



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38670
Telefax: (43 01) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-101/079/11853/2015-1
Dr. X.

Wien, 16. 11. 2015

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Hans Serban, LL.M. über die Beschwerde des Herrn Dr. X., vertreten durch Rechtsanwalts GmbH gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 27.8.2015, Zl. MA 40-GR-4411/2012, mit welchem Aufträge gemäß § 56 Abs. 2 Ärztegesetz 1998 zur Behebung festgestellter Mängel in der Ordinationsstätte in Wien, D.-straße erteilt wurden,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, und der angefochtene Bescheid behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die belangte Behörde hat am 27.08.2015 einen Bescheid mit folgendem Spruch erlassen:

„Zur Behebung der am 3. Juli 2012 in der Ordinationsstätte in Wien, D.-straße, festgestellten Mängel werden gemäß Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 12. Jänner 2015 und vom 6. Mai 2015 folgende Aufträge erteilt:

1.) Der medizinische Handwaschplatz im Ordinationszimmer ist mit fixmontierten händedienungsfreien Seifen bzw. Desinfektionsmittelspendern auszustatten.

2.) Es sind Wasserüberprüfungsbefunde betreffend *Pseudomonas aeruginosa* und Gesamtkeimzahl für die Behandlungseinheit im Ordinationszimmer vorzulegen.

3.) Ein aktueller Reinigungs- und Desinfektionsplan (Hygieneplan nach den Vorgaben der Hygieneverordnung der Österreichischen Ärztekammer) gemäß dem Leistungsspektrum der Ordination Dr. X. ist vorzulegen. Ein diesbezügliches Muster sowie entsprechende Erläuterungen sind auf der Homepage der MA 15 (Arbeitskreis für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen, <http://www.wien.gv.at/gesundheit/strukturen/krankenhaushygiene>) zu beziehen. (Anmerkung: eine Abänderung des Links zur Homepage ist vorgesehen – in diesem Fall ist dann das Muster des Hygieneplans unter <http://www.wien.gv.at/gesundheit/strukturen/hygiene>) abrufbar.

Dieser Hygieneplan hat die hygienischen Arbeitsweisen, die in der Ordination zu beachten sind, um sowohl PatientInnen als auch Personal bestmöglich vor Infektionen zu schützen, festzulegen.

4.) Für den Sterilisator (M.) ist ein aktuelles Hygieneprüfgutachten über die ordnungsgemäße Sterilisationsleistung vorzulegen.

Ein aktuelles Hygieneprüfgutachten ist zwingend erforderlich für die Gesamtvalidierung des Instrumentenaufbereitungsprozesses.

5.) Die Validierung des gesamten Instrumentenaufbereitungsprozesses (Reinigung, Desinfektion, Sterilisation) gemäß Vorgaben des Medizinproduktegesetzes 1996 in der Ordination Dr. X. ist durch ein Validierungsgutachten eines Sachverständigen für Hygiene nachzuweisen. Hinsichtlich der Durchführung der Validierung wird auf die Richtlinie 29 des Arbeitskreises für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen der Magistratsabteilung 15 hingewiesen: (<http://www.wien.gv.at/gesundheit/strukturen/krankenhaushygiene/richtlinien.gtml>).

(Anmerkung: eine Abänderung des Links zur Homepage ist vorgesehen – in diesem Fall ist dann die Richtlinie unter <http://www.wien.gv.at/gesundheit/strukturen/hygiene>) abrufbar.

Eine Gesamtvalidierung für die Ordination Dr. X. hat die räumlichen Strukturen, die regelmäßigen Überprüfungen der erforderlichen Gerätschaften auf ihre Funktionsfähigkeit und die Qualifikation der damit betrauten Personen zu umfassen und zu berücksichtigen.

In Österreich sind die Anforderungen an solch eine Ausbildung durch die Österreichische Gesellschaft für Sterilgutversorgung (ÖGSV) beschrieben.

Für die Aufbereitung unkritischer sowie semikritischer Medizinprodukte ist nach den Empfehlungen der AGSV für die Qualifikation des durchführenden Personals mindestens eine Grundausbildung (Fachkundelehrgang 1) zu fordern.

Für die nachweisliche Erfüllung der erteilten Aufträge zu den Punkten 1.) bis 4.) wird eine Frist von 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides gesetzt.

Für die nachweisliche Erfüllung des erteilten Auftrages zu Punkt 5.) wird eine Frist von 3 Monaten ab Zustellung dieses Bescheides gesetzt.

Die Nachweise über die Erfüllung der Aufträge (z.B. Lieferschein, Rechnung Fotodokumentation, Hygieneplan, Validierungsgutachten) sind der bescheiderlassenden Behörde schriftlich zu erbringen.

Rechtsgrundlage: § 56 Abs. 2 Ärztegesetz 1998, BGBl. I Nr. 169/1998 in der geltenden Fassung.“

Die Begründung hat folgenden Inhalt:

„Gemäß § 56 Abs. 1 Z 1 Ärztegesetz 1998 ist der Arzt verpflichtet, seine Ordinationsstätte in einem solchen Zustand zu halten, dass sie den hygienischen Anforderungen entspricht.

Gemäß § 56 Abs. 2 Ärztegesetz 1998 hat der Amtsarzt der Bezirksverwaltungsbehörde die Ordinationsstätte zu überprüfen, wenn Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass sie den im Absatz 1 Z 1 angeführten Voraussetzungen nicht entspricht. Der Überprüfung ist ein Vertreter der Ärztekammer beizuziehen. Entspricht die Ordinationsstätte nicht den hygienischen Anforderungen, ist dem Arzt die Behebung der Mängel innerhalb einer angemessenen Frist aufzutragen.

Am 3. Juli 2012 führte die Magistratsabteilung 40 unter Beiziehung eines Amtsarztes der Magistratsabteilung 15 sowie unter Beiziehung eines Vertreters der Ärztekammer für Wien eine Überprüfung gemäß § 56 Abs. 2 Ärztegesetz 1998 durch.

Anlass für diese Überprüfung war eine anonyme Hygienebeschwerde vom 16. Mai 2012 über die Ordinationsstätte von Dr. X. in Wien, D.-straße.

Im Rahmen der Begehung der Ordinationsstätte am 3. Juli 2012 konnte die Amtsabordnung Folgendes feststellen:

In der Ordination werden folgende Leistungen erbracht:

- Leistungen eines ... Facharztes.

Mit Zustimmung des Vertretungsarztes von Dr. X., Herrn Dr. Y. und seiner Ordinationsassistentin Frau G. beging die Amtsabordnung die Ordinationsräumlichkeiten.

Die Ordinationsräumlichkeiten bestehen aus:

- Anmeldebereich mit Pult und Garderobe (ordnungsgemäßer sauberer Zustand)
- Wartebereich mit ausreichend Sitzgelegenheiten (ordnungsgemäßer sauberer Zustand)
- 2 Kabinen für audiometrische Untersuchungen (ordnungsgemäßer sauberer Zustand)

Der Ordinationszimmer: Das Untersuchungsmobiliar, der Schreibtisch/Computerarbeitsplatz und die Sitzgelegenheiten verfügen über leicht zu reinigende Oberflächen. Einmalhandschuhe stehen im Ordinationszimmer ausreichend zur Verfügung.

Der Arzneimittelkühlschrank verfügt über ein Innenthermometer, die Temperatur ist entsprechend. Jedoch wird derzeit keine schriftliche Temperaturaufzeichnung (mind. 1x tgl.) geführt.

Das Ordinationszimmer verfügt über einen medizinischen Handwaschplatz mit einem wandmontierten Seifenspender. Dieser ist jedoch nicht händedienungsfrei zu bedienen.

Zur Händedesinfektion wird laut Herrn Dr. Y. ein antibakterielles Händereinigungsgel (Fa. ...) verwendet. Der Wasserauslass im Bereich des Handwaschplatzes ist mit einem kurzen Einhebelmischer ausgestattet.

Aus hygienischer Sicht sind für den medizinischen Handwaschplatz ein fixmontierter händedienungsfreier Seifen- und Desinfektionsmittelspender vorzusehen.

Für die Desinfektion von Händen sind gelistete Produkte aus Expertenverzeichnissen (ÖGHMP, VAH) zu verwenden.

Ein wandmontierter Einmalpapierhandtuchspender ist bereits vorgesehen.

Im Ordinationszimmer befindet sich neben einem Tisch und mehreren Sitzmöglichkeiten auch eine N.-Behandlungseinheit. Auf der Ablage dieser Behandlungseinheit werden zahlreiche ...-Instrumentarien (z.B. Ohrtrichter, Pinzetten, Klemmen, diverse Ohrbestecke und auch Laryngoskope) nicht staubgeschützt gelagert.

- Kopflichtbad- und Inhalationsraum ("Bestrahlungszimmer"): In diesem ca. 5 m² großem Raum befinden sich 2 Patientensesseln mit Stoffauflagen. Diese werden noch während der Begehung von Frau G. entfernt. Die Behandlungseinheiten (Inhalationsvorrichtung, Kopflichtbadeinheit) sind in hygienisch einwandfreiem Zustand.

- Instrumentenaufbereitungszimmer: Direkt an den Kopflichtbad- und Inhalationsraum anschließend und nur durch eine Schiebetür getrennt befindet sich das ca. 3 m² große Instrumentenaufbereitungszimmer.

Hier findet laut Angaben der Ordinationsassistentin Frau G. die Instrumentenaufbereitung statt.

Bezüglich der Instrumentenaufbereitung (Reinigung, Desinfektion gegebenenfalls Sterilisation) gibt Herr Dr. Y. an, dass die Aufbereitung der Medizinprodukte in der Ordination Dr. X. grundsätzlich von den Ordinationsassistentinnen vorgenommen wird. Er selbst habe zurzeit keine diesbezüglichen Arbeitsanweisungen. Er verweist jedoch auf die ihm bekannte Aufbereitung diverser Instrumente mit A.. Diese Behältnisse werden in einem Kästchen neben der Behandlungseinheit im Ordinationszimmer gelagert.

Die Aufbereitung der eingesetzten Laryngoskope (starre und flexible, ohne Instrumentierkanäle erfolge in einem Autoklaven.

Operative Eingriffe werden laut Dr. Y. in der Ordination nicht vorgenommen. Für nähere Angaben zur Instrumentenaufbereitung wird der medizinische ASV von Herrn Dr. Y. aber auf den Ordinationsinhaber Dr. X. verwiesen.

Als Instrumentenwaschmaschine ist ein Mi. (für Reinigung und thermische Desinfektion) vorhanden, sowie ein M. mit Chargendokumentation.

Im Aufbereitungszimmer befinden sich 2 Stoffhandtücher sowie eine leere

Buntglasflasche, welche noch während der Begehung entfernt werden.
Zurzeit sind keine Rein/ Unrein Bereiche innerhalb des Aufbereitungszimmers definiert.

Aufgrund der knappen räumlichen Gegebenheiten wird eine Eignung dieses Zimmers zur Instrumentenaufbereitung in Frage gestellt. Da dieser hygienisch sensible Bereich der Instrumentenaufbereitung direkt an einen Behandlungsraum für Patienten angrenzt und nur durch eine Schiebetür abgetrennt ist, wird angeregt, diese Tür zumindest mit einem Hinweisschild (z.B. "Zutritt NUR für Ordinationspersonal" oder "Zutritt für Patientinnen ausnahmslos untersagt") zu versehen.

- Personaltoilette: Diese befindet sich über einem Gang erreichbar in unmittelbarer Nähe zu den Ordinationsräumlichkeiten.

Die Toilettenanlage ist über eine versperrte Tür erreichbar. Die Toilettenanlage selbst besteht aus mehreren separaten WC-Kabinen, wobei eine davon ausschließlich für die Ordination Dr. X. vorgesehen ist. Diese ist auch nur mit einem separaten Schlüssel zu öffnen.

Die übrigen WC-Kabinen sind anderwärtig im Rahmen des ... vermietet und werden vom Ordinationspersonal nicht benutzt. Der Handwaschbereich in dieser Toilettenanlage ist mit einem wandmontierten

Seifenspenders ausgestattet, allerdings nicht händedienungsfrei. Zusätzlich befindet sich in der WC-Kabine der Ordination Dr. X. ein Händedesinfektionsmittelgebinde.

Es wird festgehalten, dass für eine ordnungsgemäße Händehygiene fixmontierte händedienungsfreie Seifen- und Desinfektionsmittelspenders im Bereich des Handwaschplatzes der Personaltoilette vorzusehen sind, um den hygienischen Anforderungen einer Gesundheitseinrichtung zu entsprechen.

In der Ordination wurden laut Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 9. Juli 2012 folgende hygienische Mängel festgestellt:

1.) Der medizinische Handwaschplatz im Ordinationszimmer verfügt nicht über fixmontierte händedienungsfreie Seifen bzw. Desinfektionsmittelspenders.

2.) Als Händedesinfektionsmittel sind ab sofort ausschließlich Präparate in Originalgebinden für die ein Wirkungsnachweis existiert (Listung ÖGHMP oder VAH) zu verwenden.

3.) Es konnten keine Wasserüberprüfungsbefunde betreffend *Pseudomonas aeruginosa* und Gesamtkeimzahl für die Behandlungseinheit im Ordinationszimmer vorgelegt werden.

4.) Ein aktueller Reinigungs- und Desinfektionsplan (Hygieneplan nach den Vorgaben der Hygieneverordnung der Österreichischen Ärztekammer) gemäß dem Leistungsspektrum der Ordination Dr. X. liegt nicht vor.

Ein diesbezügliches Muster sowie entsprechende Erläuterungen sind auf der

Homepage der MA 15 (Arbeitskreis für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen

<http://www.wien.gv.at/gesundheitsstrukturen/krankenhaushygiene>) zu beziehen.

(Anmerkung: eine Abänderung des Links zur Homepage ist vorgesehen - in diesem Fall ist dann das Muster des Hygieneplans unter

<http://www.wien.gv.at/gesundheitsstrukturen/hygiene>) abrufbar.

Dieser Hygieneplan hat die hygienischen Arbeitsweisen, die in der Ordination zu beachten sind, um sowohl Patientinnen als auch Personal bestmöglich vor Infektionen zu schützen, festzulegen.

5.) Für den Sterilisator (M.) konnte kein Hygieneprüfgutachten über die ordnungsgemäße Sterilisationsleistung vorgelegt werden. Es wurde lediglich ein elektrotechnisches Sicherheitsprotokoll aus dem Jahr 2012 vorgelegt. Ein aktuelles Hygieneprüfgutachten ist zwingend erforderlich für die Gesamtvalidierung des Instrumentenaufbereitungsprozesses.

6.) Der thermisch desinfizierende Geschirrspüler (Mi.) ist einer periodisch wiederkehrenden Überprüfung zu unterziehen, die die ausreichende Funktionsfähigkeit und Desinfektionswirkung bestätigt. Es wurde von der Ordinationsassistentin lediglich ein Messprotokoll (07/2011) anlässlich der Überprüfung gemäß Wartungsvertrag vorgelegt, jedoch ohne abschließende Beurteilung.

7.) Über die Temperatur des Arzneimittelkühlschranks sind ab sofort mindestens 1x täglich Ablesungen durchzuführen. Darüber sind Aufzeichnungen vor Ort, mit Angabe des Datums, der Uhrzeit, der Temperatur und des Handzeichens der ablesenden Person zu führen.

8.) Die Validierung des gesamten Instrumentenaufbereitungsprozesses (Reinigung, Desinfektion, Sterilisation) ist gemäß Vorgaben des Medizinproduktegesetzes in der Ordination Dr. X. durch ein Validierungsgutachten eines Sachverständigen für Hygiene nachzuweisen. Hinsichtlich der Durchführung der Validierung wird auf die Richtlinie 29 d Arbeitskreises für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen der MA 15 hingewiesen (<http://www.wien.gv.at/gesundheitsstrukturen/krankenhaushygiene/richtlinien.html>). (Anmerkung: eine Abänderung des Links zur Homepage ist vorgesehen - in diesem Fall ist dann die Richtlinie unter <http://www.wien.gv.at/gesundheitsstrukturen/hygiene>) abrufbar.

Es wurde von der Ordinationsassistentin Frau G. eine "Dokumentation über die Verwendung von Reinigungs- und Pflegemitteln in der Praxis von Dr. X." im Sinne einer Arbeitsanleitung vorgelegt. Daraus ist jedoch nicht ersichtlich, für wen diese Arbeitsanleitung gilt bzw. wer sie zur Kenntnis genommen hat und wer für die Durchführung der Instrumentenaufbereitung verantwortlich zeichnet.

Laut Angaben der Ordinationsassistentin Frau G. verfügt keiner der angestellten Ordinationsassistentinnen über eine spezielle Qualifikation zur Aufbereitung von Medizinprodukten (lediglich eine Einschulung durch den jeweiligen Gerätehersteller). Eine Gesamtvalidierung für die Ordination Dr. X. hat die räumlichen Strukturen, die regelmäßigen Überprüfungen der erforderlichen Gerätschaften auf ihre Funktionsfähigkeit und die Qualifikation der damit betrauten Personen zu umfassen und zu berücksichtigen. In Österreich sind die Anforderungen an solch eine Ausbildung durch die Österreichische Gesellschaft für Sterilgutversorgung (ÖGSV) beschrieben: Für die Aufbereitung unkritischer sowie semikritischer Medizinprodukte ist nach den Empfehlungen der ÖGSV für die Qualifikation des durchführenden Personals mindestens eine Grundausbildung (Fachkundelehrgang 1) zu fordern.

Der Nachweis der entsprechenden Umsetzung ist z.B. mittels Fotos, Rechnungsbelegen, Kopien des Hygieneplans, schriftlicher Nachweis über die Validierung der Aufbereitungsprozesse, Überprüfungsbeurteilungen etc.) per Mail an

post@ma40.wien.gv.at oder postalisch an die MA 40 - Fachbereich Gesundheitsrecht, A - 1030 Wien, Thomas-Klestil-Platz 8 zu erbringen.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2012 wurde Dr. X. aufgefordert die genannten Mängel dringend zu beheben.

Im September 2012 wurden seitens des Ordinationsinhabers Unterlagen an die MA 40 übermittelt, welche der MA 15 zur Stellungnahme weitergeleitet wurden.

Laut Stellungnahme der MA 15 vom 24. September 2012 wurden lediglich die Punkte 2) und 6) vollständig behoben. Die Mangelpunkte 1.), 3.), 4.), 5.), 7.) und 8.) der Stellungnahme der MA 15 vom 9. Juli 2012 wurden noch nicht vollständig behoben.

Mit Schreiben der MA 40 vom 17. Oktober 2012 wurde Dr. X. neuerlich aufgefordert, die noch offenen Mangelpunkte aus der Stellungnahme der MA 15 vom 9. Juli 2012 umgehend zu beheben und darüber der MA 40 eine Mängelbehebungsanzeige zu übermitteln.

Mit Schreiben der MA 40 vom 3. Juli 2014 wurde nochmals seitens der MA 40 ersucht, insbesondere den Mangelpunkt 8.) der Stellungnahme der MA 15 vom 24. September 2012 zu erfüllen und einen Nachweis der Gesamtvalidierung der Ordination in Form eines Gutachtens eines Sachverständigen für Hygiene (Facharzt für Hygiene) der MA 40 vorzulegen.

Die daraufhin seitens des Ordinationsinhabers vorgelegten Unterlagen von Mai 2013 wurden abermals der MA 15 zur Beurteilung weitergeleitet.

Die MA 15 gab dazu im Schreiben vom 9. Juli 2014 an, dass diese Unterlagen aus medizinischer Sicht keinesfalls als Ersatz für die Durchführung einer Gesamtvalidierung und der Vorlage der entsprechenden Validierungsbestätigung bei der MA 40 als Aufsichtsbehörde zu werten seien.

Mit Schreiben vom 1. August 2014 gab Herr Dr. X., vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei ... an, dass am 13. Mai 2013 durch die Ö.- Österreichische Gesellschaft für Qualitätssicherung und Qualitätsmanagement eine Validitätsprüfung in der Ordination stattgefunden habe und die Evaluierung ergeben habe, dass die Ordination keine Mängel aufweise; es sei ein Zertifikat nach der QSVO 2012 ausgestellt worden. Gleichzeitig sei festgestellt worden, dass die Überprüfung keinen Hinweis darauf ergeben habe, dass gegen das Medizinproduktegesetz verstoßen worden sei.

Eine Verpflichtung zur Gesamtvalidierung sei im Medizinproduktegesetz in Anbetracht des von Herrn Dr. X. geforderten Leistungsspektrums und der Größe der Ordination nicht begründet.

Die Magistratsabteilung 15 nahm dazu Stellung und führte aus, dass die genannten Unterlagen weiterhin aus medizinischer Sicht nicht als Ersatz für die Durchführung einer Validierung unter Vorlage der entsprechenden Validierungsbestätigung bei der Magistratsabteilung 40 als Aufsichtsbehörde zu werten seien.

Die im neuerlich vorgelegten Rechtfertigungsschreiben festgehaltene Feststellung

von Herrn Dr. X., dass die von ihm verwendeten Instrumente fachgerecht aufbereitet würden, sei noch durch ein entsprechendes Validierungsgutachten eines Hygienesachverständigen zu belegen.

Hinsichtlich der Durchführung der Validierung wird seitens der Magistratsabteilung 15 erneut auf die Richtlinie 29 des Arbeitskreises für Hygiene in Gesundheitsleistungen der Magistratsabteilung 15 hingewiesen.

Mit Schreiben der MA 40 vom 22. September 2014 wurde Dr X., vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei ..., abermals um dringende Mängelbehebung 31. Oktober 2014 ersucht.

Es wurde seitens der Kanzlei ..., wiederum eine Stellungnahme abgegeben und beruft sich diese abermals auf die Evaluierung durch die Ö. wobei auf ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit verwiesen wird.

In der Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 12. Jänner 2015 wird wiederum auf das Erfordernis einer Gesamtvalidierung hingewiesen.

Die von Herrn Dr. X. getroffene Feststellung, die von ihm verwendeten Geräte würden fachgerecht aufbereitet, sei daher weiterhin durch ein entsprechendes Validierungsgutachten zu belegen.

Auch die Einholung eines Hygienesachverständigengutachtens wird seitens der Magistratsabteilung 15 weiterhin gefordert.

In der aktuellen Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 6. Mai 2015 wird ausgeführt, dass die hygienischen Mängelpunkte 1.), 3.), 4.), 5.) und 8.) der Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 24.9.2012 weiterhin nicht behoben sind.

Auf Grund der vor Ort festgestellten Mängel und des Umstandes, dass bis dato keine Mängelbehebungsanzeigen betreffend die im Spruch angeführten Punkte eingelangt sind, ist davon auszugehen, dass die Mängel weiterhin bestehen. Das oben genannte Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit hat keine unmittelbare Relevanz auf den konkreten Fall.

Die Beauftragung der Behebung der festgestellten hygienischen Mängel ist daher zur Hintanhaltung einer möglichen Gefährdung von Patientinnen und Patienten binnen der im Spruch gesetzten Fristen erforderlich.

Eine unmittelbare Gefährdung von Patientinnen und Patienten auf Grund der festgestellten Hygienemängel besteht jedoch nicht, sodass keine sofortige Sperre der Ordination gemäß § 56 Abs.3 Ärztegesetz 1998 auszusprechen war."

In der fristgerecht eingebrachten Beschwerde bringt der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer folgendes vor:

„Der Bescheid wird zur Gänze bekämpft.

1. Sachverhalt

1.1. Zu den Bescheidpunkten 1-4

Der Beschwerdeführer ist ...-Facharzt und betreibt eine Ordination in Wien. Im Rahmen einer Begehung am 03.07.2012 wurde festgestellt, dass die Ordination über keinen medizinischen Handwaschplatz mit fixmontierten händedienungsfreien Seifen- bzw. Desinfektionsspender verfügt (Punkt 1). Weiters wurde von der belangten Behörde ein Wasserüberprüfungsgutachten betreffend *Pseudomonas aeruginosa* verlangt (Punkt 2), sowie die Vorlage des aktuellen Reinigungs- und Desinfektionsplanes (Punkt 3) und eines Hygieneüberprüfungsgutachten für den Sterilisator M. (Punkt 5) aufgetragen.

Mit dem Schreiben vom 04.09.2012 legte der Beschwerdeführer diverse Unterlagen vor, die die Behebung der festgestellten Mängel im Rahmen der Begehung nachweisen. Die belangte Behörde antwortete mit Schreiben vom 24.09.2012 und verlangte weitere Unterlagen, welche vom Beschwerdeführer per E-Mail vorgelegt wurden.

Der Beschwerdeführer schickte per E-Mail Fotos vom medizinischen Handwaschplatz, aus denen hervorgeht, dass dieser entsprechend ausgestattet wurde.

Beweis: Fotos Handwaschplatz, Beilage./1

Weiters ließ der Beschwerdeführer von der Firma V. mit 27.08.2012 ein wasserseitiges Gutachten erstellen, welches der Behörde vorgelegt wurde.

Beweis: Gutachten der Firma V. samt Prüfbericht des Instituts für Hygiene, Beilage./2

Ebenso wurden vom Beschwerdeführer die - entsprechend dem Schreiben vom 24.09.2012 - verbesserten Hygienepläne vorgelegt.

Beweis: Hygienepläne 2012,2013, Beilage./3

Auch die Hygieneprüfgutachten wurden vom Beschwerdeführer ordnungsgemäß vorgelegt. Zu diesem Punkt wird ergänzend angemerkt, dass der Beschwerdeführer sein Leistungsspektrum eingeschränkt hat und nur mehr Einmalinstrumente verwendet. Daher hat der Beschwerdeführer das Sterilisationsgerät zwischenzeitig ersatzlos entfernt.

Beweis: Autoklav Prüfprotokoll vom 31.5.2012, Beilage./4
PV

Zusammengefasst wurden daher die von der belangten Behörde zu den Ziffern 1 bis 4 aufgezeigten Mängel vor etwa drei Jahren nachweislich behoben.

1.2. Zu Punkt 5 - Gesamtvalidierung

Bei der Begehung am 03.07.2012 wurde weiters festgestellt, dass kein Validierungsgutachten für die Ordination vorliegt. Die belangte Behörde trug dem Beschwerdeführer auf, ein entsprechendes Gutachten erstellen zu lassen.

Der Beschwerdeführer legte daraufhin verschiedene Unterlagen vor, die jedoch von der belangten Behörde und der MA 15 nicht als Validierung anerkannt

wurden. Mit dem Schreiben vom 1. August 2014 brachte der Beschwerdeführer vor, dass am 13. Mai 2013 durch die Ö. - Österreichische Gesellschaft für Qualitätssicherung und Qualitätsmanagement eine Validitätsprüfung in der Ordination stattgefunden habe und die Evaluierung ergeben habe, dass die Ordination keine Mängel aufweise, woraufhin ein Zertifikat nach der QSVO 2012 ausgestellt worden ist. Mit der Überprüfung wurde festgehalten, dass gegen das Medizinproduktegesetz nicht verstoßen worden ist. Eine Gesamtvalidierung sei im MPG in Anbetracht des vom Beschwerdeführer angebotenen Leistungsspektrums und der Größe der Ordination nicht begründbar.

Die Magistratsabteilung 15 anerkannte die vorgelegten Unterlagen nicht als Ersatz für eine Gesamtvalidierung, und hielt an ihrer Forderung, ein Gutachten von ein Hygienesachverständigen vorzulegen, fest. Hierbei verwies die MA 15 auf Richtlinie 29 des Arbeitskreises für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen der Magistratsabteilung 15.

Der Beschwerdeführer benutzt ein Verfahren, wie es die Hygiene-Verordnung 2014 vorschreibt und von der Ö. zertifiziert wurde. Ergänzend wurde vom Beschwerdeführer eine Stellungnahme des Bundesministerium für Gesundheit vorgelegt, aus dem hervorgeht, dass die Vorgaben für die Hygiene in Ordinationen und Gruppenpraxen (Hygiene-Verordnung 2014) aus fachlicher Sicht den aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft und den fachspezifischen Qualitätsstandards zum Schutz der Patientinnen und Patienten entsprechen.

Zu diesem Schreiben führte die belangte Behörde aus, dass diese Schreiben keine unmittelbare Relevanz für den konkreten Fall habe.

Der Beschwerdeführer teilte der belangten Behörde bereits mehrfach mit, dass das Leistungsspektrum der Ordination geändert wurde. Neben den üblichen Routineuntersuchungen führte der Beschwerdeführer nur mehr zwei invasive Eingriffe durch, bei denen jeweils nur Einmalinstrumente verwendet werden:

Im Rahmen der Elektrokoagulation, die bei Nasenbluten angewendet wird, verwendet der Beschwerdeführer lediglich Einmalpinzetten, im Rahmen der Parazentese (Schnitt im Trommelfell) Einmallanzetten.

Beweis: PV.

Schließlich erließ die belangte Behörde den gegenständlich angefochtenen Bescheid.

2. Beschwerde

2.1. Zu den Bescheidpunkten 1-4

Der Beschwerdeführer hat durch die Vorlage diverser Unterlagen die Auflagen des gegenständlichen angefochtenen Bescheides vor etwa drei Jahren erfüllt. Sämtliche Unterlagen wurden, wie im Schreiben vom 24.09.2012 verlangt, ordnungsgemäß vorgelegt.

Durch die Änderung des Leistungsspektrums und der Verwendung von Einmalinstrumenten, ist es gegenständlich nicht mehr erforderlich ein Hygieneprüfgutachten vorzulegen.

Die Bescheidpunkte 1-4 sind daher ersatzlos aufzuheben.

2.2. Zu Punkt 5 - Gesamtvalidierung

Nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ist das Gesundheitswesen in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache. Dementsprechend ist sowohl das Ärztegesetz, als auch das Medizinproduktegesetz alleinige Bundesmaterie. Die Stadt Wien und ihre Magistratsabteilungen haben daher die bundesgesetzlichen Vorgaben lediglich zu vollziehen. Überdies verbietet es der Grundsatz der Gewaltentrennung, dass Organe der Vollziehung auch gesetzgeberisch tätig werden.

Verwaltungsorgane, die kompetenzwidrig vermeintliche Rechtsakte erlassen und nur diese zur Grundlage ihrer Entscheidung machen, lassen somit sämtliche verfassungsrechtliche Vorgaben außer Acht.

§ 93 MPG regelt, dass die Reinigung, Desinfektion und Sterilisation von Medizinprodukten in oder für Einrichtungen des Gesundheitswesens unter Bedachtnahme auf die Art der Medizinprodukte mit solchen Geräten oder Gerätesystemen und geeigneten validierten Verfahren so durchzuführen und im Hinblick auf die Art, Größe und Aufgabenstellung der Einrichtung so zu organisieren sind, dass der Erfolg dieser Verfahren nachvollziehbar gewährleistet ist und die Sicherheit und Gesundheit von Patienten, Anwendern oder Dritten nicht gefährdet wird.

Weitere Regelungen finden sich nicht, da das Bundesministerium von seiner Verordnungskompetenz bis jetzt nicht Gebrauch gemacht hat. Den gesetzlichen Vorgaben ist somit lediglich zu entnehmen, dass ein geeignetes validiertes Verfahren zu verwenden ist, das die Sicherheit und Gesundheit von Patienten, Anwendern oder Dritten nicht gefährdet.

Der Arbeitskreis für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen der Magistratsabteilung 15 hält in der Richtlinie 29 in der Präambel fest, dass die Richtlinie eine Hilfestellung für die im § 93 MPG festgelegte Vorgangsweise für die Aufbereitung von Medizinprodukten geben soll und sich an den Leitlinien der Österreichische Gesellschaft für Sterilgutverordnung orientiert. Die Intention der Richtlinie liegt in der Darstellung korrekter Vorgehensweisen in Gesundheitseinrichtungen.

Abweichend von dieser Präambel, die die Richtlinie ausdrücklich als Hilfestellung bezeichnet, verwendet die belangte Behörde die Richtlinie als quasi-gesetzliche Grundlage für ein Validierungsverfahren. Hierbei führt die Behörde aus, dass Validierung durch Validierungsgutachten eines Sachverständigen für Hygiene erfolgen hat und die Validierung nach Maßgabe der Richtlinie 29 des Arbeitskreis für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen zu erfolgen hat (Bescheid, 2). Hierbei verkennt die Behörde nicht nur ihren verfassungsrechtlichen Aufgabenbereich, sondern maßt sich auch gesetzgeberische Kompetenzen an. Diese Anmaßung gipfelt letztlich sogar darin, dass sich die belangte Behörde nicht einmal mit dem vorgelegten Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit auseinandersetzt, sondern diesem lediglich die Relevanz abspricht. Erinnerung sei, dass das Bundesministerium für Gesundheit mit der Vollziehung des MPG betraut ist (§ 117 MPG). Der gegenständliche Bescheid negiert diesen Umstand vollkommen.

Die belangte Behörde setzt sich auch nicht mit dem Schreiben und der Zertifizierung durch die Ö. auseinander. Bedenkt man, dass die Ö. eine kraft gesetzlicher Anordnung (§ 118a ÄrzteG) gegründete Gesellschaft ist, deren gesetzliche Aufgabe - unter anderem - die Evaluierung und Kontrolle von Ordinationen ist, so ist es bemerkenswert, dass die Behörde der Stellungnahme der Ö. keine Beachtung schenkt. Es ist gesetzliche Aufgabe der Ö., Empfehlung für die Erbringung medizinischer Leistungen zu erstatten (§ 118b Abs 6 ÄrzteG) und diese zu kontrollieren. Offenbar ist sich die belangte Behörde dieser Kompetenz nicht bewusst.

Sofern die MA 15 gemeinsam mit der belangten Behörde vom Gutachten der Ö. abweichen will, hat die Behörde entsprechend § 60 AVG ihre maßgeblichen Beweggründe darzulegen. Insbesondere hätte die Behörde darlegen müssen, aus welchen objektiven Erwägungen das von der Ö. zertifizierte Verfahren, wie es der Beschwerdeführer anwendet, nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 93 MPG entspricht.

2.2. Der Beschwerdeführer teilte der belangten Behörde bereits mehrfach mit, dass das Leistungsspektrum der Ordination geändert wurde. Neben den üblichen Routineuntersuchungen führte der Beschwerdeführer nur mehr zwei invasive Eingriffe durch, bei denen jeweils ausschließlich Einmalinstrumente verwendet werden:

Im Rahmen der Elektrokoagulation, die bei Nasenbluten angewendet wird, verwendet der Beschwerdeführer Einmalpinzetten, im Rahmen der Parazentese (Schnitt im Trommelfell) Einmallanzetten.

Mit gegenständlichem Bescheid, ordnet die belangte Behörde dem Beschwerdeführer die „Validierung des gesamten Instrumentenaufbereitungsprozesses“ an. Durch das ausschließliche Verwenden von Einmalinstrumenten kommt es zu keiner Aufbereitung von Medizinprodukten, weshalb schon aus diesem Grund keine Validierung des gesamten Instrumentenaufbereitungsprozesses erforderlich ist.

Im Übrigen wurde bereits durch das vorgelegte Gutachten der Ö. der gesetzlichen Vorgabe, ein validiertes Verfahren zu verwenden, das die Sicherheit und Gesundheit von Patienten, Anwendern oder Dritten nicht gefährdet, entsprochen. Das Erfordernis einer Gesamtvalidierung, wie es die belangte Behörde verlangt, ist aus § 93 MPG hingegen nicht ableitbar.

Zusammengefasst hat der Beschwerdeführer gegenständlich den Vorgaben des § 93 MPG entsprochen. Aus seinem Leistungsspektrum ergibt sich, dass lediglich unkritische Produkte und Einmalinstrumente verwendet werden. Durch das Gutachten der Ö. wurde dargelegt, dass der Beschwerdeführer bei der Aufbereitung der verwendeten Medizinprodukte, den gesetzlichen Anforderungen dahingehend entspricht, als er ein validiertes Verfahren verwendet, dass die Sicherheit und Gesundheit von Patienten, Anwendern oder Dritten nicht gefährdet.

3. Anträge

Es werden sohin gestellte folgende

ANTRÄGE:

Das Verwaltungsgericht Wien möge,

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen,
2. der Beschwerde Folge geben und den Bescheid zur Gänze ersatzlos aufheben,
3. der Beschwerde Folge geben, den Bescheid zur Gänze aufheben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an den Magistrat der Stadt Wien zurückverweisen.“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist § 56 Ärztegesetz 1998 mit der Überschrift „Ordinationsstätten heranzuziehen:

„(1) Der Arzt ist verpflichtet, seine Ordinationsstätte

1. in einem solchen Zustand zu halten, dass sie den hygienischen Anforderungen entspricht,
2. den fachspezifischen Qualitätsstandards entsprechend zu betreiben und
3. durch eine entsprechende äußere Bezeichnung kenntlich zu machen.

(2) Der Amtsarzt der Bezirksverwaltungsbehörde hat die Ordinationsstätte zu überprüfen, wenn Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß sie den im Abs. 1 Z 1 angeführten Voraussetzungen nicht entspricht. Der Überprüfer ist ein Vertreter der Ärztekammer beizuziehen. Entspricht die Ordinationsstätte nicht den hygienischen Anforderungen, ist dem Arzt die Behebung der Mängel innerhalb einer angemessenen Frist aufzutragen.

(3) Kommt bei der Überprüfung zutage, daß Mißstände vorliegen, die für das Leben und die Gesundheit von Patienten eine Gefahr mit sich bringen können, ist die Sperre der Ordinationsstätte bis zur Behebung dieser Mißstände von der Bezirksverwaltungsbehörde zu verfügen.

(4) Die Art und Form, wie die Ordinationsstätte bezeichnet wird, darf allgemeine Interessen des Berufsstandes der Ärzte, insbesondere das Ansehen der Ärzteschaft, nicht beeinträchtigen. Die Österreichische Ärztekammer hat unter Bedachtnahme auf die allgemeinen Interessen des Berufsstandes der Ärzte, insbesondere das Ansehen der Ärzteschaft, nähere Vorschriften über die Art und Form der äußeren Bezeichnung der ärztlichen Ordinationsstätten zu erlassen.“

Die auf Basis dieser Rechtsgrundlage im Bescheid vorgeschriebenen Aufträge sind folgendermaßen zu beurteilen:

Ad 1.) Hier wurde der Auftrag erteilt, dass der medizinische Handwaschplatz im Ordinationszimmer mit fix montierten händebedienungsfreien Seifen- bzw.

Desinfektionsmittelspendern auszustatten ist. Laut Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 09.07.2012 wurde als hygienischer Mangel festgestellt, dass der medizinische Handwaschplatz im Ordinationszimmer nicht über fix montierte händebedienungsfreie Seifen- bzw. Desinfektionsmittelspender verfügt.

Der Begründung des bekämpften Bescheides ist zu entnehmen, dass im September 2012 der Ordinationsinhaber Unterlagen an die Magistratsabteilung 40 übermittelt habe, welche der Magistratsabteilung 15 zur Stellungnahme weitergeleitet wurden. Laut Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 vom 24.09.2012 war der Mangelpunkt 1.) noch nicht vollständig behoben.

Nach einem umfangreichen Schriftverkehr gab die Magistratsabteilung 15 am 06.05.2015 eine Stellungnahme ab, dass der hygienische Mangelpunkt 1.) weiterhin nicht behoben ist.

In der Begründung des bekämpften Bescheides wird dazu weiter ausgeführt, dass aufgrund der vor Ort festgestellten Mängel und des Umstandes, dass bis dato keine Mängelbehebungsanzeigen betreffend die angeführten Punkte eingelangt sind, davon auszugehen ist, dass auch dieser Mangel weiterhin besteht. Der Beschwerdeführer hat in der Zwischenzeit ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit an die Magistratsabteilung 14 übermittelt, wobei jedoch in der Begründung des bekämpften Bescheides ausgeführt wurde, dass dieses Schreiben für den konkreten Fall keine unmittelbare Relevanz habe. Eine Begründung für diese Feststellung ist allerdings nicht vorzufinden. Auch die Wortwahl „keine unmittelbare Relevanz“ ist äußerst unklar, weil nicht dargestellt wird, was hier wohl eine mittelbare Relevanz hätte und warum dieses Schreiben auf den konkreten Fall keine Relevanz habe.

Weiters wird in der Begründung des bekämpften Bescheides ausgeführt, dass die Beauftragung der Behebung der festgestellten hygienischen Mängel zur Hintanhaltung einer möglichen Gefährdung von Patientinnen und Patienten binnen deren im Spruch gesetzten Fristen erforderlich ist. Allerdings wird dann im nächsten Absatz ausgeführt, dass eine unmittelbare Gefährdung von Patientinnen und Patienten aufgrund der festgestellten Hygienemängel jedoch

nicht besteht, sodass keine sofortige Sperre der Ordination gemäß § 56 Abs. 3 Ärztegesetz 1998 auszusprechen war.

Bei diesem Vorgehen der belangten Behörde wird ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Facharzt mit Aufträgen belastet, wobei überhaupt nicht dargestellt wird, wieso die angeblichen hygienischen Mängel zur Hintanhaltung einer möglichen Gefährdung von Patientinnen und Patienten erforderlich sind, aber eine unmittelbare Gefährdung von Patientinnen und Patienten dadurch nicht besteht.

Die belangte Behörde hat es unterlassen, eine Begründung für diese Differenzierung darzustellen.

Der Beschwerdeführer teilt in seiner Beschwerde vom 29.09.2015 mit, dass aus den bereits per Email übermittelten Fotos vom medizinischen Handwaschplatz hervorgeht, dass dieser entsprechend ausgestattet wurde. Die belangte Behörde ist darauf aber nicht eingegangen.

Die belangte Behörde hat sich überhaupt nicht damit auseinandergesetzt, auf welcher Rechtsgrundlage die Feststellungen und Forderungen der Vertreter der Magistratsabteilung 15 zustande kamen. Es wurde zunächst nicht einmal festgestellt, wer konkret der Sachverständige ist, der in diesem konkreten Verwaltungsverfahren ein Gutachten erstellt, indem er die an ihn von der verfahrensführenden Behörde gestellten Fragen beantwortet. Im gesamten Verfahren und sodann bei der Bescheiderlassung stützt sich die belangte Behörde auf Stellungnahmen der Magistratsabteilung 15 und übernimmt sie in einer Form, die nicht erkennen lässt, welche rechtlichen Grundlagen als Begründung für diese Stellungnahmen vorhanden sind. Die belangte Behörde greift damit in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise in die Rechtsposition des Antragsstellers ein.

Sachverständige jedenfalls sind Menschen und das heißt physische Personen. Juristische Personen oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts usw. können ebenso wenig Sachverständige sein wie die hinter den Amtssachverständigen stehenden Behörden. Dies ergibt sich schon daraus, dass eine strafrechtlich

sanktionierte Wahrheitspflicht nur natürliche Personen treffen kann und dass nur natürliche Personen im Sinne des § 53 Abs. 1 AVG und nach § 7 AVG befangen sein können. Die Betrauung von Institutionen mit der Erstellung von Gutachten ist nur als Ausnahme und nur dort zulässig, wenn dies in den konkreten Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist. Die ist aber in diesem Verfahren nicht der Fall.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt stets die Ansicht, dass Amtssachverständiger und damit auch für die Richtigkeit des Gutachtens allein Verantwortlicher und in Ausübung dieser Funktion unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheitspflicht stehend gegen die im Hinblick auf Art. 20 B-VG das Weisungsrecht nicht durchzudringen vermag eben der Beamte ist, der das Gutachten verfasst. In seiner Person müssen auch die entsprechenden Qualifikationen vorliegen (VwGH 27.04.1962, 81/07/0209, VwSlg 10.714A/1982; 24.04.1990, 8907/0172; 22.11.2000, 98/12/0036; VwGH 10.11.2008, 2003/12/0078).

Die verfahrensführende Behörde hat die Aufgabe im konkreten Verfahren die Beweisthemen für den Sachverständigen vorzugeben. Die verfahrensführende Behörde hat dem Sachverständigen anhand einer genau umschriebenen Aufgabenstellung vorzugeben, zu welchem Fragekreis er sein Gutachten zu erstatten hat. Die Festlegung der Fragen ist nicht Aufgabe des Sachverständigen, sondern ausschließlich der verfahrensführenden Behörde.

Ein Sachverständiger darf keine eigene rechtliche Beurteilung treffen. Die rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes ist schließlich der Behörde vorbehalten. Sachfragen und Rechtsfragen sind im Verwaltungsverfahren stets genau voneinander zu trennen. Die rechtlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf die nach der Rechtslage zu beurteilenden Begriffe ist Sache der Behörde. Die Grundlagen für diese Beurteilung aber schafft der Sachverständige.

Der Sachverständige erstellt im Verwaltungsverfahren ein Gutachten, in dem er die an ihn von der verfahrensführenden Behörde gestellten Fragen beantwortet. Dabei erstellt der Sachverständige zuerst einen Befund, der Grundlage für seine darauf aufbauende fachliche Beurteilung ist.

Ein Gutachten besteht aus einem Befundteil und einem Gutachtensteil. Der Gutachtensteil beinhaltet das fachliche Urteil, also die Begutachtung des festgestellten Sachverhaltes auf Grundlage der besonderen fachlichen Kenntnisse des Sachverständigen. Wichtig ist, dass die Gedankengänge, Berechnungen und Argumentationen in Gutachten schlüssig und nachvollziehbar sind. Ein Gutachten, das nur eine Wertung enthält, aber keinen Befund und auch keine Darstellung der Beschaffung der Tatsachen, auf die es sich offenbar stützt, ist unbrauchbar. Einfache lapidaren Aussagen ohne nähere Erläuterung oder ohne nachvollziehbaren Argumentationsweg, der zum Verständnis herangezogen werden kann, stellen keine Gutachten im engeren Sinn dar.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat die verfahrensführende Behörde das Gutachten zu prüfen, und zwar auf Vollständigkeit und Schlüssigkeit. Ein weiteres Kriterium kann darin liegen, ob das Gutachten auf dem Stand der Wissenschaft und Aktualität besitzt.

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt regelmäßig die Ansicht, dass eine Begründung der Behörde, die sich nur in der Wiedergabe der eingeholten Sachverständigengutachten erschöpft, nicht als ausreichend anzusehen ist. Die Behörde hat im Rahmen der in der Bescheidbegründung näher anzuführenden Beweiswürdigung in nachvollziehbarer Weise die Gedankengänge darzulegen, die sie dazu veranlasst haben (VwGH 30.10.1991, 91/09/0047; 27.09.1994, 92/07/0076).

Die Magistratsabteilung 40 als belangte Behörde hat es unterlassen, sich mit den Stellungnahmen der Magistratsabteilung 15 auseinanderzusetzen und schlüssige und verwertbare Gutachten eines Sachverständigen mit entsprechender Begründung einzufordern. In diesem Zusammenhang hat es die verfahrensführende Behörde verabsäumt, die Beweisthemen für den Sachverständigen vorzugeben.

Die Rolle eines Sachverständigen ist im Verfahren oft sachentscheidend. Dennoch kommt ihm rechtstechnisch gesehen „nur“ die Rolle eines Hilfsorgans der Behörde zu. Die Behörde, meist in Gestalt des zuständigen Sachbearbeiters, hat

es in der Hand, einen Sachverständigen als Beweismittel einzusetzen oder dies zu unterlassen. Die Behörde hat im Falle der Bestellung eines Sachverständigen insofern eine maßgebliche Rolle, als es ihr obliegt, die Beweisthemen für den Sachverständigen vorzugehen. Die Behörde (der Sachbearbeiter) hat dem Sachverständigen anhand einer genau umschriebenen Aufgabenstellung vorzugeben, zu welchem Fragenkreis er sein Gutachten zu erstatten hat. Die Festlegung der Fragen ist nicht Aufgabe des Sachverständigen, sondern der Behörde!

Im gesamten Verfahren wurde allerdings auch nicht darauf geachtet, dass die Magistratsabteilung 15 eine Institution ist, die keine Gutachten erstellen kann. Sachverständige müssen Menschen sein und das sind physische Personen. Juristische Personen oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder sonstige Einrichtungen können keine Sachverständigen sein. Schließlich kann die strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht nur natürliche Personen treffen. Es können auch nur natürliche Personen im Sinne des § 53 Abs. 3 AVG nach § 7 AVG befangen sein. Institutionen dürfen nur dann mit der Erstellung von Gutachten betraut werden und es darf nur dort als Ausnahme zulässig sein, wenn es in ganz konkreten Verwaltungsvorschriften gesetzlich vorgesehen ist.

Dies alles hat die verfahrensführende Behörde in diesem Verfahren nicht beachtet. So wird als Begründung für konkrete Auflagen nicht das Gutachten eines Sachverständigen herangezogen, welches schlüssig und nachvollziehbar ist, sondern vielmehr stellt sich heraus, dass die Forderungen nicht gesetzlich untermauert werden, sondern vielmehr Richtlinien eines Arbeitskreises sind, in dem die Sachverständigen und Amtsärzte der Magistratsabteilung 15 mitarbeiten.

Die Namen und das Fach der Amtssachverständigen sind den Parteien über ihr Verlangen bekannt zu geben. Bei nichtamtlichen Sachverständigen genauso. Die Verfahrensparteien können ja nur so beurteilen, ob ein unbefangener und ausreichend befähigter Sachverständiger auftritt.

In diesem Zusammenhang sieht das AVG folgendes vor:

„§ 53. (1) Auf Amtssachverständige ist § 7 anzuwenden. Andere Sachverständige sind ausgeschlossen, wenn einer der Gründe des § 7 Abs. 1 z 1, 2 und 4 zutrifft, außerdem können sie von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellen. Die Ablehnung kann vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.

(2) Über den Ablehnungsantrag entscheidet die Behörde endgültig.“

Die Behörde hat eine mögliche Befangenheit eines Sachverständigen schon bei bzw. vor der Bestellung zu beachten. Manchmal kann die Behörde aber allfällige Befangenheitsgründe gar nicht kennen. Sachverständige müssen – wie andere Verwaltungsorgane – beachten, dass sie nicht in Angelegenheiten tätig werden, wo sie selbst oder ihre Angehörigen beteiligt sind. Sie müssen sich auch dann befangen erklären, wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre voll Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (zB in einer Angelegenheit, wo ein guter Freund beteiligt ist).

Nach der vor allem vom EGMR entwickelten Rechtsprechung kommt es aber zunehmend nicht nur darauf an, ob sich der Sachverständige selbst für befangen erachtet, sondern darauf, dass auch nicht nach außen hin der Eindruck der Befangenheit entsteht. Es soll also auch nicht der Anschein der Befangenheit erweckt werden. Hier ist zunehmend eine erhöhte Sensibilität gefordert; solche Situationen sollten möglichst vermieden werden.

Amtssachverständige können von einer Verfahrenspartei nicht abgelehnt werden. Wenn eine Partei Bedenken gegen die Befangenheit oder Fachkunde eines Amtssachverständigen hat, kann sie das natürlich im Verfahren vorbringen und die Behörde muss sich damit befassen und in der Bescheidebegründung darauf eingehen, wenn sie den Einwänden nicht glaubt und nicht durch Bestellung eines anderen Sachverständigen Folge leistet. Ein formelles Ablehnungsrecht ist im Gesetz nicht vorgesehen. Jede Partei kann aber die behauptete Befangenheit bzw mangelnde Fachkunde in der Berufung gegen den verfahrensabschließenden

Bescheid vorbringen. Das heißt, dass die Behörde diese Einwände ernst nehmen muss, aber nicht am zügigen Weiterführen ihres Verfahrens gehindert ist.

Wenn die Behörde einen Sachverständigen bestellt, dem die notwendige Fachkunde abgeht (weil er zB auf einem anderen Fachgebiet sachverständig ist), so liegt eindeutig ein Verfahrensmangel vor. Die Behörde ist ja dann nicht in der Lage, die von ihr selbst als notwendig empfundene Expertise erstellen zu lassen. Stützt sie sich dennoch auf ein Gutachten eines solchen fachunkundigen Sachverständigen, so liegt regelmäßig ein wesentlicher Verfahrensmangel vor (VwGH vom 20.09.2000, 99/03/0024).

Der VwGH entscheidet hier einzelfallbezogen, wenn er mit der Frage befasst ist, ob ein bestimmter Sachverständiger auch tatsächlich die notwendige Fachkunde hat. Allerdings müssen die Parteien des Verfahrens in Bezug auf Einwendungen gegen die Fachkunde eines Sachverständigen substantiiert agieren, bloße Behauptungen reichen nicht aus (VwGH vom 20.09.2000, 99/03/0024).

Die Heranziehung eines befangenen Amtssachverständigen (oder nichtamtlichen Sachverständigen) bewirkt nicht die Rechtsungültigkeit des in der Folge erlassenen Bescheides, sondern lediglich einen Verfahrensmangel (VwGH vom 05.11.1991, 89/04/0273). Das unzulässige Einschreiten eines befangenen Sachverständigen kann durch die Partei nur mit den Rechtsmitteln gegen den das Verfahren abschließenden Bescheid geltend gemacht werden (VwGH vom 25.03.2003, 2002/11/0205).

Der VwGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Gutachten eines befangenen Sachverständigen nur dann zur Aufhebung eines Bescheides führt, wenn diese Befangenheit – im Sinne des § 42 Abs. 2 z 3 VwGG – wesentlich ist, wenn also im Einzelfall sachliche Bedenken gegen das Gutachten bzw gegen den sich darauf gründenden Bescheid bestehen (VwGH vom 15.05.1996, 95/03/0238, VwGH vom 13.06.2003, 2002/12/0297).

Aufträge nach § 56 Abs. 2 Ärztegesetz 1998 müssen begründet sein und es ist bei der Formulierung von diesen Aufträgen darauf zu achten, dass sie sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten. Aufträge müssen erforderlich sein,

geeignet sein, hinreichend bestimmt sein und schließlich behördlich erzwingbar sein.

Der Begründung des bekämpften Bescheides ist weder ein fachlicher Grund, noch ein rechtlicher Grund für die Vorschreibung des Auftrags 1.) zu entnehmen.

Ad 2.) Das zur Auflage 1.) Vorgebrachte gilt auch vor den Auftrag Nummer 2.). Auch hier hat es die belangte Behörde unterlassen, die vorgelegten Unterlagen des Beschwerdeführers rechtlich zu prüfen und sie einem konkreten Amtssachverständigen mit einer konkreten Frage zur Erstellung eines konkreten Gutachtens vorzulegen. Für den Auftrag Nummer 2.) gibt es weder eine rechtliche noch eine fachliche Begründung. Auch hat sich die belangte Behörde nicht mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt. Weiters fühlt auch hier eine Darstellung der belangte Behörde wieso dieser festgestellte hygienische Mangel keine unmittelbare Gefährdung von Patientinnen und Patienten zufolge hat, aber die Vorschreibung dieses Auftrages unbedingt erforderlich ist.

Ad 3.) Auch hier liegt weder eine rechtliche noch eine fachliche Begründung für Vorschreibung des Auftrags Nummer 3.) vor. Die Ausführungen zum Auftrag Nummer 1.) gelten auch für den Auftrag Nummer 3.).

Ad 4.) Auch hier hat es die belangte Behörde verabsäumt, rechtliche Grundlagen und ein fachliches Gutachten der Vorschreibung dieses Auftrags zugrundzulegen. Es gelten auch hier die Ausführungen zum Auftrag Nummer 1.).

Der zweite Satz des Auftrags Nummer 4.) betreffend dem aktuellen Hygieneprüfungsgutachten ist mangels Bestimmtheit keinesfalls ein Auftrag, sondern vielmehr eine Begründung und hat daher im Spruch des bekämpften Bescheides nichts verloren. Allerdings ist auch hier Wortwahl „zwingend erforderlich“ keine Begründung für die Vorschreibung eines Auftrages nach den Bestimmungen des Ärztegesetzes 1998 und des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991. Es ist hier hierbei weder eine Rechtsgrundlage angeführt noch eine sachliche Begründung. Auch hier hat es die belangte Behörde unterlassen, an einen konkreten Amtssachverständigen

konkrete Fragen zu stellen und den Auftrag zu erteilen ein schlüssiges und nachvollziehbares Gutachten zu verfassen. Für ein rechtskonformes Führen eines Verwaltungsverfahrens kann es nicht ausreichen, Unterlagen und narrative Ausführungen zwischen zwei Magistratsabteilungen hin und her zu schicken. Die Magistratsabteilung 14 hat es als belangte Behörde unterlassen, sich mit den Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 auseinanderzusetzen und schlüssige und nachvollziehbare Gutachten eines Amtssachverständigen mit entsprechender Begründung einzufordern. Es hat in diesem Zusammenhang die verfahrensführende Behörde verabsäumt, die Beweisthemen für den Sachverständigen vorzugeben. Bei allen vorliegenden Aufträgen fehlt eine übersichtliche Darstellung zwischen den Positionen des Amtssachverständigen, den Positionen des Beschwerdeführers und eine Darstellung der Rechtsgrundlagen durch die verfahrensführende Behörde.

Ad 5.) Hier ist vorgesehen, dass die Validierung gemäß Vorgaben des Medizinproduktegesetzes 1996 nachzuweisen ist. Einen Auftrag gemäß Vorgaben des Medizinproduktegesetzes 1996 zu fordern, ist rechtlich zu ungenau und missachtet das Bestimmtheitsgebot bei der Vorschreibung von Auflagen im Rahmen von Verwaltungsverfahren. Der Auftrags Nummer 5.) vermischt ungenaue Vorschreibungen mit mangelhaften Begründungen, die wiederum im Spruch eines Bescheides nicht vorzufinden sind, sondern vielmehr in einer systematisch aufgegliederten Begründung. Gerade die Begründung enthält aber im Hinblick auf die Aufträge keine systematische Darstellung, sondern vielmehr eine unsystematische Darstellung des Ablaufs des Verfahrens. Im Spruch des Bescheides vom 27.08.2015 stellt die belangte Behörde fest, dass zur Behebung der am 03.07.2012 festgestellten Mängel fünf Aufträge erteilt werden. In der Begründung des bekämpften Bescheides führt die belangte Behörde dazu aus, dass die Beauftragung der Behebung der festgestellten hygienischen Mängel zur Hintanhaltung einer möglichen Gefährdung von Patientinnen und Patienten erforderlich sei. Die verfahrensführende Behörde stellt allerdings nicht klar, welche Gefährdung von Patientinnen und Patienten besteht und wie diesen Gefährdungen zwischen 03.07.2012 und 27.08.2015 begegnet wurde. Die verfahrensführende Behörde teilt nur mit, dies aber auch ohne Begründung, dass eine unmittelbare Gefährdung von Patientinnen und Patienten aufgrund der

festgestellten Hygienemängel nicht besteht, sodass keine sofortige Sperre der Ordination auszusprechen war.

Im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.04.2010, 2010/11/0047, hat es die verfahrensführende Behörde unterlassen, sich damit auseinanderzusetzen, welche gesundheitsgefährdende Missstände beim Betrieb der Ordination konkret vorliegen und wie diese Missstände rechtlich begründet auf der Basis eines schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten eines Amtssachverständigen zu beheben sind.

Die belangte Behörde ist in keinsten Weise darauf eingegangen, dass die Magistratsabteilung 15 in ihrem Schreiben vom 09.07.2014 angegeben hat, dass die Unterlagen des Beschwerdeführers aus medizinischer Sicht keinesfalls als Ersatz für die Durchführung einer Gesamtvalidierung unter Vorlage der entsprechenden Validierungsbestätigung bei der Magistratsabteilung 40 zu werten sei.

Wenn hinsichtlich der Durchführung der Validierung seitens der Magistratsabteilung 15 auf die Richtlinie 29 des Arbeitskreises für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen in der Magistratsabteilung 15 hingewiesen wird, hat die verfahrensführende Behörde es unterlassen, die Rechtsgrundlagen für diese Richtlinie darzustellen, weiters auszuführen, warum diese Richtlinie noch nicht verbindlich ist und weiters darzustellen, auf welcher Rechtsgrundlage der angeführte Arbeitskreis für Hygiene in Gesundheitseinrichtungen der Magistratsabteilung 15 und wieso auf die Positionen des Beschwerdeführers weder rechtlich noch fachlich eingegangen wurde.

Die belangte Behörde hat es mit den unübersichtlichen und narrativen Ausführungen in der Verfahrensführung verabsäumt, klarzustellen, was rechtlich verbindlich ist und dies auch entsprechend darzustellen. Keinesfalls darf die belangte Behörde einfach Ausführungen eines Hygienefachkreises übernehmen, ohne näher darauf einzugehen, auf welcher Rechtsgrundlage dieser Hygienefachkreis überhaupt eingerichtet ist und ob dieses Tätigwerden juristisch begründet ist. Die belangte Behörde habe es verabsäumt klarzustellen, welche Fragen ein konkreter Amtssachverständiger schlüssig und nachvollziehbar zu

beantworten hat und dies vor allem übersichtlich zu gestalten und weiters in welcher Beziehung ein befasster Amtssachverständiger mit den im Verfahren erwähnte Hygienefachkreis steht. So stellt sich die Frage, ob dieser Hygienefachkreis zu den Aufgaben der Magistratsabteilung 15 zählt und wie die Geschäftseinteilung des Magistrats Wien diese Tätigkeit vorsieht.

Der Beschwerdeführer ist ein zur selbständiger Berufsausübung berechtigter Facharzt, der das wirtschaftliche Risiko seines Unternehmens, nämlich seiner Ordination trägt. Er arbeitet nach den Bestimmungen des Ärztegesetzes. Keinesfalls ist er der Vorstellungen eines rechtlich nicht definierten Hygienefachkreises der Magistratsabteilung 15 unterworfen. Wenn die belangte Behörde einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Facharzt Aufträge vorschreiben will, muss die rechtliche Grundlage präzise und nachvollziehbar dargestellt werden und nicht bloß narrativ unter Missachtung der im Gesetz und der Judikatur geforderten Erfüllung der Aufgaben von verfahrensführenden Behörden und dem konkreten Amtssachverständigen.

Sohin ist spruchgemäß zu entscheiden. Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG war die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien nicht erforderlich, ergibt sich der entscheidungsmaßgebliche Sachverhalt doch eindeutig aus dem Akteninhalt und es wurde ein diesbezüglicher Antrag auch nicht gestellt.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffs „Rechtsfrage

von grundsätzlicher Bedeutung“ kann auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Art. 131 Abs. 3 B-VG aF liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn die Entscheidung der Sache im Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen, auf zusätzliche Argumente gestützte Rechtsprechung liegt. Das ist dann der Fall, wenn eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die auch für eine Reihe anderer gleichgelagerter Fälle von Bedeutung ist und diese durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bisher nicht abschließend geklärt worden ist. Es muss sich um eine aus rechtssystematischen Gründen bedeutsame und auch für die einheitliche Rechtsanwendung wichtige Frage des materiellen oder formellen Rechts handeln (vgl. Paar, ZfV, 892). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor, wenn die Rechtsfrage klar aus dem Gesetz lösbar ist (vgl. Köhler, ecolex 2013, 596, mit weiteren Nachweisen). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt dann vor, wenn die Klärung dieser Rechtsfrage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat (vgl. Thienel, aaO, 73f).

Da im gegenständlichen Fall eine solche Rechtsfrage nicht vorliegt, war die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist

eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Hans Serban, LL.M.