

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2010/0019-1

(2008/11/0184-6)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner sowie Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, in der Beschwerdesache des Univ. Prof. Dr. M K in W, vertreten durch Dr. Elisabeth Krainer Senger-Weiss, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Stallburggasse 4/13, gegen den Bescheid der Wiener Landesregierung vom 1. Oktober 2008, Zl. MA 40 - GR-1-11294/2005, betreffend Errichtungsbewilligung für eine private 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,

§ 4 Abs. 2 lit. a) des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 - Wr. KAG, LGBl. für Wien Nr. 23, in der Fassung der Novelle LGBl. Nr. 16/2007, als verfassungswidrig aufzuheben.

### B e g r ü n d u n g :

Mit Schriftsatz vom 1. September 2005 stellte der Beschwerdeführer den Antrag auf Erteilung einer Bewilligung zur Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums mit der Bezeichnung "Institut zur Beratung und Durchführung von Genanalysen zur Feststellung einer Prädisposition oder eines Überträgerstatus für Krebserkrankungen zu medizinischen Zwecken" mit im Einzelnen näher genanntem Leistungsangebot.

(22. Juni 2010)

Die belangte Behörde holte im Ermittlungsverfahren zur Beurteilung des Bedarfs "- unter Berücksichtigung der in § 4 Abs. 6 Wr. KAG normierten Parteistellungen - " die Stellungnahmen der Ärztekammer für Wien, der Wirtschaftskammer Wien, der Sozialversicherungsanstalt der Bauern und der Wiener Gebietskrankenkasse, ferner das Gutachten des medizinischen Amtssachverständigen vom 10. Mai 2007 samt Ergänzung vom 13. November 2007 ein.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag des Beschwerdeführers gemäß § 4 des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 - Wr. KAG, LGBl. für Wien Nr. 23/1987 "in der geltenden Fassung" ab. Zur Begründung stützte sich die belangte Behörde, ausgehend von § 4 Abs. 2 leg. cit., auf die eingeholten Stellungnahmen und insbesondere auf das medizinische Amtssachverständigengutachten. Daraus folge, dass die vom Beschwerdeführer in Aussicht genommenen Zwecke bereits in ausreichendem Maß durch bestehende Einrichtungen abgedeckt würden. Die zahlenmäßig geringen, medizinisch nicht routinemäßigen Spezialbehandlungen würden bereits jetzt in bestehenden, nach § 4 Abs. 2 lit. a Wr. KAG zu berücksichtigenden Krankenanstalten in ausreichendem Maß angeboten, eine Ausweitung in diesem Bereich sei daher nicht notwendig. Die belangte Behörde ging ferner auf die einzelnen vom Beschwerdeführer angeführten Punkte des beabsichtigten Leistungsangebots ein und führte - zusammengefasst - aus, das schon bestehende Angebot reiche aus, es gebe keine "Engpässe" oder Wartezeiten. Es müsse daher der Schluss gezogen werden, dass durch die geplante Krankenanstalt die ärztliche Versorgung in dieser medizinischen Disziplin für den im Umkreis der Krankenanstalt zu versorgenden Personenkreis nicht wesentlich erleichtert und verbessert werden könne. Der Bedarf für das Ambulatorium sei daher zu verneinen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher der Beschwerdeführer erklärt, in seinem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Erteilung der gesundheitsbehördlichen Bewilligung für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums bei

Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach den Bestimmungen des § 4 Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 verletzt zu sein, und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

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

Die Bestimmungen des § 4 und des § 5 des Wiener Krankenanstaltengesetzes - Wr. KAG, in der Fassung LGBl. Nr. 16/2007 - die angefochtene Bestimmung ist durch Unterstreichung hervorgehoben -, lauten (auszugsweise):

"...

#### B. Errichtung und Betrieb von Krankenanstalten

##### § 4

(1) Krankenanstalten bedürfen sowohl zu ihrer Errichtung als auch zu ihrem Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung. Anträge auf Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt haben den Anstaltszweck (§ 1 Abs. 3) und das vorgesehene Leistungsangebot genau zu bezeichnen.

(2) Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt im Sinne des Abs. 1 darf unbeschadet der nach sonstigen Rechtsvorschriften geltenden Erfordernisse nur unter den nach den Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft und nach den Erfordernissen für einen einwandfreien Krankenanstaltsbetrieb notwendigen Bedingungen und Auflagen und nur dann erteilt werden, wenn

a) nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem vorgesehenen 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 Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten, ein Bedarf gegeben ist;

b) das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage nachgewiesen sind;

c) das für die Unterbringung der Anstalt geplante oder bereits vorhandene Gebäude den hinsichtlich der Aufführung oder Verwendung solcher Gebäude vorgesehenen bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften entspricht;

d) gegen den Bewerber keine Bedenken bestehen.

...

(4) Im Bewilligungsverfahren nach Abs. 2 ist ein Gutachten des Landeshauptmannes einzuholen, das zu dem Antrag vom Standpunkt der sanitären Aufsicht Stellung nimmt. Handelt es sich um die Errichtung einer Krankenanstalt von besonderer sanitärer Wichtigkeit, so ist auch das Gutachten des Landessanitätsrates einzuholen.

(5) Die Errichtung einer Krankenanstalt durch einen Krankenversicherungsträger bedarf nur bei Ambulatorien der in Abs. 2 vorgesehenen Bewilligung. Die beabsichtigte Errichtung einer allgemeinen Krankenanstalt durch einen Sozialversicherungsträger ist der Landesregierung anzuzeigen.

(6) Im Bewilligungsverfahren nach Abs. 2 haben die gesetzliche Interessensvertretung privater Krankenanstalten und betroffene Sozialversicherungsträger, bei selbständigen Ambulatorien auch die Ärztekammer für Wien bzw. bei Zahnambulatorien auch die Österreichische Zahnärztekammer hinsichtlich des nach Abs. 2 lit. a zu prüfenden Bedarfs Parteistellung nach § 8 AVG und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG.

(7) Der Wiener Gesundheitsfonds oder eine an seine Stelle tretende Einrichtung ist bei bettenführenden Krankenanstalten zur Frage des Bedarfes zu hören.

#### § 5

(1) Die Bewilligung zur Errichtung eines Ambulatoriums durch einen Krankenversicherungsträger ist in Abweichung von § 4 Abs. 2 lit. a zu erteilen, wenn eine Einvernehmen zwischen dem Krankenversicherungsträger und der zuständigen öffentlichrechtlichen 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.

(1a) Abs. 1 gilt auch dann, wenn der Krankenversicherungsträger Dritte mit dem Betrieb eines Ambulatoriums betraut.

(2) Im Verfahren zur Erteilung der Bewilligung zur Errichtung von Ambulatorien eines Krankenversicherungsträgers haben die Ärztekammer für Wien bzw. bei Zahnambulatorien die Österreichische Zahnärztekammer Parteistellung nach § 8 AVG und das Recht der Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG, wenn

..."

Diese Bestimmungen stehen seit der genannten Novelle unverändert in Geltung.

Bei Behandlung des vorliegenden Beschwerdefalles sind beim Verwaltungsgerichtshof gegen die im Spruch genannte Bestimmung des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 (in der angegebenen Fassung) 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 an der gegenständlichen 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 insbesondere darauf gestützt hat, dass kein Bedarf gegeben sei, die angefochtene Bestimmung (in der angegebenen Fassung) 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 sind im Beschwerdefall auf Zahnambulatorien bezügliche Wendungen ohne Bedeutung. Wegen der sprachlichen Ausgestaltung der in Rede stehenden Bestimmung, welche zunächst die Bedarfskriterien für alle Krankenanstalten, anschließend die zusätzlichen Kriterien für Ambulatorien, dann aber auch diejenigen für Zahnambulatorien aufstellt, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nur eine Anfechtung der gesamten aus dem Spruch ersichtlichen Bestimmung möglich.

Die angefochtene Bestimmung entspricht 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 angefochtene Bestimmung des Wr. KAG 1987 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 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



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

Für Fälle ohne Gemeinschaftsbezug - wie dem vorliegenden - ist hingegen das Wr. KAG 1987 in seiner 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 § 4 Abs. 2 lit. a des Wr. KAG 1987 umschriebenen Bedarfs abhängig ist.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass zwar auch in § 5 Abs. 1 letzter Satz 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 nicht anzuwenden.

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 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 sind, wäre eine eingeschränkte Aufhebung nicht möglich, weil die Aufhebung der nur auf Zahnambulatorien bezogenen Wortfolge an der nach dem verbleibenden Text gebotenen Bedarfsprüfung (auch für Zahnambulatorien) nichts ändern könnte.

W i e n , am 22. Juni 2010