

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2009/0050-1

(2008/11/0042)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, in der Beschwerdesache des Dr. Heinz Peter Schreier in Neunkirchen, vertreten durch Dr. Elisabeth Zimmert, Rechtsanwalt in 2620 Neunkirchen, Triester Straße 11, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 10. Jänner 2008, Zl. GS4-AMB-157/001-2007, betreffend Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums, den

B e s c h l u s s

gefasst:

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

1) im NÖ Krankenanstaltengesetz (NÖ KAG), LGBl. 9440,

die Wortfolge "dass ein Bedarf im Sinne des folgenden Absatzes nicht gegeben ist oder" in § 5 Abs. 2 (in der Stammfassung LGBl. 9440-0), § 5 Abs. 3 (in der Stammfassung LGBl. 9440-0) und

die Wortfolge "Kann ein Bedarf nicht ausgeschlossen werden und" in § 6 Abs. 1 (in der Stammfassung LGBl. 9440-0) sowie

§ 8 Abs. 1 lit. a (idF. zuletzt der 24. Novelle LGBl. 9440-26)

als verfassungswidrig aufzuheben sowie

2) festzustellen, dass im NÖ KAG, LGBl. 9440,

die Wortfolge "ein Bedarf im Hinblick auf den angegebenen Anstaltszweck samt dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot sowie allfällige Schwerpunkte unter Beachtung der Höchstzahl an systemisierten Betten nach dem

(15. Dezember 2009)

Landes- Krankenanstaltenplan (§ 21a) gegeben ist und" in § 5 in Abs. 1 (idF. zuletzt der 7. Novelle LGBl. 9440-8)

verfassungswidrig war.

B e g r ü n d u n g :

1.1. Mit Bescheid vom 10. Jänner 2008 wies die Niederösterreichische Landesregierung den Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung der Bewilligung für die Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums für physikalische Medizin an einer näher bezeichneten Adresse in Neunkirchen ab. Als Rechtsgrundlagen waren § 5 und § 8 Abs. 1 lit. a des NÖ Krankenanstaltengesetzes (NÖ KAG) angegeben. In der Begründung führte die Niederösterreichische Landesregierung, auf das Wesentliche zusammengefasst, aus, der Bedarf nach der Errichtung der beantragten Krankenanstalt sei nicht gegeben.

1.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

2. Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Zustellung des angefochtenen Bescheides (11. Jänner 2008) sind im Beschwerdefall folgende gesetzliche Bestimmungen maßgebend:

2.1.1. Das Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) idF des Strafprozessreformbegleitgesetzes II, BGBl. I Nr. 112/2007, lautet (auszugsweise):

"§ 3. (1) Die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes ist ausschließlich Ärzten für Allgemeinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten. Die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes ist auch als Gruppenpraxis in der Rechtsform einer offenen Gesellschaft zulässig.

...

Gruppenpraxen

§ 52a. (1) Die Zusammenarbeit von Ärzten kann weiters auch als selbständig berufsbefugte (§ 3 Abs. 1) Gruppenpraxis erfolgen. Eine Gruppenpraxis kann auch mit einem Angehörigen des zahnärztlichen Berufs oder Dentistenberufs errichtet werden; in diesem Fall richtet sich die Frage der Berufsberechtigung auch nach dem Zahnärztegesetz.

(2) Die Berufsbefugnis einer Gruppenpraxis ergibt sich aus der Berufsbefugnis der an der Gruppenpraxis als persönlich haftende Gesellschafter beteiligten Ärzte, Zahnärzte und Dentisten. Unter den Gesellschaftern mit gleicher Fachrichtung ist die freie Arztwahl des Patienten zu gewährleisten.

(3) Die Zusammenarbeit als Gruppenpraxis hat in der Rechtsform einer offenen Gesellschaft im Sinne des § 105 des Bundesgesetzes über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch - UGB), BGBl. I Nr. 120/2005, zu erfolgen.

(4) Der Gruppenpraxis dürfen nur zur selbständigen Berufsausübung berechnete Ärzte, Zahnärzte und Dentisten als persönlich haftende Gesellschafter angehören. Andere Personen dürfen der Gruppenpraxis nicht als Gesellschafter angehören und daher am Umsatz oder Gewinn nicht beteiligt sein.

(5) Jeder Gesellschafter ist zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. Die vorübergehende Einstellung oder Berufsausübung bis zur Dauer von sechs Monaten hindert Ärzte nicht an der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, wohl aber an der Vertretung und an der Geschäftsführung.

(6) Über Fragen der Ausübung eines bestimmten Berufes (Abs. 2) entscheiden ausschließlich die entsprechend berufsbefugten Gesellschafter. Gegen den Willen jener Gesellschafter, die über die den Gegenstand einer Entscheidung überwiegend betreffende Berufsberechtigung verfügen, darf keine Entscheidung getroffen werden. Alle Gesellschafter müssen ihre Rechte in eigenem Namen und für eigene Rechnung innehaben. Die treuhändige Übertragung und Ausübung von Gesellschaftsrechten ist unzulässig. Die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes darf nicht an eine Weisung oder Zustimmung der Gesellschafter (Gesellschaftsversammlung) gebunden werden.

(7) Die Tätigkeit der Gesellschaft muss auf die Ausübung des ärztlichen, zahnärztlichen oder Dentistenberufes einschließlich der erforderlichen Hilfstätigkeiten und die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt sein.

(8) Eine Gruppenpraxis kann nur einen Berufssitz im Bundesgebiet haben. Jeder Sitz einer Gruppenpraxis ist auch gleichzeitig Berufssitz der an ihr beteiligten Ärzte.

(9) In der Firma der Gruppenpraxis sind jedenfalls der Name eines Gesellschafters und die in der Gruppenpraxis vertretenen Fachrichtungen anzuführen.

(10) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Ärzte bzw. Ärzte für Allgemeinmedizin, approbierte Ärzte bzw. Fachärzte abgestellt wird, sind die jeweiligen Bestimmungen auf Gruppenpraxen gegebenenfalls sinngemäß anzuwenden.

§ 52b. (1) Jeder einer Gruppenpraxis angehörende persönlich haftende Gesellschafter hat, insbesondere durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, für die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, insbesondere der Anmeldungspflicht nach § 29 Abs. 1 Z 7 zu sorgen.

(2) Er ist für die Erfüllung seiner Berufs- und Standespflicht persönlich verantwortlich, diese Verantwortung kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlüsse der Gesellschafter oder Geschäftsführungsmaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden."

Das ÄrzteG 1998 macht die Errichtung und den Betrieb einer Gruppenpraxis nicht von einem Bedarf abhängig.

2.1.2. Das mit 1. Jänner 2006 in Kraft getretene Zahnärztegesetz (ZÄG), BGBl. I Nr. 126/2005, idF. des Strafprozessreformbegleitgesetzes II, BGBl. I Nr. 112/2007, lautet (auszugsweise):

"Gruppenpraxen

§ 26. (1) Die Zusammenarbeit von freiberuflich tätigen Angehörigen des zahnärztlichen Berufs im Sinne des § 24 Abs. 1 kann auch als selbständig berufsbefugte Gruppenpraxis erfolgen, die in der Rechtsform einer offenen Erwerbsgesellschaft im Sinne des § 1 Erwerbsgesellschaftengesetz (EGG), BGBl. Nr. 257/1990, zu errichten ist. Einer Gruppenpraxis dürfen nur zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Angehörige des zahnärztlichen Berufs sowie Ärzte/Ärztinnen als persönlich haftende Gesellschafter/Gesellschafterinnen angehören. Andere Personen dürfen der Gruppenpraxis nicht als Gesellschafter/Gesellschafterinnen angehören und daher am Umsatz oder Gewinn nicht beteiligt sein.

(2) Die Berufsbefugnis einer Gruppenpraxis ergibt sich aus der Berufsbefugnis der an der Gruppenpraxis als persönlich haftende Gesellschafter/Gesellschafterinnen beteiligten Berufsangehörigen. Sofern eine Gruppenpraxis auch mit Ärzten/Ärztinnen errichtet wird, richtet sich die Frage der Berufsbefugnis auch nach dem Ärztegesetz 1998 - ÄrzteG 1998, BGBl. I Nr. 169.

(3) Jeder/Jede Gesellschafter/Gesellschafterin ist allein zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. Eine Untersagung der Berufsausübung (§§ 46f) bis zur Dauer von sechs Monaten hindert die Berufsangehörigen nicht an der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, wohl aber an der Vertretung und an der Geschäftsführung.

(4) Über Fragen der Ausübung eines bestimmten Berufs (Abs. 2) entscheiden ausschließlich die entsprechend berufsbefugten Gesellschafter/Gesellschafterinnen. Gegen den Willen jener Gesellschafter/Gesellschafterinnen, die über die den Gegenstand einer Entscheidung überwiegend betreffende Berufsberechtigung verfügen, darf keine Entscheidung getroffen werden. Alle Gesellschafter/Gesellschafterinnen müssen ihre Rechte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung innehaben. Die treuhändige Übertragung und Ausübung von Gesellschaftsrechten ist unzulässig. Die selbständige Ausübung des zahnärztlichen Berufs darf nicht an eine Weisung oder Zustimmung der Gesellschafter/Gesellschafterinnen (Gesellschafterversammlung) gebunden werden.

(5) Die Tätigkeit der Gesellschaft muss auf die Ausübung des zahnärztlichen bzw. ärztlichen Berufs einschließlich der erforderlichen Hilfstätigkeiten und die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt sein.

(6) Eine Gruppenpraxis kann nur einen Berufssitz im Bundesgebiet haben. Jeder Sitz einer Gruppenpraxis ist auch gleichzeitig Berufssitz der an ihr beteiligten Berufsangehörigen.

(7) In der Firma der Gruppenpraxis sind jedenfalls der Name eines/einer Gesellschafter/Gesellschafterin und die in der Gruppenpraxis vertretenen Berufs- bzw. Fachrichtungen anzuführen.

(8) Jeder/Jede einer Gruppenpraxis als persönlich haftender/haftende Gesellschafter/Gesellschafterin angehörende Angehörige des zahnärztlichen Berufs hat, insbesondere durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags, für die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, insbesondere der Meldepflicht gemäß § 14 Abs. 1 Z 4, zu sorgen. Er/Sie ist für die Erfüllung seiner/ihrer Berufs- und Standespflichten persönlich verantwortlich, diese Verantwortung kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlüsse der Gesellschafter/Gesellschafterinnen oder Geschäftsführungsmaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden."

Auch das ZÄG macht die Errichtung bzw. den Betrieb einer Gruppenpraxis nicht vom Bestehen eines Bedarfes abhängig.

2.1.3. Das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KaKuG),
BGBl. Nr. 1/1957, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 101/2007, lautet (auszugsweise):

"Hauptstück B.

Allgemeine Bestimmungen für die Errichtung und den Betrieb von Krankenanstalten

§ 3. (1) Krankenanstalten bedürfen sowohl zu ihrer Errichtung wie auch zu ihrem Betriebe einer Bewilligung der Landesregierung. Anträge auf Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt haben den Anstaltszweck (§ 2 Abs. 1) und das in Aussicht genommene Leistungsangebot genau zu bezeichnen.

(2) Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt im Sinne des Abs. 1 darf nur erteilt werden, wenn insbesondere

a) nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot sowohl nach dem jeweiligen Landesanstaltenplan als auch im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen sowie bei der 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 Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten, ein Bedarf gegeben ist;

...

(6) Weiters hat die Landesgesetzgebung vorzusehen, dass in Verfahren zur Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt die gesetzliche Interessenvertretung privater Krankenanstalten und betroffene Sozialversicherungsträger, bei selbständigen

Ambulatorien auch die zuständige Ärztekammer bzw. bei Zahnambulatorien auch die Österreichische Zahnärztekammer, hinsichtlich des nach § 3 Abs. 2 lit. a zu prüfenden Bedarfes Parteistellung im Sinne des § 8 AVG und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG haben.

...

(8) Durch die Landesgesetzgebung sind nähere Vorschriften über die Voraussetzungen zur Bewilligung der Errichtung und des Betriebes sowie die Sperre einer Krankenanstalt, die entgegen den Bestimmungen der Abs. 2 bis 4 betrieben wird, zu erlassen.

..."

2.2.1. Die im Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des NÖ KAG (idF. der 24. Novelle), LGBl. 9440-26, lauten (auszugsweise; die angefochtenen Bestimmungen sind unterstrichen):

"§ 2

(1) Krankenanstalten im Sinne des § 1 sind:

...

7. selbständige Ambulatorien (Röntgeninstitute, Zahnambulatorien und ähnliche Einrichtungen), das sind organisatorisch selbständige Einrichtungen, die der Untersuchung oder Behandlung von Personen dienen, die einer Aufnahme in Anstaltspflege nicht bedürfen. Der Verwendungszweck eines selbständigen Ambulatoriums erfährt dann keine Änderung, wenn dieses Ambulatorium über eine angemessene Zahl von Betten verfügt, die für eine kurzfristige Unterbringung zur Durchführung ambulanter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen unentbehrlich sind. Unter kurzfristiger Unterbringung ist ein zusammenhängender Zeitraum von unter 24 Stunden zu verstehen.

...

§ 5

(1) Liegt ein ordnungsgemäßer Antrag im Sinne des § 4 vor, so ist zu erheben, ob ein Bedarf im Hinblick auf den angegebenen Anstaltszweck samt dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot sowie allfällige Schwerpunkte unter Beachtung der Höchstzahl an systematisierten Betten nach dem Landes-Krankenanstaltenplan (§ 21a) gegeben ist und gegen den Bewerber keine Bedenken bestehen.

(2) Ergeben die Erhebungen, dass ein Bedarf im Sinne des folgenden Absatzes nicht gegeben ist oder dass gegen den Bewerber Bedenken bestehen, ist der Antrag abzuweisen.

(3) Der Bedarf ist nach den im Einzugsgebiet (§ 4 Abs. 1 lit. a) und in dessen Umgebung vorhandenen Krankenanstalten, deren Belagsmöglichkeit und Entfernung zu der zu errichtenden Anstalt sowie nach den allenfalls vorhandenen Aufzeichnungen über die Häufigkeit der in Frage kommenden Krankheitsfälle, bei Ambulatorien auch nach den in der Umgebung des Standortes des zu errichtenden Ambulatoriums niedergelassenen Ärzten, zu beurteilen.

(4) Hinsichtlich des Bedarfes ist eine Stellungnahme der gesetzlichen Interessenvertretung privater Krankenanstalten, des NÖ Gesundheits- und Sozialfonds, ausgenommen bei NÖ Fondskrankenanstalten, der Rechtsträger nächstgelegener öffentlicher Krankenanstalten und betroffener Sozialversicherungsträger, sofern sie für das Einzugsgebiet der beantragten Krankenanstalt (§ 4 Abs. 1 lit. a) nach den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zuständig sind, insbesondere des Hauptverbandes der Österreichischen Sozialversicherungsträger, bei selbständigen Ambulatorien auch der Ärztekammer für NÖ sowie bei Zahnambulatorien auch der Österreichischen Dentistenkammer einzuholen. Ferner ist eine Stellungnahme des Landessanitätsrates und der Gemeinde, in der die Krankenanstalt errichtet werden soll, einzuholen. Bei NÖ Fondskrankenanstalten ist zur Frage des Bedarfes ein Gutachten des NÖ Gesundheits- und Sozialfonds einzuholen, welches die eingelangten Stellungnahmen zu berücksichtigen hat.

(5) Die gesetzliche Interessenvertretung privater Krankenanstalten, die betroffenen Sozialversicherungsträger, sofern sie für das Einzugsgebiet der beantragten Krankenanstalt (§ 4 Abs. 1 lit. a) nach den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zuständig sind, bei selbständigen Ambulatorien die Ärztekammer für NÖ und bei Zahnambulatorien die Österreichische Zahnärztekammer haben hinsichtlich des nach § 8 Abs. 1 lit. a zu prüfenden Bedarfes Parteistellung im Sinne des § 8 AVG, BGBl. Nr. 51/1991, und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG.

...

(7) Ist der Bewerber um Bewilligung zur Errichtung eines Ambulatoriums ein Krankenversicherungsträger, sind die vorstehenden Absätze mit der Maßgabe anzuwenden, dass nur der Bedarf zu erheben ist. Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen nach § 8 Abs. 5 erster Satz zutreffen.

§ 6

(1) Kann ein Bedarf nicht ausgeschlossen werden und liegen gegen den Bewerber keine Bedenken vor, ist eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

...

§ 8

(1) Die Bewilligung zur Errichtung ist zu erteilen, wenn

a) nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen sowie 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 Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten, ein Bedarf gegeben ist;

...

(4) Zur Errichtung einer Krankenanstalt nach § 2 Abs. 1 Z. 1 bis 7 durch einen Sozialversicherungsträger bedarf es keiner Errichtungsbewilligung, soweit es sich nicht um die Errichtung eines Ambulatoriums durch einen Krankenversicherungsträger handelt (§§ 5

Abs. 6 und 6 Abs. 4). Die beabsichtigte Errichtung einer Krankenanstalt nach § 2 Abs. 1 Z. 1 durch einen Sozialversicherungsträger ist der Landesregierung anzuzeigen.

(5) Beantragt ein Krankenversicherungsträger die Bewilligung zur Errichtung eines Ambulatoriums, so ist die Bewilligung zu erteilen, wenn ein Einvernehmen zwischen dem Krankenversicherungsträger und der zuständigen öffentlich-rechtlichen Interessenvertretung der Ärzte bzw. Zahnärzte und Dentisten oder zwischen dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Ärztekammer bzw. der Österreichischen Zahnärztekammer vorliegt (§ 339 ASVG). Liegt kein Einvernehmen vor, ist die Bewilligung zur Errichtung zu erteilen, wenn der Bedarf im Sinne des § 5 Abs. 6 festgestellt ist. Die Absätze 1 und 2 sind in einem solchen Fall nicht anzuwenden. Dies gilt auch dann, wenn der Krankenversicherungsträger Dritte mit dem Betrieb eines Ambulatoriums betraut.

..."

2.2.2. In weiterer Folge wurde § 5 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 NÖ KAG durch die 26. Novelle LGBl. 9440-28 geringfügig geändert.

3.1. Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass die vorliegende Beschwerde, die sich gegen die Annahme der belangten Behörde richtet, es bestehe kein Bedarf nach der beantragten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums, zulässig ist.

3.2. Bei der Überprüfung des angefochtenen Bescheides auf seine Rechtmäßigkeit hat der Verwaltungsgerichtshof die angefochtenen Bestimmungen anzuwenden. Der Umstand, dass die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides nur § 5 und § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG angegeben hat, ändert daran nichts.

Der Verwaltungsgerichtshof übersieht nicht, dass es sich beim in Rede stehenden Ambulatorium - anders als bei den dem unter Pkt. 4.1.1. erwähnten Vorabentscheidungsersuchen zu Grunde liegenden Beschwerdefällen - nicht um ein Zahnambulatorium handelt. Isoliert betrachtet ist im Beschwerdefall die Wortfolge "bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten" in § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG ohne Bedeutung. Wegen der sprachlichen Ausgestaltung des § 5 Abs. 1 bis 3 und des § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG - letzterer regelt in einem einzigen Satz 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 § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG möglich. Dass die Erteilung einer Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt überhaupt von einem Bedarf abhängt, ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 bis 3 NÖ KAG. § 5 Abs. 1 bis 3 iVm § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG sieht für alle Krankenanstalten, deren Träger nicht ein Krankenversicherungsträger ist (vgl. § 5 Abs. 7 iVm. § 8 Abs. 5 NÖ KAG), eine Bedarfsprüfung vor, somit auch für (alle) Ambulatorien.

An den in den angefochtenen Bestimmungen umschriebenen Bedarf wird noch in weiteren Bestimmungen des NÖ KAG (vgl. zB. § 5 Abs. 4 und 5, § 8 Abs. 5) angeknüpft. Diese sind nicht Gegenstand des vorliegenden Antrages, weil sie nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im Falle der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen gegenstandslos würden.

Die angefochtenen Bestimmungen entsprechen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes zwar den Vorgaben des 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).

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

4.1.1. 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. Februar 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 angegebenen 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?"

4.1.2. 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).

4.1.3. 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."

4.1.4. 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 und für andere Ambulatorien nicht gelten sollten. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher im Folgenden davon aus, dass eine nationale 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).

4.2. 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).

4.3. Die angefochtenen Bestimmungen gleichen zum Teil beinahe wörtlich denjenigen des Oö. KAG 1997, die Gegenstand der oben wiedergegebenen Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften waren. Da weder das ÄrzteG 1998 noch das ZÄG die Errichtung und den Betrieb von Gruppenpraxen von einem Bedarf abhängig machen, folgt im Lichte des zitierten Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 10. März 2009 aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch für das in Rede stehende NÖ KAG, 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 - vorliegendenfalls das NÖ KAG - 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 bis 3 iVm.

§ 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG, entfallen wären. Nur der verbleibende Regelungstorso dürfte in einem Fall mit Gemeinschaftsbezug angewendet werden.

Für Fälle ohne Gemeinschaftsbezug - wie dem vorliegenden - ist hingegen das NÖ KAG 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. 3 iVm. § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG näher umschriebenen Bedarfs abhängig ist (auf die Bewilligungsvoraussetzungen für Ambulatorien von Krankenversicherungsträgern [vgl. § 5 Abs. 7 iVm. § 8 Abs. 5 NÖ KAG], die im Beschwerdefall vom Verwaltungsgerichtshof nicht anzuwenden sind, braucht hier nicht eingegangen zu werden).

Die Systematik und der klare Wortlaut des § 5 Abs. 1 bis 3 iVm. § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG 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 erwähnte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 2008, G 85/08).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag dafür keine sachliche Rechtfertigung zu finden.

5.1. Im Hinblick darauf, dass Teile der von den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes betroffenen Bestimmungen durch eine nachfolgende Novelle (vgl. oben unter Pkt. 2.2.2.) zum NÖ KAG eine, wenn auch geringfügige, Änderung erfahren haben, erscheint es geboten, teils die Aufhebung der für

verfassungswidrig erachteten Bestimmungen, teils die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit zu beantragen.

5.2. Wegen der sprachlichen Ausgestaltung der angefochtenen Bestimmungen hält der Verwaltungsgerichtshof eine Aufhebung derselben bzw. eine Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit in einem geringeren Umfang nicht für möglich. Selbst wenn man der Auffassung wäre, dass die angefochtenen Bestimmungen nur hinsichtlich Zahnambulatorien verfassungswidrig sind, wäre eine eingeschränkte Aufhebung bzw. Feststellung nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht möglich, weil die Feststellung der Verfassungswidrigkeit hinsichtlich der nur auf Zahnambulatorien bezogenen Wortfolge "bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten" in § 8 Abs. 1 lit. a NÖ KAG an der nach dem "verbleibenden" Text - sowohl in § 5 Abs. 3 als auch in § 8 Abs. 1 lit. a - gebotenen Bedarfsprüfung (auch für Zahnambulatorien) nichts ändern könnte.

W i e n , am 15. Dezember 2009