

# TE Vwgh Beschluss 2022/9/27 Ra 2021/11/0160

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.09.2022

## Index

Auswertung in Arbeit!

## Norm

Auswertung in Arbeit!

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick und die Hofrätinnen Dr. Pollak, Mag. Hainz-Sator und MMag. Ginhör sowie den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision der Ärztekammer für Wien, vertreten durch die Polak & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1060 Wien, Getreidemarkt 1, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 27. Juli 2021, Zlen. VGW-106/078/8092/2021-8, VGW-106/078/10083/2021, betreffend Errichtungsbewilligung für ein selbständiges Ambulatorium (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Wiener Landesregierung; mitbeteiligte Partei: I GmbH in W, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Schuberting 6), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die Revisionsbeantwortung der Österreichischen Gesundheitskasse samt deren Kostenbegehren sowie die Revisionsbeantwortung der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen werden zurückgewiesen.

## Begründung

1 1.1. Mit Bescheid vom 22. April 2021 erteilte die belangte Behörde der Mitbeteiligten gemäß § 5 Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 - Wr. KAG unter Auflagen die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt mit dem Anstaltszweck eines selbständigen Ambulatoriums für Labordiagnostik zur Durchführung von Tests und Analysen zum Nachweis von SARS-CoV-2-Erregern und -Antikörpern an einem bestimmten Standort in Wien. Unter einem schloss die belangte Behörde die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde aus.

2 Aus dem Bescheid ergibt sich das beantragte Leistungsspektrum, welches die Gewinnung von Probenmaterial für die Durchführung von PCR-Tests, Antigen-Tests und Antikörper-Tests, die Durchführung von Laboruntersuchungen und Labordiagnostik anhand des selbst gewonnenen oder von Dritten übermittelten Probenmaterials sowie die Erstellung von Befunden und die Auswertung von Befundergebnissen umfasse.

3 Aus der Bescheidbegründung geht auch hervor, dass die Revisionswerberin zur Frage, ob es sich beim beantragten Leistungsangebot um ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen handelt, gehört wurde und dazu Stellungnahmen abgab.

4 In der Sache führte die belangte Behörde aus, bei Testungen auf das Vorliegen einer anzeigepflichtigen Krankheit im Sinn des Epidemiegesetzes 1950, wie im vorliegenden Fall SARS-CoV-2, handle es sich um keine Krankenbehandlung iSd. § 120 Z 1 ASVG, sodass der Versicherungsfall der Krankheit nicht eintrete. Ebenso wenig sei die bloße Gewinnung von Probenmaterial und dessen Auswertung bzw. Befundung eine Krankenbehandlung. Mangels Versicherungsfalls iSd. ASVG seien die genannten Leistungen sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähig. Dies ergebe sich auch aus § 742 Abs. 2 ASVG, da die Kosten der von den Krankenversicherungsträgern ausbezahlten Honorare nicht aus Sozialversicherungsbeiträgen finanziert, sondern vollumfänglich aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds getragen würden. Gemäß § 5 Abs. 4 Wr. KAG sei daher keine Bedarfsprüfung durchzuführen gewesen.

5 1.2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien die dagegen erhobene Beschwerde der Revisionswerberin „als unbegründet ab“ und „bestätigte“ den angefochtenen Bescheid. Unter einem sprach es aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

6 Das Verwaltungsgericht führte, nach Wiedergabe des Verfahrensgangs und der maßgeblichen Rechtsvorschriften, aus, gemäß § 5 Abs. 4 und 8 Wr. KAG komme der Revisionswerberin im Verfahren zur Errichtungsbewilligung für ein selbständiges Ambulatorium Parteistellung und Beschwerdeberechtigung zu, sofern nach dem vorgesehenen Leistungsangebot nicht ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht würden. Die Revisionswerberin habe eine (eingeschränkte) Parteistellung zur Frage, ob das Leistungsspektrum des selbständigen Ambulatoriums ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen umfasse, und im Rahmen dieser (eingeschränkten) Parteistellung auch das Recht zur Erhebung einer Beschwerde (Hinweis auf VwGH 15.6.2018, Ro 2017/11/0006).

7 Entscheidungswesentlich sei die Frage, ob es sich bei den vom geplanten Ambulatorium der mitbeteiligten Partei angebotenen COVID-19-Tests um sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen handle.

8 Bei Personen, die keine Symptome aufwiesen, liege eine Krankheit iSd. § 120 Abs. 1 ASVG - ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung erforderlich mache - nicht vor. Schon aus diesem Grund bestehe keine Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers bzw. der Versicherungsanstalt für die Durchführung von COVID-19-Tests oder zum Kostenersatz für solche Tests bei asymptomatischen Personen. Hinsichtlich dieser Personengruppe handle es sich daher jedenfalls nicht um sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen.

9 Für symptomatische Personen enthalte § 742 ASVG eine Sonderregelung, nach der im niedergelassenen Bereich Vertragsärzte, Vertragsgruppenpraxen und selbständige Vertragsambulatorien für Labormedizin für die Dauer der durch die WHO ausgerufenen COVID-19-Pandemie unter den in einer Verordnung genannten Voraussetzungen berechtigt seien, COVID-19-Tests durchzuführen. Die Kosten für diese Leistung würden über die Krankenversicherungsträger abgerechnet, wobei die tatsächlich aufgelaufenen Kosten diesen aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds ersetzt würden. Aus dieser Sonderregelung ergebe sich, dass es sich bei COVID-19-Tests auch bei symptomatischen Personen nicht um eine im Rahmen des Versicherungsfalls der Krankheit zu erbringende Versicherungsleistung handle. Die Kosten für durch Wahlärzte durchgeführte COVID-19-Tests seien den Versicherten auch nicht von der Sozialversicherung zu erstatten. Dies ergebe sich auch aus der Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit nach § 742 ASVG auf Vertragspartner.

10 Dass es sich um keine Versicherungsleistung handle, ergebe sich auch daraus, dass eine eigene gesetzliche Bestimmung für die Berechtigung zur Leistungserbringung durch die Vertragseinrichtungen sonst nicht erforderlich wäre, und dass nach den Gesetzesmaterialien die Versicherungsträger bei der Durchführung des § 742 ASVG im übertragenen Wirkungsbereich tätig würden. COVID-19-Tests seien daher keine sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähigen Leistungen.

11 Daran ändere auch nichts, dass die Kosten auch für symptomatische Personen von der öffentlichen Hand getragen würden, da § 5 Abs. 4 Wr. KAG nicht auf die Kostentragung, sondern auf die sozialversicherungsrechtliche Erstattungsfähigkeit abstelle, mit anderen Worten darauf, „ob die Kosten einer Leistung (zumindest teilweise) dem Versicherten von der Sozialversicherung zu erstatten seien“, was bei COVID-19-Tests eben nicht der Fall sei.

12 Wenn die Revisionswerberin damit argumentiere, dass PCR-Tests für Hepatitis C sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen seien, sei ihr zu entgegen, dass das Leistungsspektrum des Ambulatoriums ausschließlich PCR-Tests für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 umfasse.

13 Da das Leistungsspektrum des selbständigen Ambulatoriums der mitbeteiligten Partei ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen umfasse, sei gemäß § 5 Abs. 4 Wr. KAG keine Bedarfsprüfung durchzuführen. Die Revisionswerberin habe daher kein Mitspracherecht im Verfahren zur Erteilung der Errichtungsbewilligung, weswegen die Beschwerde „abzuweisen“ gewesen sei.

14 Soweit sich die Beschwerde gegen den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung richte, sei diese durch die Entscheidung in der Hauptsache gegenstandslos geworden.

15 1.3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende (außerordentliche) Revision.

16 Der Verwaltungsgerichtshof hat das Vorverfahren durchgeführt, in welchem die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei eine Revisionsbeantwortung erstatteten.

17 2.1.1. § 5 des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 - Wr. KAG, LGBl. Nr. 23/1987 in der hier maßgeblichen Fassung LGBl. Nr. 49/2019, lautet (auszugsweise):

„Errichtung von selbständigen Ambulatorien

§ 5. (1) Selbständige Ambulatorien bedürfen, sofern § 64i nicht anderes bestimmt, sowohl zu ihrer Errichtung als auch zu ihrem Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung. Anträge auf Erteilung der Bewilligung zur Errichtung haben den Anstaltszweck und das in Aussicht genommene Leistungsangebot (Leistungsspektrum, Öffnungszeiten unter Berücksichtigung von Tagesrand- und Nachtzeiten, Sams-, Sonn- und Feiertagen sowie Leistungsvolumen einschließlich vorgesehener Personalausstattung, insbesondere vorgesehener Anzahl und vorgesehener Beschäftigungsausmaß von Ärztinnen und Ärzten bzw. Zahnärztinnen und Zahnärzten unter Angabe der Berufsberechtigung und vorgesehener Anzahl von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe) genau zu bezeichnen. Eine Vorabfeststellung zu den Voraussetzungen des Abs. 3 ist zulässig.

(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 insbesondere

1. 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 auch im Hinblick auf das Versorgungsangebot durch Ambulanzen der genannten Krankenanstalten und kasseneigene Einrichtungen, niedergelassene Ärztinnen und Ärzte, Gruppenpraxen und selbständige Ambulatorien, soweit sie sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen, bei selbständigen Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Zahnärztinnen, Zahnärzte, Dentistinnen, Dentisten und zahnärztliche Gruppenpraxen, soweit sie sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen,

a) zur Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen Gesundheitsversorgung und

b) zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit

eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet erreicht werden kann,

...

(3) Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet erreicht werden kann, sind ausgehend von den Ergebnissen der Planungen des jeweiligen RSG folgende Kriterien zu berücksichtigen:

...

(3a) Wenn der verfahrensgegenständliche Leistungsumfang in den Verordnungen gemäß § 23 des Bundesgesetzes zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit (Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz - G-ZG), BGBl. I Nr. 26/2017 in der Fassung BGBl. I Nr. 131/2017, oder § 5a Abs. 1 geregelt ist, ist hinsichtlich des Bedarfs die Übereinstimmung des

Vorhabens mit diesen Verordnungen zu prüfen. Die Entscheidung über die Plankonformität des Vorhabens hat mittels Feststellungsbescheid zu erfolgen. Ist das Vorhaben nicht in den genannten Verordnungen geregelt, ist Abs. 3 sinngemäß anzuwenden.

(4) Die Landesregierung hat von einer Prüfung nach Abs. 2 Z 1 in Verbindung mit Abs. 3 abzusehen, wenn nach dem vorgesehenen Leistungsangebot im selbständigen Ambulatorium ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden sollen. Die betroffenen Sozialversicherungsträger und die Ärztekammer für Wien sind zur Frage, ob es sich beim Leistungsangebot um ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen handelt, zu hören. Darüber hinaus ist von der Prüfung des Bedarfes abzusehen, wenn bereits eine Errichtungsbewilligung erteilt wurde und die Verlegung des Standortes innerhalb desselben Einzugsgebietes erfolgt.

...

(8) In Verfahren zur Erteilung der Bewilligung zur Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums - ausgenommen im Fall des Abs. 4 - haben betroffene Sozialversicherungsträger, die gesetzliche Interessenvertretung privater Krankenanstalten und die Ärztekammer für Wien bzw. bei selbständigen Zahnambulatorien die Österreichische Zahnärztekammer hinsichtlich des Bedarfs Parteistellung im Sinne des § 8 AVG und das Recht der Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien gemäß Art. 132 Abs. 5 B-VG und gegen Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Wien das Recht der Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 1 B-VG. Dies gilt auch für Verfahren zur Vorabfeststellung zu den Voraussetzungen des Abs. 3.

...“

18 2.1.2.1. Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955, in der Fassung BGBl. I Nr. 35/2021, lautet (auszugsweise):

„Erstattung von Kosten der Krankenbehandlung

§ 131. (1) Nimmt der/die Anspruchsberechtigte nicht die Vertragspartner (§ 338), die eigenen Einrichtungen oder Vertragseinrichtungen des Versicherungsträgers zur Erbringung der Sachleistungen der Krankenbehandlung (ärztliche Hilfe, Heilmittel, Heilbehelfe) in Anspruch, so gebührt ihm der Ersatz der Kosten dieser Krankenbehandlung im Ausmaß von 80% des Betrages, der bei Inanspruchnahme der entsprechenden Vertragspartner des Versicherungsträgers von diesem aufzuwenden gewesen wäre. Abweichend davon ist zur Gewährleistung einer bundesweit einheitlichen Kostenerstattung bei ärztlicher Hilfe in der Satzung die Höhe der Kostenerstattung unter Bedachtnahme auf die in den Honorarordnungen festgelegten Grundvergütungen und Zuschläge festzusetzen. Wird die Vergütung für die Tätigkeit des entsprechenden Vertragspartners nicht nach den erbrachten Einzelleistungen oder nicht nach Fallpauschalen, wenn diese einer erbrachten Einzelleistung gleichkommen, bestimmt, so hat die Satzung des Versicherungsträgers Pauschbeträge für die Kostenerstattung festzusetzen.

...

COVID-19-Test im niedergelassenen Bereich

§ 742. (1) Die im niedergelassenen Bereich tätigen Vertragsärztinnen und Vertragsärzte bzw. Vertragsgruppenpraxen sowie die selbständigen Vertragsambulatorien für Labormedizin sind für die Dauer der durch die WHO ausgerufenen COVID-19-Pandemie unter den in der Verordnung nach Abs. 3 genannten Voraussetzungen berechtigt, Tests für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 (COVID-19-Test) durchzuführen.

(2) Der Krankenversicherungsträger hat für die Durchführung eines COVID-19-Tests nach Abs. 1 für die Probenentnahme samt Material bzw. für die Auswertung der Probe sowie für die jeweilige Dokumentation jeweils ein pauschales Honorar zu bezahlen. Zuzahlungen der Patientinnen und Patienten sind unzulässig. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die ausgewiesenen tatsächlichen Kosten für diese Honorare aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

(3) Nähere Bestimmungen über die Durchführung von COVID-19-Tests im genannten Bereich, insbesondere über die konkreten Voraussetzungen, die Art der Tests, sowie die Höhe der Honorare für die erbrachten Leistungen nach Abs. 2 sind durch Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz festzulegen.“

19 § 742a ASVG in der Fassung BGBl. I Nr. 114/2021 lautete (die Bestimmung ist gemäß § 751 Abs. 2 ASVG iVm. § 1 der Verordnung BGBl. II Nr. 605/2021 mit 31. März 2022 außer Kraft getreten):

„COVID-19-Tests von asymptomatischen Personen

§ 742a. (1) Die öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken sind für die Dauer der durch die WHO ausgerufenen COVID-19-Pandemie berechtigt, Tests für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 (COVID-19-Test) durchzuführen. Ein Test ist zulässig, sofern bei der betreffenden Person keine Symptome vorliegen, die eine Infektion mit SARS-CoV-2 vermuten lassen.

(2) Der Krankenversicherungsträger hat für die Durchführung eines COVID-19-Tests nach Abs. 1 für die Probenentnahme samt Material, die Auswertung der Probe, die Dokumentation sowie die Ausstellung eines Ergebnisnachweises ein pauschales Honorar in Höhe von 25 Euro zu bezahlen. Zuzahlungen der zu testenden Personen sind unzulässig. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

(2a) Für die im niedergelassenen Bereich tätigen Vertragsärztinnen und Vertragsärzte bzw. Vertragsgruppenpraxen sowie die Vertragsambulatorien gelten die Abs. 1 und 2 mit der Maßgabe, dass der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zunächst durch Verordnung nähere Bestimmungen über die konkreten Voraussetzungen, insbesondere hinsichtlich der elektronischen Meldung, festzulegen hat. Diese Verordnung darf rückwirkend in Kraft treten.

(3) Der Krankenversicherungsträger ist im übertragenen Wirkungsbereich unter Bindung an die Weisungen des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz tätig.“

20 2.1.2.2. In den Gesetzesmaterialien zur ASVG-Novelle BGBl. I Nr. 105/2020, mit welcher § 742 ASVG erlassen wurde, wird Folgendes ausgeführt (AB 371 BlgNR XXVII. GP 2):

„Die Bestimmungen der §§ 742 ASVG, 380 GSVG, 374 BSVG und 261 B-KUVG sehen vor, dass die im niedergelassenen Bereich tätigen Vertragsärztinnen und Vertragsärzte bzw. Vertragsgruppenpraxen sowie die selbständigen Ambulatorien für Labormedizin unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sind, Tests für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 (COVID-19-Test) durchzuführen.

Die Probenentnahme kann durch die niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte für Allgemeinmedizin sowie durch Fachärztinnen und Fachärzte vorgenommen werden. Die Auswertung der Probe kann entsprechend den berufsrechtlichen Bestimmungen (Sonderfachbeschränkung) ausschließlich durch Labormediziner/innen, Mikrobiologen-Hygieniker/innen sowie Pathologinnen und Pathologen vorgenommen werden.

Nähere Bestimmungen über die Voraussetzungen für die Durchführung von COVID-19-Tests im genannten Bereich, die Art der Tests (zB mittels Abstrich oder in Form einer Spülprobe) sind durch Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz nach den §§ 742 Abs. 3 ASVG, 380 Abs. 3 GSVG, 374 Abs. 3 BSVG bzw. § 261 Abs. 3 B-KUVG festzulegen.

Der Krankenversicherungsträger hat für die Durchführung eines COVID-19-Tests für die Probenentnahme sowie für die Dokumentation bzw. für die Auswertung der Probe ein pauschales Honorar zu bezahlen. In dem Honorar sind die für die Durchführung der Untersuchung benötigten Materialien bereits enthalten.

Auch für die COVID-19-Tests wird gesetzlich vorgesehen, dass der Bund dem jeweiligen Krankenversicherungsträger die ausgewiesenen tatsächlichen Kosten für die zu leistenden Honorare aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen hat.“

21 Zu § 742 ASVG beschloss der Gesundheitsausschuss folgende Feststellung (AB 371 BlgNR XXVII. GP 3):

„In § 742 ASVG (und Parallelbestimmungen) wird die Verrechenbarkeit von Covid-19-Tests im niedergelassenen Bereich im Wege der Krankenversicherungsträger im übertragenen Wirkungsbereich gegen Kostenersatz durch den Bund und zu einem durch Verordnung festgesetzten Pauschaltarif eingeführt.

...“

22 2.1.3. Die auf Grundlage des § 742 Abs. 3 ASVG (und Parallelbestimmungen) erlassene Verordnung betreffend nähere Bestimmungen über die Durchführung von COVID-19-Tests im niedergelassenen Bereich, BGBl. II Nr. 453/2020, in der Fassung BGBl. II Nr. 290/2021 (im Folgenden: COVID-19-Tests-Verordnung), lautet (auszugsweise):

„Konkrete Voraussetzungen für die Durchführung von COVID-19-Tests

§ 1. (1) Im niedergelassenen Bereich können die nach den Bundesgesetzen krankenversicherten Personen bzw. die anspruchsberechtigten Angehörigen im Falle des klinischen Verdachts des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 nach Maßgabe dieser Verordnung getestet werden. Ein Test ist zulässig, sofern bei der betreffenden Person Symptome vorliegen, die eine Infektion mit SARS-CoV-2 vermuten lassen.

...

Art der zu verwendenden Tests

§ 2. (1) Für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 sind ausschließlich folgende Tests zu verwenden:

1. PCR zum direkten Erregernachweis (PCR-Test);
2. Antigen Test Point of Care Schnelltest (Antigentest).

...

Höhe der Honorare

§ 3. (1) Für das Material, die Probenentnahmen, die Auswertung eines Antigentests, die dazugehörige Dokumentation sowie das therapeutische Gespräch zwischen Ärztin/Arzt und Patient/in hat der Krankenversicherungsträger eine Fallpauschale in Höhe von insgesamt 25 Euro zu bezahlen. Die Durchführung eines Antigentests sowie die zusätzliche Probenentnahme für einen allenfalls erforderlichen PCR-Test zählt dabei insgesamt als eine Testung.

(2) Für die laboranalytische Auswertung eines PCR-Tests inklusive des verwendeten Materials, sowie die dazugehörige Dokumentation hat der Krankenversicherungsträger eine Fallpauschale in Höhe von 50 Euro zu bezahlen.

...“

23 2.2.1. Vorauszuschicken ist, dass weder die belangte Behörde noch irgendein Beteiligter im Bewilligungsverfahren davon ausgegangen ist, dass der verfahrensgegenständliche Leistungsumfang in einer Verordnung gemäß § 23 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz geregelt wäre und daher für die Bedarfsfrage § 5 Abs. 3a Wr. KAG zur Anwendung käme.

24 2.2.2. Die Revisionswerberin (Ärztammer für Wien) gründet ihre Revisionslegitimation darauf, dass sie in ihrem prozessualen Recht, die Durchführung einer Bedarfsprüfung durchzusetzen, und damit in ihrem Recht auf Parteistellung als Formalpartei verletzt sei. Sie stützt diese Auffassung (ebenso wie das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis) auf das hg. Erkenntnis vom 15. Juni 2018, Ro 2017/11/0006.

25 Mit diesem Erkenntnis hob der Verwaltungsgerichtshof ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf, mit welchem das Verwaltungsgericht durch Bestätigung eines feststellenden Bescheides der belangten Behörde die Parteistellung der Österreichischen Zahnärztekammer in einem Verfahren zur Errichtung eines privaten Zahnambulatoriums verneint (und deren Antrag auf Zustellung des Errichtungsbewilligungsbescheides zurückgewiesen) hatte, weil es davon ausgegangen war, dass (aus unionsrechtlichen Gründen) keine Bedarfsprüfung durchzuführen gewesen wäre. Gegenstand jenes Revisionsverfahrens war somit ausschließlich die Frage der Parteistellung der Österreichischen Zahnärztekammer in einem Errichtungsbewilligungsverfahren. Der Verwaltungsgerichtshof führte aus, dass sich die Revisionslegitimation der revisionswerbenden Österreichischen Zahnärztekammer als Formalpartei in einem solchen Verfahren, welche die Verletzung eines eigenen prozessualen Rechts, nämlich der Stellung als Formalpartei im Errichtungsbewilligungsverfahren, geltend macht, aus Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG ergibt (VwGH Ro 2017/11/0006, Rn. 22).

26 2.2.3.1. Im Unterschied dazu war im vorliegenden Revisionsfall Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht nicht die Frage der Parteistellung der revisionswerbenden Ärztekammer für Wien im Errichtungsbewilligungsverfahren, sondern die Errichtungsbewilligung selbst.

27 Die Revisionswerberin könnte ihre Revisionslegitimation somit ausschließlich auf Art. 133 Abs. 8 B-VG iVm. § 5 Abs. 8 Wr. KAG stützen, wonach im Errichtungsbewilligungsverfahren für ein selbständiges Ambulatorium u.a. die Ärztekammer für Wien hinsichtlich des Bedarfs Parteistellung iSd. § 8 AVG und das Recht der Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien sowie gegen Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Verwaltungsgerichts das Recht der Revision an den Verwaltungsgerichtshof hat. Diese Parteistellung bzw. Beschwerde- und Revisionslegitimation bestehen allerdings „ausgenommen im Fall des Abs. 4“, also nicht in jenen Fällen, in welchen von einer Bedarfsprüfung abzusehen ist, weil nach dem vorgesehenen Leistungsangebot im selbständigen Ambulatorium ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden sollen.

28 Die Berechtigung der Revisionswerberin zur Erhebung der vorliegenden Revision setzt demnach voraus, dass im geplanten selbständigen Ambulatorium der Mitbeteiligten nicht ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden sollen, sodass gemäß § 5 Abs. 4 Wr. KAG nicht von einer Bedarfsprüfung abzusehen war.

29 2.2.3.2. Die Revisionswerberin bringt dazu vor, es komme entgegen der Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtes nicht darauf an, dass die Kosten für die Durchführung von COVID-19-Tests nicht aus Sozialversicherungsbeiträgen gedeckt, sondern vom Bund getragen würden, weil alle Leistungen der Sozialversicherung teilweise vom Bund refinanziert würden (Hinweis u.a. auf das Gesundheits- und Sozialbereichs-Beihilfengesetz). Entscheidend sei vielmehr, dass eine Kostentragung aus „öffentlichen Geldern“ erfolge. Es komme auch nicht darauf an, ob die Erstattung gesamtvertraglich geregelt sei. Vielmehr sei nach näher genannter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entscheidend, ob die Leistungen in abstracto erstattungsfähig seien. Daher sei es auch irrelevant, ob Wahleinrichtungen durch § 742 ASVG und die COVID-19-Tests-Verordnung von einer Erstattung ausgeschlossen seien. Maßgeblich sei vielmehr, ob die gegenständlichen Leistungen nach dem ASVG erstattungsfähig seien, was auch bei Vorabklärungen wie bei COVID-19-Tests, selbst ohne Vorliegen von Symptomen, der Fall sei. Schließlich gehe das Verwaltungsgericht zu Unrecht davon aus, dass die Krankenversicherungsträger bei der Erstattung in Durchführung des § 742 ASVG im übertragenen Wirkungsbereich handelten, weil mangels der von Art. 120b Abs. 2 B-VG geforderten ausdrücklichen Bezeichnung die Versicherungsträger die Erstattung im eigenen Wirkungsbereich vornähmen.

30 Dieses Vorbringen ist nicht zielführend:

31 2.2.3.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 26. März 2015, 2013/11/0242, ausgeführt, dass die Frage, ob eine „sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistung“ (im Sinn des mit § 5 Abs. 4 Wr. KAG insoweit übereinstimmenden Salzburger Krankenanstaltengesetzes 2000 - SKAG) vorliegt, danach zu beurteilen ist, ob es sich ausschließlich um Leistungen handelt, „die - generell (mit den Worten der belangten Behörde: grundsätzlich) - sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähig sind“. Dies wurde im zitierten Erkenntnis abgesehen vom Gesetzeswortlaut und den Gesetzesmaterialien mit dem Zweck der in Rede stehenden Bedarfsprüfung begründet, der nach den grundsatzgesetzlichen Bestimmungen des KAKuG darin liegt, dass ein neuer Anbieter medizinischer Leistungen in Form einer Krankenanstalt erst auf den Markt treten soll, wenn das mit öffentlichen Mitteln (insbesondere im Wege der Sozialversicherung) finanzierte Leistungsangebot ausgelastet ist. Daraus folgt umgekehrt, dass eine Bedarfsprüfung eines neuen Leistungsanbieters unterbleiben kann, wenn es um medizinische Leistungen geht, die von bestehenden Anbietern ohnehin nicht unter Verwendung öffentlicher Mittel angeboten werden, weil in diesem Fall ein Schutz öffentlich finanzierter medizinischer Leistungen von vornherein nicht in Betracht kommt.

32 Der Verwaltungsgerichtshof bejahte daher in jenem Verfahren die Notwendigkeit einer Bedarfsprüfung für ein selbständiges Ambulatorium für Herzkatheteruntersuchungen, weil diese in den beiden öffentlichen Krankenanstalten Salzburgs durch die Krankenversicherungsträger (durch deren Beiträge für die Krankenanstaltenfinanzierung) finanziert wurden.

33 Diese Judikaturlinie wurde in den hg. Erkenntnissen vom 13. Dezember 2018, Ro 2017/11/0009 (zum SKAG), und vom 7. April 2022, Ra 2018/11/0175 (zum Steiermärkischen Krankenanstaltengesetz 2012), bestätigt, in welchen der Verwaltungsgerichtshof jeweils das Vorliegen von sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähigen Leistungen in Bezug auf PET-MR- bzw. MR-Leistungen verneinte (und die Notwendigkeit einer Bedarfsprüfung damit bejahte), obwohl diese Leistungen mangels Aufnahme der jeweils geplanten Geräte in den Großgeräteplan nicht gemäß § 131 ASVG erstattungsfähig gewesen wären.

34 2.2.3.4. Im Revisionsfall sind neben dieser Rechtsprechung jedoch die Sonderbestimmungen der §§ 742 und 742a ASVG zu beachten. § 742 ASVG enthält u.a. eine Regelung betreffend die Kostentragung für das vorgesehene Leistungsspektrum des gegenständlichen Ambulatoriums (Durchführung von COVID-19-Tests). Gemäß § 742 Abs. 2 ASVG haben die Krankenversicherungsträger für die Durchführung eines COVID-19-Tests (Probenentnahme samt Material, Auswertung der Probe und Dokumentation) den im niedergelassenen Bereich tätigen Vertragsärzten und den selbständigen Vertragsambulatorien für Labormedizin für die Dauer der durch die WHO ausgerufenen COVID-19-Pandemie ein pauschales Honorar zu bezahlen, dessen Höhe in § 3 COVID-19-Tests-Verordnung festgelegt ist. Den Krankenversicherungsträgern sind die durch diese Honorare entstandenen tatsächlichen Kosten gemäß § 742 Abs. 2 letzter Satz ASVG vom Bund aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

3 5 § 742 ASVG regelt die Durchführung und Kostentragung von COVID-19-Tests im niedergelassenen Bereich bei symptomatischen Personen (vgl. § 1 Abs. 1 COVID-19-Tests-Verordnung). § 742a ASVG enthielt im Entscheidungszeitpunkt des Verwaltungsgerichts eine vergleichbare Regelung für die Testung von asymptomatischen Personen durch öffentliche Apotheken, ärztliche Hausapotheken, Vertragsärzte, Vertragsgruppenpraxen und Vertragsambulatorien, welche ebenfalls einen Ersatz der dem Krankenversicherungsträger daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds vorsah.

36 Die Kosten der Durchführung von COVID-19-Tests, wie sie im selbständigen Ambulatorium der Mitbeteiligten erbracht werden sollen, werden vom Bund aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds, also aus allgemeinen Budgetmitteln (vgl. § 2 COVID-19-FondsG, BGBl. I Nr. 12/2020) und nicht aus Mitteln der Sozialversicherung getragen. Es handelt sich bei dieser Kostenübernahme auch nicht um einen Beitrag des Bundes zu den Mitteln der Sozialversicherung oder um eine Beihilfe aus Bundesmitteln. Vielmehr trägt der Bund für die Dauer der COVID-19-Pandemie (zur Gänze) die ihrer Höhe nach verordnungsmäßig bzw. im Gesetz festgelegten Kosten für die Durchführung von COVID-19-Tests insbesondere durch Vertragsärzte und Vertragsambulatorien. Die Krankversicherungsträger fungieren für diesen begrenzten Zeitraum aus verwaltungsökonomischen Gründen als eine Art „Kostenstelle“ für die Bezahlung der Honorare an die Vertragseinrichtungen durch den Bund (vgl. die oben wiedergegebene Ausschussfeststellung: „Verrechenbarkeit von Covid-19-Tests im niedergelassenen Bereich im Wege der Krankenversicherungsträger ... gegen Kostenersatz durch den Bund“). Dies ist deshalb von Bedeutung, weil § 5 Abs. 4 Wr. KAG mit der Wendung „sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen“ nicht auf eine Finanzierung aus (irgendwelchen) öffentlichen Mitteln, sondern auf eine solche aus Mitteln der Sozialversicherung abstellt.

37 Im vorliegenden Fall kommt es angesichts der besonderen Kostentragungsregelung des § 742 bzw. § 742a ASVG entgegen dem Revisionsvorbringen nicht darauf an, ob die Durchführung von COVID-19-Tests nach § 131 ASVG allein betrachtet erstattungsfähig wäre.

38 2.2.3.5. Das Verwaltungsgericht ist daher im Revisionsfall im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass bei dem in Aussicht genommenen Leistungsspektrum des gegenständlichen Ambulatoriums (Durchführung von COVID-19-Tests) im Errichtungsbewilligungsverfahren gemäß § 5 Abs. 4 Wr. KAG von einer Bedarfsprüfung abzusehen war.

39 2.2.3.6. Die Revisionswerberin war folglich gemäß § 5 Abs. 8 Wr. KAG nicht Partei des Errichtungsbewilligungsverfahrens und weder beschwerdeberechtigt (ihre Beschwerde hätte daher durch Beschluss zurückgewiesen werden müssen) noch revisionsberechtigt.

40 2.4. Die Revision war daher in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG mangels Berechtigung zu ihrer Erhebung zurückzuweisen.

41 2.5. Die Stellung der Österreichischen Gesundheitskasse und der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen ist im Verfahren zur Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums gemäß § 5 Abs. 8 Wr. KAG, und zwar nur hinsichtlich des Bedarfs, die einer Formalpartei. Als solche sind sie, soweit es nicht um ihre Stellung als Formalpartei geht (was hier nicht der Fall war), im Errichtungsbewilligungsverfahren nicht Träger subjektiv-öffentlicher Rechte, weshalb ihnen auch nicht die Stellung als Mitbeteiligte im Sinne des § 21 Abs. 1 VwGG zukommt. Der Umstand, dass die genannten Versicherungsträger in der Verfügung über die Einleitung des Vorverfahrens als Mitbeteiligte bezeichnet wurden, vermag weder ihre rechtliche Stellung als Mitbeteiligte im Sinne des § 21 Abs. 1 VwGG noch einen Anspruch auf Aufwandersatz begründen (vgl. zu alldem VwGH 25.5.2022, Ra 2020/11/0007, mwN).

42 2.6. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG



abgesehen werden.

43 2.7. Die Entscheidung über den Aufwändersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwändersatzverordnung 2014.

Wien, am 27. September 2022

**Schlagworte**

Auswertung in Arbeit!

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2022:RA2021110160.L00

**Im RIS seit**

03.11.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

03.11.2022

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)