderen Fällen, bspw in Bezug auf räumliche und demographische Gegebenheiten für die Erteilung von Apothekenkonzessionen in Spanien,⁶⁹ sah der EuGH diese Voraussetzungen unter Hinw auf frühere Jud als erfüllt und duldete die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit zu Zwecken der Planbarkeit der Gesundheitsversorgung. In einem jüngeren Fall wurde ein uneingeschränktes Vorkaufsrecht bei der Übertragung von Apotheken durch kommunal tätige Apotheker hingegen als unverhältnismäßig und damit als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit eingestuft.⁷⁰ Auch das öst System der Apothekenkonzessionen war bereits Gegenstand europäischer Rsp, das Verfahren führte zu einer tw Lockerung der demografischen und örtlichen Voraussetzungen, da diese im Gegensatz zu jenen in Spanien als zu starr gesehen wurden.⁷¹

E. Öffentliche Gesundheit als Schranke der Grundfreiheiten

Der Gesundheitsmarkt ist ein verhältnismäßig stark reguliertes Marktsegment des europäischen Binnenmarkts mit weiterhin steigender Regulierungsdichte.⁷² Es ist daher nicht verwunderlich, dass gerade hier Mitgliedstaaten oft Regelungen treffen, die direkt oder indirekt die Grundfreiheiten beeinträchtigen können. In Übereinstimmung mit dem Grundsatz, dass die Kompetenz zur Ausgestaltung der Gesundheitssysteme grds bei den Mitgliedstaaten verbleibt, sehen die Bestimmungen über die Ausnahmen von den Grundfreiheiten, nämlich Art 36 für die Warenverkehrsfreiheit und Art 52 für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die Gesundheit⁷³ als einen Rechtfertigungsgrund für Ausnahmen vor.

17

In Erweiterung zu diesen Ausnahmen hat der EuGH in seiner Jud bei indirekt diskriminierenden Maßnahmen und Verkehrsmodalitäten anerkannt, dass auch weitere „zwingende Erfordernisse“ Einschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können.⁷⁴ Solche Gründe lie-

18

66 EuGH C-169/07, *Hartlauer*, EU:C:2009:41; C-255/04, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2006:40.

67 In Bezug auf das öst System vgl EuGH C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, ECLI:EU:C:2014:68; C-634/15, *Sokoll-Seebacher*, ECLI:EU:C:2016:510.

68 Siehe hierzu die Kommentierungen dieses Kommentars zu §§ 3, 3a und 29 KAKuG (*Stöger*), § 52c ÄrzteG (*Wallner*) und § 71 ZÄG (*Krauskopf*).

69 EuGH C-570, 571/07, *Pérez & Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300.

70 EuGH C-465/18, *Comune di Bernareggio*, ECLI:EU:C:2019:1125.

71 Siehe dazu die Kommentierungen zu § 10 ApG (*Schwabl*) und § 29 ApG (*Raschauer*) in diesem Kommentar. Näher auch *Scholz*, EuGH: Österreichische Bedarfsprüfung für öffentliche Apotheken in einem Punkt EU-rechtswidrig (EuGH C-367/12), RdM 2014, 28.

72 *Hervey*, Health Law, 212f.

73 Sowohl bei den Begriffen „Gesundheit und Sicherheit“ in Art 52 als auch beim „zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen“ handelt es sich um autonome unionsrechtliche Begriffe, mwN *Enzinger* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 52 AEUV Rz 8.

74 EuGH C-120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42, Rz 8.

gen gem der Jud bspw in der Vermeidung der Spielsucht oder des Drogentourismus bzw der Drogenkriminalität.⁷⁵ Ökonomische Gründe allein können auch im Kontext des Gesundheitswesens gem der Rsp kein solches zwingendes Erfordernis darstellen, das eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten rechtfertigt.⁷⁶ Wenn hingegen das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit ernsthaft gefährdet werden könnte oder Planbarkeitserwägungen im Gesundheitssystem zur Aufrechterhaltung dieses finanziellen Gleichgewichts erforderlich sind, hat der EuGH auch solche Überlegungen als zwingendes Erfordernis anerkannt.⁷⁷

- 19 Wer nun daraus schließt, dass den Mitgliedstaaten bei Regelungen des Gesundheitswesens ein sehr weiter Spielraum zukommt, liegt damit dennoch nicht unbedingt richtig. So hat der EuGH in seiner Jud sehr klar gemacht, dass das Unionsrecht auch in jenen Kompetenzbereichen, die bei den Mitgliedstaaten verbleiben, zu beachten ist. Er legt daher seit jeher die Ausnahmen sehr eng aus und legt strenge Beweismaßstäbe an die Rechtfertigung von nationalen Maßnahmen.⁷⁸

Für Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit wird die in der Rs *Gebhard*⁷⁹ entwickelte Formel herangezogen, wonach die Maßnahme in nicht diskriminierender Weise angewandt werden muss, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu entsprechen hat, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein muss und nicht über das hinausgehen darf, was zur Erreichung erforderlich ist (sog „Gebhard-Formel“).⁸⁰ Sie ist auch für die anderen Grundfreiheiten zu einer Art Grundregel für Rechtfertigungen im Rahmen des Regel-Ausnahmeprinzips geworden.

- 20 Die Beweislast dafür, dass eine nationale Regel einen gerechtfertigten Eingriff in eine der Grundfreiheiten darstellt, liegt bei dem betroffenen Mitgliedstaat.⁸¹ Der EuGH hat hier bereits früh ausgesprochen, dass das bloße Vorbringen eines Rechtfertigungsgrunds nicht ausreicht. In seiner jüngeren Rsp hat er die Erfordernisse an die Beweisstandards – insb der Geeignetheit und der Erforderlichkeit – präzisiert sowie verschärft und verlangt, „dass das Bestehen einer tatsächlichen Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen ist.“⁸² Auch spricht der Gerichtshof von „beweiskräftigen Unterlagen“, „speziellen Nachweisen“, „Analysen“ und „Studien“ auf dem „neuesten Stand der Wissenschaft.“⁸³ Das damit einhergehende Verschwimmen zwischen Rechtsfrage und Tatsachenfrage, sowie die bis dato überwiegend ausstehenden Definitionen, welche Nachw genau gefordert sind, erschweren die Situation.

75 EuGH C 137/09, *Josemans/Burgermeester van Maastricht*, ECLI:EU:C:2010:774 (Drogentourismus); EuGH C-375/14, *Laezza*, ECLI:EU:C:2016:60 (Spielsucht).

76 EuGH C-141/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2008:492, Rz 60.

77 EuGH C-368/98, *Vanbraekel*, ECLI:EU:C:2001:400, Rz 47; ECLI:EU:C:2006:325; C-385/99, *Müller-Fauré und van Riet*, ECLI:EU:C:2003:270. Bei stationären Auslandskrankenbehandlungen spielen diese Umstände eine besonders wichtige Rolle, vgl *Karl* in FS Marhold 797.

78 Zu einer Übersicht dieser sog „Schrannen-Schrannen“ s *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 36 AEUV Rz 87 – 103.

79 EuGH C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411 Rz 37.

80 *Khan/Eisenhut* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 49 AEUV Rz 22 – 24.

81 *Shuibhne*, *Exceptions to the Free Movement Rules*, in *Bernard/Peers* (Hrsg), *European Union Law*⁷ (2020) 527.

82 EuGH C-148/15, *Deutsche Parkinsonvereinigung*, ECLI:EU:C:2016:776, Rz 42.

83 Hierzu im Detail *Shuibhne/Maci*, *Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law*, *Common Market Law Review* 2013, 965 (980 ff).