

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2010/0032-1

(2009/11/0075)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, in der Beschwerdesache der Ärztekammer für Kärnten in Klagenfurt, vertreten durch Dr. Gernot Murko und Mag. Christian Bauer, Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Herrengasse 6/I, gegen den Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 26. März 2009, Zl. 14-Ges-563/3/2009, betreffend Errichtungs- und Betriebsbewilligung für eine Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums (mitbeteiligte Partei: Dr. P L in K, vertreten durch Dr. Robert Mogy, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Bahnhofstraße 41), 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,

§ 9 Abs. 2 lit. a der Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999 (K-KAO), LGBL. für Kärnten Nr. 26/1999 (WV), in der Fassung LGBL. Nr. 61/2008, als verfassungswidrig aufzuheben.

### B e g r ü n d u n g

Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2005, ergänzt mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2007, beantragte der Mitbeteiligte, ein Facharzt für Allgemeinchirurgie, die Erteilung einer Bewilligung zur Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums an der Adresse seiner bisherigen chirurgischen Ordination mit im Einzelnen näher genanntem Leistungsangebot.

(14. September 2010)

Die belangte Behörde holte im Ermittlungsverfahren zur Beurteilung des Bedarfs die Stellungnahmen des Landessanitätsrates für Kärnten, der Wirtschaftskammer Kärnten und der Beschwerdeführerin ein.

Mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides erteilte die belangte Behörde dem Mitbeteiligten "gemäß § 6 Abs. 2 der Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999 (K-KAO), LGBl. Nr. 26/1999, idgF LGBl. Nr. 61/2008, die sanitätsbehördliche Errichtungsbewilligung für eine Privatkrankenanstalt/Chirurgisches Ambulatorium in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums im Sinne des § 2 Ziffer 7 K-KAO" sowie gemäß § 15 Abs. 1 K-KAO unter näher bezeichneten Bedingungen und Auflagen die sanitätsbehördliche Betriebsbewilligung. Zur Bedarfsprüfung führte die belangte Behörde begründend aus, der Mitbeteiligte habe in seinem Antrag einen überregionalen Bedarf und nicht ausschließlich einen Bedarf der Kärntner Bevölkerung angegeben. Neben einer Vielzahl kleinerer Behandlungen habe er im Jahr rund 300 nennenswerte chirurgische Eingriffe in seiner Ordination vorgenommen. Wenn auch der Bedarf für die beantragte Einrichtung zur Erbringung ambulanter operativer Leistungen für Privatpatienten in regionaler Hinsicht nicht seriös feststellbar sei, so sei der überregionale Bedarf jedenfalls gegeben. Entgegen den Stellungnahmen des Landessanitätsrates und der Beschwerdeführerin bejahte die belangte Behörde das Vorliegen eines Bedarfs.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher insbesondere vorgebracht wird, die belangte Behörde habe die Bedarfssituation mangelhaft beurteilt.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragte in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Auch der Mitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hat darauf repliziert.

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen der Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999 (K-KAO), LGBl. Nr. 26/1999 (WV), in der Fassung

LGBl. Nr. 61/2008 - die angefochtene Bestimmung ist durch Unterstreichung hervorgehoben -, lauten (auszugsweise):

§ 2

Einteilung der Krankenanstalten

Die Krankenanstalten werden eingeteilt in

1. ...

...

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, vierundzwanzig Stunden nicht überschreitende Unterbringung zur Durchführung ambulanter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen unentbehrlich ist.

...

II. Abschnitt

Errichtung und Betrieb

§ 6

Bewilligung zur Errichtung

(1) Krankenanstalten können von physischen oder juristischen Personen errichtet und betrieben werden.

(2) Die Errichtung einer Krankenanstalt bedarf der Bewilligung der Landesregierung. Anträge auf Erteilung der Bewilligung haben den Anstaltszweck (§ 2) zu bezeichnen und das in Aussicht genommene Leistungsangebot offenzulegen. Der Antragsteller hat jene Sozialversicherungsträger, für die anzunehmen ist, daß ihnen infolge ihrer voraussichtlichen Betroffenheit gemäß § 11 Abs 2 Parteistellung im Bewilligungsverfahren zukommen wird, namhaft zu machen.

(3) ...

§ 7

Inanspruchnahme von Liegenschaften

...

§ 8

Persönliche Voraussetzungen

...

§ 9

Sachliche Voraussetzungen

(1) Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt darf nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach Abs 2 und die Mindestanforderungen nach Abs 3 erfüllt werden.

(2) Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt darf nur erteilt werden, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

a) es muss nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot unter Berücksichtigung aller versorgungswirksamen Kapazitäten ein Bedarf gegeben sein;

b) der Bewerber muss das Eigentum oder ein sonstiges Recht an der für die Krankenanstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage nachweisen, das ihm die längerfristige und unbehinderte Benützung der Betriebsanlage gestattet;

c) das für die Unterbringung der Krankenanstalt vorgesehene Gebäude muß den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften entsprechen und nach seiner Lage und Beschaffenheit für die Art der vorgesehenen Krankenanstalt geeignet sein.

...

§ 10

Ansuchen

...

§ 11

Einholung von Stellungnahmen

(1) Im Verfahren zur Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt ist ein Gutachten des Landeshauptmannes einzuholen, das zum Antrag vom Standpunkt der sanitären Aufsicht Stellung nimmt. Hierbei ist der Landessanitätsrat zu hören.

(2) Im Verfahren gemäß Abs 1 haben die gesetzlichen Interessenvertretungen privater Krankenanstalten und betroffene Sozialversicherungsträger, bei selbständigen Ambulatorien auch die Ärztekammer für Kärnten, sowie bei Zahnambulatorien auch die Österreichische Zahnärztekammer hinsichtlich des zu prüfenden Bedarfes (§ 9 Abs 2 lit a) Parteistellung im Sinne des § 8 AVG und das Recht gemäß Art. 131 Abs 2 B-VG Beschwerde zu erheben."

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass die vorliegende Beschwerde, die sich vor allem gegen die Annahme der belangten Behörde richtet, es bestehe ein Bedarf an der gegenständlichen Krankenanstalt in der Betriebsform eines

selbständigen Ambulatoriums, im Hinblick auf das der Beschwerdeführerin nach § 11 Abs. 2 K-KAO ausdrücklich - hinsichtlich des nach § 9 Abs. 2 lit. a K-KAO zu prüfenden Bedarfs - eingeräumte Recht zur Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG derzeit zulässig ist.

Bei der Überprüfung des angefochtenen Bescheides auf seine Rechtmäßigkeit hat der Verwaltungsgerichtshof, da die belangte Behörde ihren Bescheid insbesondere darauf gestützt hat, dass ein Bedarf gegeben sei, die angefochtene Bestimmung anzuwenden.

Der Verwaltungsgerichtshof übersieht nicht, dass es sich beim hier in Rede stehenden Ambulatorium - anders als bei den dem hg. Vorabentscheidungsersuchen vom 22. Februar 2007, Zlen. EU 2007/11/0001, 0002-1, zu Grunde liegenden Beschwerdefällen - nicht um ein Zahnambulatorium handelt. Wegen der sprachlichen Ausgestaltung der in Rede stehenden Bestimmung, welche die Bedarfskriterien für alle Krankenanstalten unterschiedslos aufstellt, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nur eine Anfechtung der gesamten aus dem Spruch ersichtlichen Bestimmung möglich.

Gegen die angefochtene Bestimmung der K-KAO 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. 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?"

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 - i.e. im vorliegenden Fall § 9 Abs. 2 lit. a der K-KAO - entfallen wären. Nur der verbleibende Regelungstorso dürfte in einem Fall mit Gemeinschaftsbezug angewendet werden.

Für Fälle ohne Gemeinschaftsbezug - wie den vorliegenden - ist hingegen die K-KAO in ihrer Gesamtheit, also einschließlich der angefochtenen Bestimmung, 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 § 9 Abs. 2 lit. a der K-KAO umschriebenen Bedarfs abhängig ist.

Die Systematik und der klare Wortlaut der hier angefochtenen Bestimmung 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 Bestimmung, welche die Bedarfskriterien unterschiedslos für alle Krankenanstalten aufstellt, hält der Verwaltungsgerichtshof eine Aufhebung bloß von Teilen derselben nicht für möglich, selbst wenn man der Auffassung wäre, dass die angefochtene Bestimmung nur hinsichtlich Zahnambulatorien verfassungswidrig ist.

W i e n , am 14. September 2010