

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2010/0036-1

(2009/11/0160)

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 Österreichischen Zahnärztekammer in Wien, vertreten durch Dr. Christian Tschurtschenthaler, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Dr. Arthur Lemisch-Platz 7/III, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 6. November 2008, Zl. GS 4-AMB-93/002-2008, betreffend Betriebsbewilligung und Bewilligung einer Erweiterung des Anstaltszwecks eines Ambulatoriums (mitbeteiligte Partei: Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in 3100 St. Pölten, Kremser Landstraße 3), den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 und Abs. 4 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), § 5 Abs. 7 (idF. der 10. Novelle LGBl. 9440-11) und

den zweiten Satz des § 8 Abs. 5 (idF. der 3. Novelle LGBl. 9440-3),

in eventu

den vorletzten Satz des § 11 Abs. 1 (idF. der 3. Novelle LGBl. 9440-3)

als verfassungswidrig aufzuheben sowie

(14. September 2010)

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

verfassungswidrig war.

#### B e g r ü n d u n g :

1. Mit Bescheid vom 6. November 2008 erteilte die belangte Behörde der mitbeteiligten Partei zu Spruchpunkt A. die Betriebsbewilligung zur Verlegung des Zahnambulatoriums und des physikalischen Ambulatoriums St. Pölten und zu Spruchpunkt B. die Bewilligung zur Erweiterung des Anstaltszwecks des Zahnambulatoriums. Als Rechtsgrundlagen zu Spruchpunkt B. waren "§ 11 Abs. 1 lit. d i. V. m. §§ 8 und 10" des NÖ Krankenanstaltengesetzes (NÖ KAG) angegeben. In der Begründung dazu stützte sich belangte Behörde auf eine Stellungnahme des Niederösterreichischen Gesundheits- und Sozialfonds, nach der die beantragte Erweiterung des Anstaltszwecks "eine spezifische Bedarfslücke" schließen würde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich - erkennbar betreffend die Veränderung des Zahnambulatoriums - die vorliegende Beschwerde, in der die Beschwerdeführerin unter anderem vorbringt, am neuen Standort des Zahnambulatoriums sei ein Bedarf für die bewilligte Erweiterung des Anstaltszwecks nicht gegeben, da die im Umfeld ansässigen freiberuflichen Zahnärzte die Nachfrage nach den von der Erweiterung betroffenen Leistungen deckten.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Auch die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

2. Das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KaKuG), BGBl.

Nr. 1/1957, in der Fassung 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 Landeskrankenanstaltenplan 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 selbstständigen 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;

...

(4) Eine Bewilligung zum Betriebe einer Krankenanstalt darf nur erteilt werden, wenn insbesondere

...

(5) Ist der Rechtsträger der Krankenanstalt ein Krankenversicherungsträger, so bedarf es lediglich bei Ambulatorien einer Bewilligung zur Errichtung; diese ist 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 durch die Landesregierung festgestellt ist. Der erste und zweite Satz gelten auch dann, wenn der Krankenversicherungsträger Dritte mit dem Betrieb eines Ambulatoriums betraut. Die beabsichtigte Errichtung einer allgemeinen Krankenanstalt durch einen Sozialversicherungsträger ist der Landesregierung anzuzeigen. Die Bewilligung zum Betriebe der Krankenanstalt eines Sozialversicherungsträgers ist zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 4 lit. b, c und d gegeben sind.

(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 selbstständigen 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.

(7) Im behördlichen Verfahren wegen Genehmigung der Errichtung von Ambulatorien eines Krankenversicherungsträgers hat die zuständige Ärztekammer bzw. bei Zahnambulatorien die Österreichische Zahnärztekammer Parteistellung im Sinne des § 8 AVG und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG, wenn

a) über das Vorhaben des Krankenversicherungsträgers kein Einvernehmen im Sinne des § 339 ASVG zustande gekommen ist,

b) der Antrag des Krankenversicherungsträgers nicht mit einem nach § 339 ASVG erzielten Einvernehmen übereinstimmt oder

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

(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.

...

§ 4. (1) Jede geplante räumliche Veränderung ist der Landesregierung anzuzeigen. Wesentliche Veränderungen, auch der apparativen Ausstattung oder des Leistungsangebotes, bedürfen der Bewilligung der Landesregierung. Bei Fondskrankenanstalten ist die Bewilligung insbesondere nur dann zu erteilen, wenn die Vorgaben des jeweiligen Landeskrankenanstaltenplanes und die vorgesehenen Strukturqualitätskriterien erfüllt sind.

(2) Für die Erwerbung oder die Erweiterung von Ambulatorien eines Krankenversicherungsträgers sind die Bestimmungen des § 3 entsprechend anzuwenden."

Die im Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des NÖ KAG (idF. der 23. Novelle), LGBl. 9440-25, 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 Dentistenkammer 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.

(6) Der Antrag ist gemäß Abs. 2 wegen Bedenken gegen den Bewerber abzuweisen, wenn:

1. er wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung rechtskräftig verurteilt wurde und mit Rücksicht auf die Art der strafbaren Handlung angenommen werden kann, dass die Betriebsbewilligung missbraucht werden wird, oder

2. gegen ihn einmal ein Konkursverfahren oder zweimal ein Ausgleichsverfahren anhängig war.

(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.

...

(4) Die Abs. 1 bis 3 sind im Verfahren über einen Antrag eines Krankenversicherungsträgers um Bewilligung zur Errichtung eines Ambulatoriums nicht anzuwenden.

...

§ 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 niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag, 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. Dentisten oder zwischen dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Ärztekammer bzw. der Österreichischen Dentistenkammer 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.

(6) Im behördlichen Verfahren wegen Genehmigung der Errichtung von Ambulatorien eines Krankenversicherungsträgers haben die Ärztekammer für NÖ und bei Zahnambulatorien auch die Österreichische Dentistenkammer Parteistellung im Sinne des § 8 AVG, BGBl. Nr. 51/1991, und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG, wenn

a) über das Vorhaben des Krankenversicherungsträgers kein Einvernehmen im Sinne des § 339 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, in der Fassung BGBl. I Nr. 35/2001, zustande gekommen ist,

b) der Antrag des Krankenversicherungsträgers nicht mit einem nach § 339 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, in der Fassung BGBl. I Nr. 35/2001, erzielten Einvernehmen übereinstimmt oder

c) die Entscheidung der Behörde über den Inhalt des nach § 339 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, in der Fassung BGBl. I Nr. 35/2001, erzielten Einvernehmens hinausgeht.

Im übrigen haben die berührten gesetzlichen beruflichen Interessensvertretungen und die Gemeinde, in der das Ambulatorium errichtet werden soll, die Stellung eines Beteiligten.

...

## § 11

(1) Einer Bewilligung der Landesregierung bedürfen

a) eine Verlegung der Betriebsstätte der Krankenanstalt,

b) eine Veränderung der Art der Krankenanstalt (§ 2 Abs. 1 Z. 1 bis 7),

c) eine Veränderung der Bestimmung einer Sonderkrankenanstalt (§ 2 Abs. 1 Z. 2) hinsichtlich Krankheit, Altersstufe oder Zweck,

d) eine Veränderung des Aufgabenbereiches bzw. Zweckes eines selbständigen Ambulatoriums (§ 2 Abs. 1 Z. 7),

e) eine Erweiterung der Krankenanstalt durch Zu- und Umbauten, die den räumlichen Umfang der Krankenanstalt erheblich verändern,

f) das medizinische und pflegerische Leistungsangebot sowie die Schaffung neuer Abteilungen, Institute, Anstaltsambulatorien sowie von Fachschwerpunkten und Departments bzw. den Anstaltszweck erheblich beeinflussender Einrichtungen, auch wenn damit keine räumliche Erweiterung der Krankenanstalt verbunden ist,

g) die Errichtung und Veränderung von medizinischtechnischen Großgeräten laut Großgeräteplan bzw. des diesen ersetzenden Österreichischen Strukturplanes Gesundheit, ausgenommen Computertomographie-Geräte.

Im Verfahren über die Bewilligung sind die Vorschriften der §§ 4 bis 10 sinngemäß anzuwenden. Bei NÖ Fondskrankenanstalten ist die Bewilligung nur zu erteilen, wenn die Vorgaben des Österreichischen Krankenanstaltenplanes einschließlich des Großgeräteplanes, und des Landes-Krankenanstaltenplanes (§ 21a) sowie die Strukturqualitätskriterien erfüllt sind.

(2) ..."

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

3. Der Verwaltungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die vorliegende Beschwerde, die sich gegen die Annahme der belangten Behörde richtet, es bestehe ein Bedarf an der bewilligten Leistungserweiterung des Zahnambulatoriums, zulässig ist. Für die gegenständliche Veränderung (§ 11 Abs. 1 lit. d) sind nach § 11 Abs. 1

vorletzter Satz NÖ KAG die §§ 4 bis 10 leg. cit. sinngemäß anzuwenden. Dies betrifft auch § 8 Abs. 6 lit. a NÖ KAG, wonach der Beschwerdeführerin das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG zukommt, wenn über das Vorhaben des Krankenversicherungsträgers kein Einvernehmen im Sinne des § 339 ASVG erzielt wurde. Eine derartige Einigung wird von der Beschwerde ausdrücklich verneint und ist dem angefochtenen Bescheid auch nicht zu entnehmen.

Aufgrund der Verweisung des im angefochtenen Bescheid herangezogenen § 11 Abs. 1 vorletzter Satz NÖ KAG auf die §§ 4 bis 10 leg. cit. und weil die belangte Behörde ihren Bescheid auch auf eine Bedarfsprüfung stützte, hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Überprüfung des angefochtenen Bescheides auf seine Rechtmäßigkeit die angefochtenen Bestimmungen anzuwenden.

Dass die Erteilung einer Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt überhaupt von einem Bedarf abhängt, ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 bis 3 NÖ KAG. Diese Bestimmungen gelten gemäß § 5 Abs. 7 NÖ KAG auch für Ambulatorien von Krankenversicherungsträgern, wenn - wie hier - kein Einvernehmen im Sinne des § 339 ASVG vorliegt. § 8 Abs. 5 zweiter Satz NÖ KAG bindet die Errichtungsbewilligung beim Fehlen eines solchen Einvernehmens an einen Bedarf "im Sinne des § 5 Abs. 6". Da in der verwiesenen Norm aber nicht an einen Bedarf angeknüpft wird, sondern in § 5 Abs. 7 NÖ KAG (es handelt sich offensichtlich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers anlässlich der Neufassung der Absätze 5 bis 7 des § 5 NÖ KAG in der 10. Novelle LGBl. 9440-11), ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes diese Bestimmung anzufechten. Durch den im vorletzten Satz des § 11 Abs. 1 NÖ KAG enthaltenen Verweis auf die §§ 4 bis 10 leg. cit. unterliegt auch die Veränderung eines Ambulatoriums einer Bedarfsprüfung.

Eine Anfechtung der vom Verfassungsgerichtshof bereits in Prüfung gezogenen grundsatzgesetzlichen Bestimmung des § 3 Abs. 2 lit. a KaKuG, welche die Bedarfsprüfung vorgibt, ist dem Verwaltungsgerichtshof mangels Präjudizialität verwehrt (VfSlg. 15.576/1999).



4. Gegen die angefochtenen Bestimmungen des NÖ KAG 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 neidergelassene 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."

Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist eine Schlechterstellung österreichischer Staatsangehöriger 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).

Die angefochtenen Bestimmungen gleichen jenen, die Gegenstand der oben wiedergegebenen Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften waren. 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 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 selbständigen (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 entfallen wären. Nur der verbleibende Regelungstorso dürfte in einem Fall mit Gemeinschaftsbezug angewendet werden.

Für Fälle ohne Gemeinschaftsbezug - wie den 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 selbständigen (Zahn)Ambulatoriums oder im Wege des Verweises in § 11 Abs. 1 vorletzter Satz NÖ KAG die Veränderung eines (Zahn)Ambulatoriums vom

Bestehen des in den angefochtenen Bestimmungen näher umschriebenen Bedarfs abhängig ist.

Die Systematik und der klare Wortlaut des verweisenden § 11 Abs. 1 vorletzter Satz NÖ KAG sowie der verwiesenen, die Bedarfsprüfung regelnden Bestimmungen in den §§ 5 und 8 NÖ KAG stehen einer Auslegung dahin, dass auch in anderen Fällen als solchen mit Gemeinschaftsbezug die Erteilung der Errichtungsbewilligung bzw. die Bewilligung der Veränderung eines Ambulatoriums unabhängig von einem Bedarf an der Krankenanstalt oder deren Veränderung erteilt werden dürfte, entgegen. Auch die in § 11 Abs. 1 vorletzter Satz NÖ KAG enthaltene Einschränkung, dass die §§ 4 bis 10 "sinngemäß" anzuwenden seien, ändert daran nichts, weil Ergebnis der sinngemäßen Anwendung der *lege non distinguente* jedenfalls auch verwiesenen §§ 5 und 8 NÖ KAG keinesfalls darin liegen kann, dass eine Bedarfsprüfung entfällt.

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. Nicht zu übersehen ist zwar, dass die Erteilung einer Bewilligung für die Veränderung einer Krankenanstalt, und damit auch eines (Zahn)Ambulatoriums, nur deshalb von einem Bedarf abhängig ist, weil § 11 Abs. 1 vorletzter Satz NÖ KAG auf die §§ 4 bis 10 *leg. cit.* und damit auch auf die Bedarfsprüfung regelnden Bestimmungen in den §§ 5 und 8 NÖ KAG verweist. Es könnte folglich die Auffassung vertreten werden, dass einer Aufhebung der Verweisungsbestimmung im geringstmöglichen Umfang der Vorzug zu geben wäre.

Sitz der vom Verwaltungsgerichtshof erblickten Verfassungswidrigkeit infolge Inländerdiskriminierung dürften jedoch nur die angefochtenen Teile der §§ 5 und 8 NÖ KAG sein, was nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes dafür spricht, auch nur diese Teile aufzuheben bzw. deren Verfassungswidrigkeit festzustellen. Dies würde genügen, um das für verfassungswidrig erachtete Ergebnis zu beseitigen, beließe aber dem vorletzten Satz des § 11 Abs. 1 NÖ KAG einen Anwendungsbereich. Eine Aufhebung des vorletzten Satzes des § 11 Abs. 1 NÖ KAG hätte hingegen zur Folge, dass auch die nicht angefochtenen Teile der §§ 5 und 8 sowie die §§ 4, 6, 7, 9 und 10 des NÖ KAG erfasst wären und für die Bewilligung der Veränderung einer Krankenanstalt ihre Bedeutung verlören, obwohl sie von den verfassungsrechtlichen Bedenken nicht betroffen sind.

6. Im Hinblick darauf, dass Teile der von den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes betroffenen Bestimmungen durch nachfolgende Novellen 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.

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.

W i e n , am 14. September 2010