

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2009/0046-1

(2006/11/0121)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Schick, Dr. Grünstädl und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, in der Beschwerdesache des Dr. W T in U, vertreten durch DDr. Christian F. Schneider, Rechtsanwalt in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11 (ARES-Tower), gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung vom 20. Dezember 2005, Zl. SanRL-53382/16-2005-Tau, betreffend Erteilung der Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt,

1. § 5 Abs. 1 Z 1 des Oberösterreichischen Krankenanstaltengesetzes 1997 - Oö. KAG 1997, LGBl. Nr. 132 (Stammfassung) als verfassungswidrig aufzuheben;

2. festzustellen, dass § 5 Abs. 2 erster Satz des Oberösterreichischen Krankenanstaltengesetzes 1997, LGBl. Nr. 132, in der Fassung der 3. Oö. KAG-Novelle LGBl. Nr. 99/2005, verfassungswidrig war, in eventu diese Bestimmung als verfassungswidrig aufzuheben.

B e g r ü n d u n g :

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2004, ergänzt durch den Schriftsatz vom 4. März 2005, stellte der Beschwerdeführer den Antrag auf Erteilung einer

(23. Oktober 2009)

Bewilligung zur Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums in Form einer privaten Tagesklinik für Fuß-, Gelenks- und Handchirurgie an einer näher bezeichneten Anschrift in Unterach.

Die belangte Behörde holte im Ermittlungsverfahren die Stellungnahmen der Oö. Gebietskrankenkasse, der Sozialversicherungsanstalt des Bauern, der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, der Ärztekammer für Oberösterreich und der Wirtschaftskammer für Oberösterreich ein, ferner das Gutachten der Landessanitätsdirektion Oberösterreich vom 28. April 2005 samt Ergänzungen vom 23. Mai 2005 und 12. Oktober 2005 sowie das Gutachten des Landessanitätsrates vom 7. Juni 2005 und die Stellungnahme der "gespag", Oberösterreichische Gesundheits- und Spitals AG, vom 13. Oktober 2005.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag des Beschwerdeführers gemäß §§ 4 und 5 des Oö. Krankenanstaltengesetzes 1997 in der Fassung der 3. Oö. KAG-Novelle LGBl. Nr. 99/2005 ab. Zur Begründung stützte sich die belangte Behörde primär auf die negativen medizinischen und sanitätspolizeilichen Stellungnahmen des Landessanitätsrates und der Landessanitätsdirektion. Daraus folge, dass aus medizinischer Sicht das dislozierte Angebot betreffend eine ganz spezielle und chirurgisch durchaus als Defizit zu betrachtende operative Tätigkeit auf dem Gebiet der Gelenks- und speziell der Hand- und Fußchirurgie außerordentlich problematisch sei. Im Besonderen seien präoperative Diagnostik sowie diverse Narkoseverfahren gerade bei elektiven Eingriffen, die nur relativ indiziert seien, nur in einem professionellen Umfeld mit entsprechender Qualität durchführbar. Es sei für die Behörde jedenfalls schlüssig, dass bei eventuell auftretenden Operations- bzw. Narkosezwischenfällen der Patient in einem selbständigen Ambulatorium, das nicht die Infrastruktur wie eine allgemeine oder eine Sonderkrankenanstalt aufweise, gegebenenfalls nicht optimal versorgt sei und auch durch die zeitliche Verzögerung für einen allfällig notwendigen

Transport zur Weiterbehandlung in die nächstgelegenen Krankenanstalten Vöcklabruck oder Bad Ischl die größtmögliche Sicherheit für den Patienten nicht gewährleistet werden könne. Die Bedarfsfrage sei bei der Entscheidung bloß sekundär gewesen, doch sei der Bedarf am geplanten Leistungsspektrum im gegenständlichen Einzugsgebiet durch das bestehende ambulante und stationäre Versorgungsangebot der öffentlichen Krankenanstalten Bad Ischl, Gmunden und Vöcklabruck gedeckt. Auf Grund der in Umsetzung des Gesundheitsreformgesetzes 2005 erfolgten Novellierung des oberösterreichischen Krankenanstaltengesetzes 1997 in der Fassung der 3. Oö. KAG-Novelle LGBl. Nr. 99/2005 in Verbindung "mit den Erläuterungen zum wortidenten Grundsatzgesetz" sei - in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - bei der Bedarfsprüfung für die Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums nunmehr auch das Versorgungsangebot durch Ambulanzen öffentlicher Krankenanstalten zu berücksichtigen. Im Hinblick auf das ausreichende Behandlungsangebot und auf den Umstand, dass im Wesentlichen keine Wartezeiten bestünden, sei der Bedarf an der vom Beschwerdeführer geplanten Tagesklinik zu verneinen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, welcher sie mit Erkenntnis vom 8. Juni 2006, B 239/06-7, abgewiesen hat. In der Begründung führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus:

"... 3.4. Es trifft daher insoweit, als die Krankenhausambulanzen zur extramuralen Versorgung berufen sind, von vornherein nicht zu, dass sich ihr Versorgungsangebot an einen ganz anderen Personenkreis richtet als jenen, der von niedergelassenen Ärzten oder von Ambulatorien mit Kassenvertrag versorgt wird. Dies gilt ganz besonders dann, wenn es um chirurgische Eingriffe geht, die zwar entweder stationär oder ambulant durchgeführt werden können, hinsichtlich derer aber die Versorgung geradezu typischerweise nicht durch niedergelassene Ärzte sondern durch bettenführende Krankenanstalten bzw. deren chirurgische Ambulanzen erfolgt. Soweit daher die in Rede stehenden krankenanstaltenrechtlichen Bestimmungen anordnen, dass das Leistungsangebot

von Krankenhausambulanzen in dem Umfang, als es zur extramuralen Versorgung der Bevölkerung dient, bei der Prüfung des Bedarfs nach weiteren Ambulatorien mit vergleichbarem Leistungsangebot berücksichtigt werden soll, besteht dagegen nicht das vom Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VfSlg. 15.456/1999 formulierte Bedenken, dass

'die Bedarfsdeckung für einen (zumindest in erster Linie) anderen Personenkreis, nämlich stationär aufgenommene Patienten in Krankenhäusern, die in deren Ambulanzen betreut werden, in die Bedarfsprüfung mit einbezogen wird'.

Der Verfassungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis, das auf die damalige einfachgesetzliche Rechtslage - welche die Berücksichtigung der Leistungsangebote von Ambulanzen bettenführender Krankenanstalten bei der Bedarfsprüfung für Ambulatorien gerade nicht vorgesehen hatte - abstellte, weder zum Ausdruck gebracht, dass dem Gesetzgeber von Verfassung wegen eine übergreifende, den intramuralen wie den extramuralen Bereich umfassende Planung des öffentlichen Gesundheitswesens schlechthin verwehrt wäre, noch hat er ausgesprochen, dass es eine Verfassungsnorm dem Gesetzgeber verbiete, die Berücksichtigung des Versorgungsangebotes von Ambulanzen öffentlicher Krankenanstalten bei der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien insoweit vorzusehen, als dabei kongruente Versorgungsbereiche erfasst werden. Damit werden nämlich gerade nicht in unsachlicher Weise die Versorgungsangebote für verschiedene Personenkreise miteinander verglichen.

3.5. Nun enthält zwar § 5 Abs. 2 O.ö. KAG 1997 idF der 3. O.ö. KAG-Novelle 2005 (bzw. § 3 Abs. 2 lit. a KaKUG idF KAKuG-Novelle 2005) keine ausdrückliche Anordnung, in welchem Umfang Krankenhausambulanzen bei der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien einzubeziehen sind. Wortlaut, Zweck der Norm und systematischer Zusammenhang lassen aber eine verfassungskonforme Auslegung dahin zu, dass die Ambulanzen öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen bei der Bedarfsprüfung (nur) insoweit zu berücksichtigen sind, als sie einen dem beantragten selbständigen Ambulatorium örtlich und fachlich gleich gelagerten Versorgungsauftrag für krankenversicherte Patienten zu erfüllen haben.

Der Verfassungsgerichtshof teilt daher nicht die Bedenken des Beschwerdeführers ob der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen.

... Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die belangte Behörde sachlich nicht miteinander in Zusammenhang stehende Versorgungsangebote miteinander verglichen habe. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht kommt es bei der Beurteilung des Bedarfs nach medizinischen Leistungen jedoch nicht auf die Zahl der bisher in den umliegenden öffentlichen Krankenhäusern ambulant oder stationär durchgeführten einschlägigen Eingriffe sondern darauf an, ob durch das geplante selbständige Ambulatorium die Versorgungssituation für die

krankenversicherten Personen auf dem Gebiet der Fuß-, Gelenks- und Handchirurgie verbessert wird. Dies hat die belangte Behörde - nach Feststellung der nur ganz kurzen durchschnittlichen Wartezeiten, welche Patienten im Einzugsgebiet des geplanten Ambulatoriums in Kauf nehmen müssen - denkmöglich verneint. ..."

Über gesonderten Antrag des Beschwerdeführers trat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde mit Beschluss vom 31. Juli 2006, B 239/06-9, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerdeergänzung an den Verwaltungsgerichtshof die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragt in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Die Bestimmungen des § 4 (in der Fassung der 2. Oö. KAG-Novelle LGBl. Nr. 41/2001) und des § 5 (in der Fassung der am 9. September 2005 kundgemachten 3. Oö. KAG-Novelle LGBl. Nr. 99/2005) Oö. KAG 1997 - die angefochtenen Bestimmungen sind durch Unterstreichung hervorgehoben - lauten (auszugsweise):

"...

Errichtung und Betrieb von Krankenanstalten

§ 4

Errichtungsbewilligung

(1) Die Errichtung einer Krankenanstalt bedarf einer Bewilligung der Landesregierung.

(2) Der Antrag auf Erteilung der Errichtungsbewilligung hat den Anstaltszweck (§ 2), die Bezeichnung der Anstalt und das in Aussicht genommene Leistungsangebot sowie allenfalls vorgesehene Leistungsschwerpunkte genau anzugeben. Beabsichtigt der Rechtsträger der Krankenanstalt Mittel auf Grund der im § 1 genannten Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG in Anspruch zu nehmen, hat er dies bereits im Antrag auf Erteilung der Errichtungsbewilligung bekanntzugeben. Dem Antrag sind folgende Unterlagen je in vierfacher Ausfertigung anzuschließen:

...

(3) Im Bewilligungsverfahren ist ein Gutachten des Landeshauptmannes einzuholen, das zum Antrag vom Standpunkt der sanitären Aufsicht Stellung nimmt. Weiters ist dem Landessanitätsrat Gelegenheit zu geben, zum Antrag Stellung zu nehmen.

(4) Hinsichtlich des nach § 5 Abs. 1 Z. 1 zu prüfenden Bedarfes haben Parteistellung im Sinn des § 8 AVG und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG:

1. die Wirtschaftskammer Oberösterreich als gesetzliche Interessenvertretung der privaten Krankenanstalten;

2. die betroffenen Sozialversicherungsträger;

3. bei selbständigen Ambulatorien auch die Ärztekammer für Oberösterreich;

4. bei Zahnambulatorien überdies die Österreichische Dentistenkammer.

(5) Die Errichtung einer Krankenanstalt durch einen Sozialversicherungsträger bedarf keiner Bewilligung, außer es handelt sich um die Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums durch einen Krankenversicherungsträger. Beabsichtigt ein Sozialversicherungsträger die Errichtung einer Krankenanstalt, die keiner Bewilligung bedarf, so hat er dies der Landesregierung vor Baubeginn anzuzeigen.

(6) Im Verfahren zur Erteilung der Bewilligung für die Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums durch einen Krankenversicherungsträger hat die Ärztekammer für Oberösterreich, bei Zahnambulatorien auch die Österreichische Dentistenkammer, Parteistellung im Sinn des § 8 AVG und das Recht der Beschwerde nach Art. 131 Abs. 2 B-VG, wenn

1. über das Vorhaben des Krankenversicherungsträgers kein Einvernehmen im Sinn des § 339 ASVG zustande gekommen ist oder

2. der Antrag des Krankenversicherungsträgers nicht mit einem nach § 339 ASVG erzielten Einvernehmen übereinstimmt oder

3. die Entscheidung der Behörde über den Inhalt des nach § 339 ASVG erzielten Einvernehmens hinausgeht.

§ 5

Bewilligungsvoraussetzungen

(1) Die Errichtungsbewilligung ist, soweit im Abs. 4 nicht anderes bestimmt ist, zu erteilen, wenn

1. ein Bedarf im Sinn des Abs. 2 gegeben ist,

2. das Eigentum an der für die Krankenanstalt vorgesehenen Betriebsanlage oder das sonstige Recht zu deren Benützung nachgewiesen wird,

3. das Gebäude, das als Betriebsanlage für die Krankenanstalt dienen soll, den für solche Gebäude geltenden bau-, feuer-, sicherheits- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften entspricht,

4. die vorgesehene Ausstattung mit medizinisch-technischen Apparaten den nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft an eine Krankenanstalt der vorgesehenen Art zu stellenden Anforderungen entspricht,

5. eine den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechende ärztliche Behandlung gewährleistet ist,

6. gegen den Bewilligungswerber keine Bedenken bestehen; Bedenken sind dann gegeben, wenn er vorbestraft ist und nach der Art der Vorstrafe ein einwandfreier Betrieb der Krankenanstalt nicht zu erwarten ist oder wenn sonstige Umstände, z.B. im Hinblick auf seine körperlichen und geistigen Fähigkeiten sowie sein Vorleben, vorliegen, die seine Eignung ausschließen, und

7. die geplante Errichtung nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot dem gemäß § 39 Abs. 4 erlassenen O.ö. Krankenanstaltenplan und dem O.ö. Großgeräteplan entspricht, sofern der Rechtsträger der Krankenanstalt Mittel auf Grund der im § 1 genannten Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG in Anspruch nehmen möchte.

(2) Der Bedarf nach einer Krankenanstalt mit dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot ist unter Beachtung der Höchstzahl der systemisierten Betten nach dem O.ö. Krankenanstaltenplan (§ 39 Abs. 4) im Hinblick auf das in angemessener Entfernung bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen sowie bei Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums auch im Hinblick auf das Versorgungsangebot durch Ambulanzen der genannten Krankenanstalten und niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen, bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag zu beurteilen. Ein Bedarf nach Sanatorien ist nicht gegeben, wenn das Verhältnis der Zahl der Sanatoriumsbetten einer Fachrichtung im Land zur Bettenzahl der Sonderklasse der entsprechenden Fachrichtung der öffentlichen Krankenanstalten der im § 2 Z. 1 und 2 bezeichneten Art im Land einen von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Wert (Verhältniszahl) überschreitet. Bei der Festsetzung der Verhältniszahl ist unter Bedachtnahme auf den O.ö. Krankenanstaltenplan sicherzustellen, dass die eine wirtschaftliche Führung zulassende Belagstärke der Betten der Sonderklasse in den öffentlichen Krankenanstalten der erwähnten Art im Land gewährleistet bleibt.

(3) Die Errichtungsbewilligung ist mit Auflagen oder unter Bedingungen zu erteilen, soweit dies zur Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs. 1 und zur Gewährleistung einer den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechenden ärztlichen Behandlung oder aus anderen öffentlichen Interessen, insbesondere im Interesse der bestmöglichen gesundheitlichen Betreuung der Bevölkerung, erforderlich ist.

(4) Die Bewilligung zur Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums durch einen Krankenversicherungsträger (§ 4 Abs. 5 erster Satz) ist zu erteilen, wenn ein Einvernehmen zwischen dem Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für Oberösterreich bzw. der Österreichischen Dentistenkammer oder zwischen dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Ärztekammer bzw. der Österreichischen Dentistenkammer im Sinn des § 339 ASVG vorliegt; liegt ein Einvernehmen nicht vor, so ist die Errichtungsbewilligung zu erteilen, wenn die Landesregierung den Bedarf (Abs. 2) festgestellt hat.

(5) Wenn nicht binnen drei Jahren ab Erteilung der Errichtungsbewilligung mit der Errichtung der Krankenanstalt begonnen wird, kann die Landesregierung die Errichtungsbewilligung zurücknehmen, sofern die Zurücknahme im Interesse der Sicherstellung einer dem Bedarf entsprechenden Krankenanstaltspflege geboten ist."

Nach Erlassung des angefochtenen Bescheides wurden mit der Oö. KAG-Novelle 2006 vom 30. November 2006, LGBl. Nr. 122, die oben dargestellten Bestimmungen des Oö. KAG 1997 - soweit hier relevant - wie folgt geändert:

"...

9. Im § 5 Abs. 2 wird die Wortfolge 'nach dem Oö. Krankenanstaltenplan (§ 39 Abs. 4)' durch die Wortfolge 'nach der Verordnung gemäß § 39 Abs. 4', die Wortfolge 'den Oö. Krankenanstaltenplan' durch die Wortfolge 'die Verordnung gemäß § 39 Abs. 4' und die Wortfolge 'Dentisten mit Kassenvertrag' durch die Wortfolge 'Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten' ersetzt.

..."

Bei Behandlung des vorliegenden Beschwerdefalles sind beim Verwaltungsgerichtshof gegen die im Spruch genannten Bestimmungen des Oberösterreichischen Krankenanstaltengesetzes 1997 (in den angegebenen Fassungen) aus nachstehenden Gründen Bedenken entstanden:

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass die vorliegende Beschwerde, die sich unter anderem gegen die Annahme der belangten Behörde richtet, es bestehe kein Bedarf nach der mit dem angefochtenen Bescheid bewilligten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums, zulässig ist.

Bei der Überprüfung des angefochtenen Bescheides auf seine Rechtmäßigkeit hat der Verwaltungsgerichtshof, da die belangte Behörde ihren Bescheid auch darauf gestützt hat, dass kein Bedarf gegeben sei, die angefochtenen Bestimmungen (in den angegebenen Fassungen) anzuwenden. Der Verwaltungsgerichtshof übersieht nicht, dass es sich beim hier in Rede stehenden Ambulatorium - anders als bei den dem hg. Vorabentscheidungsersuchen vom 22. Feber 2007, Zlen. EU 2007/11/0001, 0002-1, zu Grunde liegenden Beschwerdefällen - nicht um ein Zahnambulatorium handelt. Isoliert betrachtet ist im Beschwerdefall die Wortfolge "bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag" ohne Bedeutung. Wegen der sprachlichen Ausgestaltung des § 5 Abs. 2 erster Satz Oö. KAG 1997 - dieser regelt zunächst die Bedarfskriterien für alle Krankenanstalten, anschließend die zusätzlichen Kriterien für Ambulatorien und diejenigen für Zahnambulatorien - ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nur eine Anfechtung des gesamten ersten Satzes des § 5 Abs. 2 leg.cit. möglich. Dass die Erteilung einer Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt überhaupt von einem Bedarf abhängt, ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 Z 1 leg.cit.

Auf den in den angefochtenen Bestimmungen umschriebenen Bedarf wird noch in weiteren Bestimmungen des Oö. KAG 1997 angeknüpft. Diese würden nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im Falle der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen gegenstandslos.

Die angefochtenen Bestimmungen entsprechen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes zwar den Vorgaben des Bundesgesetzes über Krankenanstalten - und Kuranstalten - KAKuG, die Anfechtung auch derselben ist

dem Verwaltungsgerichtshof nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes mangels Präjudizialität jedoch verwehrt (vgl. das Erkenntnis VfSlg. Nr. 15.576/1999).

Gegen die angefochtenen Bestimmungen des Oö. KAG 1997 hegt der Verwaltungsgerichtshof folgende Bedenken ob ihrer Verfassungsmäßigkeit:

Aus Anlass zweier bei ihm anhängiger Beschwerdeverfahren, in denen die Bedarfsprüfungsbestimmungen des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 (Wr. KAG) und das Oö. Krankenanstaltengesetz 1997 (Oö. KAG 1997) einschlägig waren, hatte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 22. Feber 2007, Zlen. EU 2007/11/0001, EU 2007/11/0002-1, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"1.) Steht Art. 43 (iVm Art. 48) EG der Anwendung einer nationalen Regelung entgegen, nach der für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums für Zahnheilkunde (Zahnambulatorium) eine Errichtungsbewilligung erforderlich ist und diese Bewilligung zu versagen ist, wenn nach dem angegeben Anstaltszweck und dem vorgesehenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot durch niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen sowie niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag kein Bedarf an dem geplanten Zahnambulatorium besteht?

2.) Ändert sich etwas an der Beantwortung von Frage 1.), wenn in die Prüfung des Bedarfs zusätzlich auch das bestehende Versorgungsangebot der Ambulanzen von öffentlichen, privaten gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag einzubeziehen ist?"

Mit Urteil vom 10. März 2009, C-169/07, erkannte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hiezu Folgendes:

"Nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen

Ambulatoriums für Zahnheilkunde eine Bewilligung erforderlich ist und diese Bewilligung, wenn angesichts des bereits bestehenden Versorgungsangebots durch Kassenvertragsärzte kein die Errichtung einer solchen Krankenanstalt rechtfertigender Bedarf besteht, zu versagen ist, steht Art. 43 EG in Verbindung mit Art. 48 EG entgegen, sofern sie nicht auch Gruppenpraxen einem solchen System unterwerfen und sofern sie nicht auf einer Bedingung beruhen, die geeignet ist, der Ausübung des Ermessens durch die nationalen Behörden Grenzen zu setzen."

In der Begründung wurde zusammenfassend ausgeführt, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung sei nicht geeignet, die Erreichung der Ziele zu gewährleisten, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allgemein zugängliche medizinische Versorgung aufrechtzuerhalten und eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu vermeiden (Rz 71). Eine Beantwortung der zweiten Vorlagefrage erübrige sich im Hinblick auf die Antwort auf die erste Frage (Rz 73).

Mit Erkenntnis vom 16. April 2009, Zlen. 2009/11/0036-12, 0037-8 (früher: 2002/11/0021, 2006/11/0160), hob der Verwaltungsgerichtshof die Bescheide der Wiener und der Oberösterreichischen Landesregierung, mit denen einem Bewilligungswerber mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland jeweils die Errichtungsbewilligung für ein Zahnambulatorium versagt worden war, wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts auf. Er führte in seiner Begründung dazu Folgendes aus:

"2.2.2. Die einschlägige Rechtslage (§§ 52a ff ÄrzteG 1998 in dem zur hg. Zl. 2009/11/0036 protokollierten Beschwerdefall bzw. §§ 52a ff ÄrzteG 1998 sowie § 26 des Zahnärztegesetzes in dem zur hg. Zl. 2009/11/0037 protokollierten Beschwerdefall) sieht für Gruppenpraxen keine Bedarfsprüfung vor.

Aus der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften ist daher für die Beschwerdefälle zu folgern, dass die Anwendung der Art. 43 (iVm Art. 48) EG widersprechenden Bestimmungen des nationalen Rechts, welche die Erteilung einer

Errichtungsbewilligung von einem Bedarf nach den beantragten Zahnambulatorien abhängig machen, zu unterbleiben hat. In dem zur hg. Zl. 2009/11/0036 protokollierten Beschwerdefall handelt es sich dabei um § 4 Abs. 2 Wr. KAG, in dem zur hg. Zl. 2009/11/0037 protokollierten Beschwerdefall um § 5 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 Oö KAG 1997. Da die angefochtenen Bescheide ausschließlich in diesen Bestimmungen ihre Deckung finden könnten, sind sie, weil diese wegen des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts außer Betracht zu bleiben haben, mit Rechtswidrigkeit behaftet."

Im Hinblick auf die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen bezieht sich zwar auch die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil vom 10. März 2009 gegebene Antwort (im Spruch) nur auf Zahnambulatorien. Die Urteilsbegründung lässt aber nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes keinesfalls den Schluss zu, dass die Gründe, aus denen der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Unvereinbarkeit des Bedarfserfordernisses mit Art. 43 iVm Art. 48 EG gefolgert hat, auf Zahnambulatorien beschränkt seien und für andere Ambulatorien nicht gelten sollten. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher im Folgenden davon aus, dass einer nationalen Regelung, nach der für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums wie dem im Beschwerdefall in Rede stehenden eine Bewilligung erforderlich ist und diese Bewilligung, wenn angesichts des bereits bestehenden Versorgungsangebots durch Kassenvertragsärzte kein die Errichtung einer solchen Krankenanstalt rechtfertigender Bedarf besteht, zu versagen ist, ebenfalls Art. 43 iVm Art. 48 EG entgegensteht, sofern nicht auch Gruppenpraxen einem solchen System unterworfen sind (das Kriterium der ausreichenden Grenzziehung für das den Behörden eingeräumte Ermessen ist im vorliegenden Fall nicht von Belang).

Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern am Gleichheitssatz zu messen und bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung. Dieser Grundgedanke wurde vom Verfassungsgerichtshof in Anbetracht der "doppelten

Bindung" des Gesetzgebers bei Umsetzung von Gemeinschaftsrecht auch auf die sogenannte "Inländerdiskriminierung" übertragen.

Verstößt eine gesetzliche Bestimmung des nationalen Rechts gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, dann wird sie in Fällen mit Gemeinschaftsbezug (auf Grund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts) verdrängt. Die nationalen Normen sind dann so zu lesen, als ob die verdrängte Bestimmung nicht vorhanden wäre; es ist also der gemeinschaftsrechtskonforme nationale Regelungstorso anzuwenden. In allen anderen Fällen ist die nationale Norm in ihrer Gesamtheit anzuwenden.

Vergleicht man die nationale Norm mit dem (durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts entstandenen) Regelungstorso, so ist zu prüfen, ob dabei nicht Sachverhalte ohne Gemeinschaftsbezug im Verhältnis zu jenen mit einem solchen Bezug diskriminiert werden (vgl. zum Ganzen die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. Nr. 17.150/2005 und vom 11. Dezember 2008, G 85/08, mit dem Teile des § 6 des Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1996 aufgehoben wurden).

Da weder das ÄrzteG 1998 noch das Zahnärztegesetz die Errichtung und den Betrieb von Gruppenpraxen von einem Bedarf abhängig machen, folgt im Lichte des zitierten Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 10. März 2009 aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, dass in Fällen mit Gemeinschaftsbezug die Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt in der Betriebsform eines (Zahn-)Ambulatoriums nicht vom Bestehen eines Bedarfs abhängig gemacht werden darf. Die nationale Norm ist für Fälle mit Gemeinschaftsbezug also so zu lesen, als ob die verdrängte Bestimmung nicht vorhanden wäre, mithin so, als ob die die Bedarfsprüfung erzwingenden Passagen, nämlich § 5 Abs. 1 Z 1 und § 5 Abs. 2 erster Satz Oö. KAG 1997, entfallen wären.

Nur der verbleibende Regelungstorso dürfte in einem Fall mit Gemeinschaftsbezug angewendet werden.

Für Fälle ohne Gemeinschaftsbezug - wie dem vorliegenden - ist hingegen das Oö. KAG 1997 in seiner Gesamtheit, also einschließlich der angefochtenen Bestimmungen, anzuwenden. Dies hat zur Konsequenz, dass (nur) in Fällen ohne Gemeinschaftsbezug die Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines Ambulatoriums stets vom Bestehen des in § 5 Abs. 2 erster Satz Oö. KAG 1997 näher umschriebenen Bedarfs abhängig ist.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass zwar auch in § 5 Abs. 4 letzter Halbsatz *leg.cit.* als Bewilligungsvoraussetzung (ua.) die Feststellung eines Bedarfs normiert wird. Da es sich im vorliegenden Fall aber nicht um ein Ambulatorium eines Krankenversicherungsträgers handelt, ist die Bestimmung hier ohne Relevanz.

Die Systematik und der klare Wortlaut der hier angefochtenen Bestimmungen stehen einer Auslegung dahin, dass auch in anderen Fällen als solchen mit Gemeinschaftsbezug die Erteilung der Errichtungsbewilligung unabhängig von einem Bedarf nach der Krankenanstalt erteilt werden dürfte, entgegen.

Bei rein innerstaatlichen Sachverhalten müssen zur Erlangung einer Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums demnach strengere Voraussetzungen erfüllt sein als - auf Grund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts - bei Sachverhalten mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 2008, G 85/08).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag dafür keine sachliche Rechtfertigung zu finden.

Wegen der sprachlichen Ausgestaltung der angefochtenen Bestimmungen hält der Verwaltungsgerichtshof eine Aufhebung bzw. einen Ausspruch im Sinne des Art. 140 Abs. 4 B-VG bloß von Teilen derselben nicht für möglich. Selbst wenn man der Auffassung wäre, dass die angefochtenen Bestimmungen nur hinsichtlich Zahnambulatorien verfassungswidrig sind, wäre eine eingeschränkte Aufhebung nicht möglich, weil die Aufhebung der nur auf Zahnambulatorien bezogenen Wortfolge "bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag" in § 5 Abs. 2 erster Satz Oö. KAG 1997 an der nach dem verbleibenden Text gebotenen Bedarfsprüfung (auch für Zahnambulatorien) nichts ändern könnte. Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof die Auffassung vertritt, dass § 5 Abs. 2 erster Satz leg.cit. ungeachtet der erfolgten textlichen Änderung noch einer Aufhebung zugänglich ist, wird in eventu der aus dem Spruch ersichtliche Aufhebungsantrag gestellt.

W i e n , am 23. Oktober 2009