



© WILKE, Wien

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

## Aktuelles in Kürze

### *Smoke gets in your eyes*

VfGH 18.6.2019, G 150 – 151/2018–34, G 155/2018–32

Die Vorgeschichte ist vermutlich bekannt. Mit Ablauf des 30.4.2018 sollten gemäß BGBl I 101/2015 bestimmte Regelungen im (nunmehrigen) Tabak- und Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRS) außer Kraft treten, um den „umfassenden Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz herzustellen“. Konkret sollte ein generelles Rauchverbot in Räumen für „die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen“ gelten. Das Platzen einer Regierung, damit verbundene Neuwahlen und eine neue Koalition auf Bundesebene bescheren uns dann mit BGBl I 13/2018 eine Änderung der Rechtslage. Auch nach dem 30.4.2018 darf in Gastronomielokalen mit nur einem Raum und einer Grundfläche von weniger als 50m<sup>2</sup> oder bei einer Grundfläche bis 80m<sup>2</sup>, wenn eine Teilung des Raumes zu Herstellung des Nichtraucherschutzes nach bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften nicht zulässig ist und in größeren Gastronomielokalen in bestimmten, dafür vorgesehenen Räumlichkeiten weiter geraucht werden<sup>1</sup>.

Es dauerte nicht lange, bis diese gesetzliche Regelung gemäß BGBl I 13/2018 vor dem Verfassungsgerichtshof landete. Nach dessen Entscheidung bleibt als Vermächtnis der letzten politisch besetzten Koalitionsregierung die alte Rechtslage bestehen und das *umfassende Rauchverbot* in der Gastronomie weiterhin ein Thema für die Zukunft. Während der VfGH den Individualantrag einiger Beschwerdeführer auf Aufhebung jener Regelungen, die das Inkrafttreten des umfassenden Rauchverbots in der Gastronomie verhinderten, aus formalen Gründen zurückwies, setzte er sich mit dem Antrag der Wiener Landesregierung auf Aufhebung dieser Bestimmungen inhaltlich auseinander.

Die Wiener Landesregierung machte geltend, dass die Ausnahmeregelung vom umfassenden Rauchverbot in der Gastronomie dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen würde, da sie eine unsachliche Differenzierung zu Gunsten der Gastronomiebetriebe gegenüber anderen Orten und Betrieben bewirke, für die tatsächlich ein generelles Rauchverbot gilt. Der VfGH teilt diese Bedenken nicht, denn allen Gastronomiebetrieben steht es grundsätzlich offen, neben einem vom Rauchverbot umfassten Raum auch einen geeigneten Raum für rauchende Gäste zur Verfügung zu stellen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für sonstige Räume an öffentlichen Orten.

Auch im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz erkannte der VfGH keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Wiener Landesregierung hatte vorgebracht, dass Arbeitnehmer in Gastronomiebetrieben unfreiwillig Rauch ausgesetzt sein könnten, während in anderen öffentlichen Räumen ausnahmslos ein Rauchverbot gelte und den Arbeitnehmern daher ein rauchfreier Arbeitsplatz gewährleistet ist.

Der Verfassungsgerichtshof verwies zu diesem Vorbringen darauf, dass die Rechtsordnung „in vielfachem Zusammenhang menschliche Verhaltensweisen, die auf die eine oder andere Weise (auch erheblich) negative Auswirkungen für andere Menschen oder die Allgemeinheit haben können“ akzeptiert, „weil der Gesetzgeber den Freiheitsgewinn höher bewertet als die nachteiligen Folgen“. Der VfGH bezeichnet Rauchen als „gesellschaftliches Phänomen, das gesundheitsschädlich ist und auch andere Menschen gefährdet“. Dennoch hält er es mit der Bundes-Verfassung für vereinbar, wenn der Gesetzgeber Rauchen in Gastronomiebetrieben „in beschränkter Art und Weise weiterhin ermöglicht“. Denn die Abwägung zwischen den Interessen der zu schützenden Arbeitnehmer und der Raucher durch den Gesetzgeber ist für den Verfassungsgerichtshof nicht unverhältnismäßig, der Gesetzgeber hat für den VfGH den ihm zukommenden Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Ganz explizit hält der VfGH fest, dass es nicht unsachlich ist, „wenn Arbeitnehmer, abhängig von der Art des Betriebes und der

1 Siehe dazu auch Streit, Dead or alive, JMG 2018, 68.

zu verrichtenden Tätigkeit, jeweils in unterschiedlichem Maße mit dem Beruf einhergehenden Beeinträchtigungen durch das Passivrauchen ausgesetzt werden können“. Daher kann der VfGH aus der Bundes-Verfassung, konkret dem Gleichheitsgrundsatz keinen grundsätzlichen Anspruch von Arbeitnehmern in Gastronomiebetrieben auf einen rauchfreien Arbeitsplatz ableiten.

Nicht nehmen ließ sich der VfGH den Hinweis, dass die Frage der Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung nicht am Gleichheitsgrundsatz der Bundes-Verfassung zu messen ist.

Auch die übrigen Bedenken der Wiener Landesregierung teilte der Verfassungsgerichtshof nicht. Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, die Zulässigkeit des Rauchens in Gastronomielokalen anders zu regeln als in anderen öffentlichen Räumen, die vorwiegend anderen Zwecken, wie etwa Veranstaltungen, Schulen etc. dienen. Denn diese Räume dienen eben unterschiedlichen Zwecken, sodass eine Differenzierung hinsichtlich des Rauchens sachlich gerechtfertigt ist. Auch die Regelung betreffend kleinere Gastronomiebetriebe, die nicht verpflichtet sind, Räume rauchfrei zu halten, hielt der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof stand. Diese Regelung soll es kleineren Gastronomiebetrieben ermöglichen, im Wettbewerb mit größeren Gastronomiebetrieben zu bestehen, stellte der Gerichtshof klar.

Und schließlich teilte der Verfassungsgerichtshof auch die im Hinblick auf den Vertrauensschutz vorgebrachten Bedenken in der Beschwerde der Wiener Landesregierung nicht. Wenn auch nicht ausgeschlossen ist, dass sich bestimmte Gastronomiebetriebe „veranlasst sahen“, die ab dem 1.5.2018 ursprünglich geplante Rechtslage „bei Entscheidungen etwa zur (räumlichen) Gestaltung des Geschäftslokals miteinzubeziehen“. Allerdings sollte diese Rechtslage eben nicht gezielt Investitionen bewirken. Und die Änderung einer Rechtslage durch Gesetzesänderungen liegt für den VfGH im unternehmerischen Risiko.

Abschließend stellte der VfGH auch noch klar, dass weder das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Leben<sup>2</sup>, noch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>3</sup> ein ausnahmsloses Rauchverbot in der Gastronomie verlangen. Den Mitgliedstaaten der EMRK kommt nämlich, so der VfGH, „bei der (jeweiligen) Bewertung der gesellschaftlichen Entwicklung dahingehend, in welchem Ausmaß der Konsum von Tabakwaren als sozialadäquat toleriert wird, (noch) ein Beurteilungsspielraum zu“.

Bis auf Weiteres gilt daher, zumindest in Gastronomielokalen: *Keep on smokin' in a free world.*<sup>4</sup>

## Ist die Rettung nun gerettet?

EuGH 21.3.2019, C-465/17 – Falck

Die Rettung müsste gerettet werden, verlangte das österreichische Rote Kreuz (ÖRK) in einer Petition schon zum ersten Entwurf des Vergaberechtsreformgesetzes 2017<sup>5</sup>. Österreichische Rettungsorganisationen äußerten die Sorge, das neue Bundesvergabegesetz „könnte das österreichische Rettungswesen, wie wir es kennen und schätzen, zerschlagen“. Das ÖRK und andere Rettungsorganisationen baten um Unterstützung, um das zu verhindern. Hintergrund war die „neue“ EU-Vergabe-Richtlinie<sup>6</sup>, die auch im Bereich der Rettungsdienstleister möglicherweise Verpflichtungen zur öffentlichen Ausschreibung von Dienstleistungen notwendig machen könnten.<sup>7</sup> Allzu viel Spielraum freilich blieb dem österreichischen Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Richtlinie in das nationale Vergaberecht ohnedies nicht. Das BVergG 2018 setzte die Richtlinienbestimmung inhalts- und fast wortgleich um.

Auch in Deutschland machte sich Sorge der Rettungsdienstleister um den Fortbestand des bisherigen Rettungssystems breit. Die Stadt Solingen allerdings verzichtete auf eine Auftragsbekanntmachung nach dem EU-Recht und lud vier Hilfs- und Rettungsorganisationen zur Angebotslegung für einen auf fünf Jahre befristeten Auftrag zur Erbringung „kommunaler Rettungsdienstleistungen“ ein. Es kam wie es kommen musste: ein nicht gemeinnützig organisiertes Rettungsdienstunternehmen privater Trägerschaft erachtete dies als Verstoß gegen das deutsche bzw. europäische Vergaberecht. Das damit befasste OLG Düsseldorf legte im Jahr 2017 dem EuGH einige Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2017/24 vor. Nun entschied der EuGH. Und dessen Antwort macht die Frage, wie man rechtskonform Dienstleistungen von Rettungsorganisationen zu vergeben hat, nicht einfacher.

Nach Art 10 der RL 2014/24 gilt diese nämlich nicht für *Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden*. Dies allerdings mit der Einschränkung, dass ganz bestimmte Kriterien erfüllt sein müssen, die in

2 Art 2 EMRK.

3 Art 8 EMRK.

4 Bis dahin kann man sich vielleicht im Auto vor Tabakrauch schützen, zumindest wenn man Minderjährige mitnimmt, vgl. Aktuelles in Kürze, JMG 2018, 68.

5 <https://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/retten-wir-die-rettung>.

6 RL 2014/24/EU.

7 Vgl dazu Jochum, Rettungsdienste im neuen Vergaberecht, JMG 2017, 154.

einer Verordnung<sup>8</sup> festgelegt werden. Konkret betrifft das im Zusammenhang mit Rettungsdiensten jene, die unter den sogenannten CPV-Code 7525200-7 fallen. Und das war unklar. Denn in einem Rettungswagen werden Patienten nicht notwendigerweise durch einen Rettungsassistenten oder Sanitäter betreut. Auch sogenannte qualifizierte Krankentransporte werden von Rettungsorganisationen angeboten. Und da setzt der EuGH an. Als qualifizierter Krankentransport gilt der Transport und die Betreuung von Versorgung von Patienten in einen Krankentransportwagen durch einen Rettungsassistenten, wobei der Transportwagen nicht mit spezieller medizinischer Ausrüstung ausgestattet ist. Der qualifizierte Krankentransport fällt nur dann unter die dem genannten Zahlencode zugeordneten Rettungsdienste, wenn er von ordnungsgemäß in erster Hilfe geschultem Personal durchgeführt wird **und** einen Patienten betrifft, bei dem das Risiko besteht, dass sich sein Gesundheitszustand während des Transports verschlechtert. Das bedeutet aber, dass in allen anderen Fällen die Ausnahmebestimmung vom Anwendungsbereich der Richtlinie (und damit auch des § 9 Abs 1 Z 17 BVergG 2018) nicht zur Anwendung kommt und der Beauftragung derartiger Transportleistungen von Patienten durch Rettungsorganisationen ein Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 voranzugehen hat.

In der Praxis könnte das die Auftraggeber von Patiententransportleistungen vor ein erhebliches Problem stellen. Denn diese müssten zunächst beurteilen, ob beim Transport das Risiko der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten während des Transports besteht. Ist das nicht der Fall, müsste der Vergabe der Transportleistung grundsätzlich ein Vergabeverfahren vorausgehen. Die Schwierigkeit liegt naturgemäß in der Herausforderung, dies im Vorhinein zu beurteilen.

Ein Maßstab für das Risiko der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten während des Transports lässt sich dem Urteil des EuGH ebenso wenig entnehmen, wie ein Hinweis, bei welchem Ausmaß der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des transportierten Patienten vom Vorliegen der Ausnahmebestimmung vom Anwendungsbereich der Richtlinie und damit des BVergG 2018 auszugehen ist. Zwar sind Ausnahmebestimmungen vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts nach der ständigen Rechtsprechung eng auszulegen<sup>9</sup>, doch wird wohl nicht erst bei drohender Lebensgefahr eine in diesem Sinne vergaberechtlich relevante Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu befürchten sein. Andererseits liegt es im Wesen eines Patiententransports, dass ein Notfall vorliegt und mit

dem Transport das Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes verbunden ist. Im Sinne des zitierten Gebots der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen wird wohl ein über das übliche mit einem Krankentransport verbundene Maß hinausgehendes Risiko zu fordern sein.

Bedeutet dies nun aber, dass bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen und Krankentransportdienstleistungen in vergaberechtlicher Hinsicht unterschiedlich vorzugehen ist? Müssen Auftraggeber nun verschiedene Beschaffungsprozesse durchführen und ist damit das bekannte (und bewährte) österreichische Rettungssystem Geschichte? Oder können derartige Dienstleistungen weiterhin gemeinsam vergeben werden?

Wohl zu Recht weist das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz in seiner Stellungnahme zu diesem EuGH-Urteil<sup>10</sup>, darauf hin, dass bei Zusammentreffen von in vergaberechtlicher Sicht unterschiedlich zu beurteilenden Dienstleistungen nach dem für die wertmäßig überwiegenden Dienstleistungen maßgeblichen vergaberechtlichen Regime vorzugehen ist<sup>11</sup>.

Da die vom Anwendungsbereich der Richtlinie bzw. des BVergG 2018 ausgenommenen Aufträge im Übrigen „von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden“ müssen, hatte sich der EuGH auch mit einer diesbezüglichen Frage des vorlegenden Gerichts auseinanderzusetzen. Er hielt dazu ganz klar fest, dass gemeinnützig im Sinne der Richtlinienbestimmung als „ohne Gewinnerzielungsabsicht“ zu verstehen ist. Dieses Merkmal ist konstitutiv für die Annahme einer „gemeinnützigen Organisation oder Vereinigung“ im Sinne der zitierten Ausnahmebestimmung<sup>12</sup>.

## **Mediale Begleitung einer Brust-OP**

*VG Wien, 23.1.2019, VGW-001/034/16728/2017-14*

Ein österreichischer Hörfunkveranstalter lud Mutter/Töchter-Paare ein, eine Brust-OP medial begleiten zu lassen und im Rahmen der Vorbereitung und danach für Interviews, Reportagen etc. zur Verfügung zu stehen. Für die Berichterstattung über die Vorbereitung, den Verlauf und die Folgen der Operation wurde Honorar in Aussicht gestellt. Die Auswahl des Mutter/Tochter-Paares erfolgte unter ärztlicher Beratung nach medizinischer Indikation und nicht nach dem Zufallsprinzip. Im Programm des Radioveranstalters wurde diese Aktion beworben.

8 VO 2195/2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), seither mehrfach adaptiert.

9 EuGH C-187/16.

10 Stellungnahme des BMVRDJ vom 18.4.2019, GZ BMVRDJ-VA.C-465/17/0002-V 4/a/2019.

11 siehe dazu auch § 3 Abs 1 BVergG 2018.

12 § 9 Abs 1 Z 17 BVergG 2018.

Die zuständige Verwaltungsbehörde verhängte über den Hörfunkveranstalter eine Verwaltungsstrafe auf Grundlage von § 8 Abs 2 Z 5 ÄsthOpG<sup>13</sup>. Diese Norm verbietet unter der Unterschrift „*Werbebeschränkungen und Provisionsverbot*“ die Bewerbung ästhetischer Behandlungen und Operationen „*mit Preisausschreiben, Spielen, Verlosungen oder vergleichbaren Verfahren*“.

Das ÄsthOpG dient dem vorbeugenden Schutz der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit von Patientinnen und Patienten sowie dem Schutz vor Komplikationen und unerwünschten Folgen bei der Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation<sup>14</sup>.

Neben der bei medizinischen Eingriffen stets notwendigen ärztlichen Aufklärung<sup>15</sup> vor der Durchführung einer ästhetischen Operation verlangt das ÄsthOpG explizit eine nachweisliche Einwilligung der Patientin/des Patienten in die ästhetische Operation. Als Sonderregelung verlangt das Gesetz zwischen der abgeschlossenen ärztlichen Aufklärung und der Einwilligung eine Frist von zumindest zwei Wochen<sup>16</sup> (§ 6 Abs 1 zweiter Satz). Diese Einwilligung ist schriftlich zu dokumentieren und muss sowohl von der Patientin/dem Patienten als auch vom behandelnden Arzt/der behandelnden Ärztin unterschrieben werden.

Eine ästhetische Operation darf daher auch nur an Personen vorgenommen werden, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet haben. Bei Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, bedarf es der Einwilligung der Erziehungsberechtigten nach umfassender ärztlicher Aufklärung dieser<sup>17</sup>.

Und schließlich enthält das ÄsthOpG auch noch eine Norm unter der Überschrift *Werbebeschränkung und Provisionsverbot*. Dazu liegt auch Rechtsprechung der VG vor, die sich an jener des OGH zur Werbung von Ärzten orientiert.<sup>18</sup> Im gegenständlichen Fall in Rede stand das Verbot der Bewerbung einer ästhetischen Operation mit einem Preisausschreiben, einer Verlosung oder einem vergleichbaren Verfahren. Abgesehen davon, dass dies im gegenständlichen Fall, wie das VGW feststellte, nicht gegeben war, wendet sich diese

Norm explizit an die Ärztin bzw. den Arzt, die oder der die ästhetische Behandlung oder Operation durchführt. Explizit gilt dies auch für Gruppenpraxen oder sonstige physische und juristische Personen.

Nach der Regierungsvorlage zum ÄsthOpG betrifft das Verbot auch Rechtsträger von Krankenanstalten und vergleichbare Einrichtungen des Gesundheitswesens, ist aber nach Auffassung des VG Wien aufgrund verfassungskonformer Auslegung „*dahingehend auszulegen, dass diese Bestimmung Rechtsträger von Krankenanstalten nicht erfasst*“<sup>19</sup>, sowie Verantwortungsträger in Medien, etwa für Anzeigenschaltungen in Zeitschriften und Zeitungen. Das bezieht sich aber nur auf eigene Leistung oder eben die entgeltliche Vermittlung ästhetischer Operationen.

Die mediale Begleitung einer solchen und die Bewerbung des eigenen Programms (der medialen Begleitung) durch ein Medium sind vom gesetzlichen Verbot aber nicht umfasst. Man mag die mediale Begleitung einer Schönheitsoperation, noch dazu einer Brust-OP als geschmackvoll beurteilen oder nicht, solange die OP aber nicht selbst beworben oder vermittelt wird, fällt diese nicht in den Anwendungsbereich des ÄsthOpG, urteilte das VG Wien. Die Berichterstattung über die Aktion des Radiosenders erachtete das Verwaltungsgericht als Berichterstattung über das eigene Programm und nicht als Bewerbung der Brust-OP.

Da den Protagonistinnen kein Honorar für die Operation bezahlt wurde, sondern für Abgeltung der Persönlichkeitsrechte im Rahmen der Berichterstattung, lag auch keine entgeltliche Vermittlung einer Schönheits-OP nach dem ÄsthOpG durch den Radiosender vor. Die Auswahl der Protagonistinnen erfolgte nach medizinischen Kriterien und die Operationen, die „*hier jedenfalls zumindest teilweise medizinisch indiziert*“ waren, stellten für das Gericht auch bei der etwas reißerischen Bewerbung des Programms kein Verleiten der Patienten zu sonst nicht gewollten oder veranlassten Brust-OPs dar.

Daher hob das VG Wien die Strafe auf und stellte das Verfahren ein.

13 Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen, BGBl I 80/2012, zuletzt geändert mit BGBl I 59/2018.

14 § 1 Abs 1.

15 OGH RS0026578; zuletzt OGH 27.9.2017, 7 Ob 88/17: „*Im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags schuldet der Arzt Diagnostik, Aufklärung und Beratung nach den aktuell anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst*“.

16 § 6 Abs 1 zweiter Satz. Dabei ist nicht auf den Einzelfall abzustellen. Die Zweiwochenfrist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG beginnt „*erst nach „abgeschlossener“ ärztlicher Aufklärung zu laufen*“, also nachdem „*nicht nur über den Eingriff aufgeklärt wurde, sondern auch durch den Facharzt für Anästhesiologie und Intensivmedizin über die allenfalls erforderliche Anästhesie für den Eingriff*“. Bei der Festlegung dieser

Zweiwochenfrist handelt es sich „*nicht um eine bloße Form- oder Ordnungsvorschrift*.“ Aufklärungs- und/oder Einwilligungsmängel bewirken, dass die ästhetische Behandlung oder Operation als „*rechtswidriger Eingriff in die körperliche Integrität gilt wenn der Eingriff vor Ablauf der Frist erfolgt*.“ Im Übrigen ist die Rechtsprechung zur verschärften Aufklärungspflicht bei kosmetischen Operationen weiterhin beachtlich. Die Aufklärungspflichten sind „*umso strenger, je weniger der Eingriff dringlich erscheint bzw je höher die Wahrscheinlichkeit des Auftretens bestimmter Nebenwirkungen oder Komplikationen ist*.“ (OGH 318.2018, 6 Ob 120/18t).

17 § 7 Abs 1 und 2.

18 Landesverwaltungsgericht Salzburg 29.1.2016, LVwG-16/16/4-2016, bestätigt durch VwGH 20.4.2016, Ra 2016/11/0049.

19 VG Wien 1.10.2015, VGW-001/027/4005/2015.