

Begutachtung der Dissertation „Die Anwendung des Vergaberechts im Vertragspartnerrecht“ von Mag.^a iur. Manja Maria Seebacher

I.

Zu den charakteristischen Merkmalen des Unionsrechts gehört es, dass dieses einen angemessenen Ausgleich zwischen der Gewährleistung von Systemen der Daseinsvorsorge und den Anforderungen des auf Wettbewerb basierenden Binnenmarktes anstrebt. Einerseits wird den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum bei der Sicherstellung der Daseinsvorsorge eingeräumt, der aber andererseits den Wettbewerb im Binnenmarkt nicht unangemessen beeinträchtigen darf. Dieses Spannungsverhältnis zeigt sich mit kaum zu überbietender Deutlichkeit in der Ausgestaltung der sozialen Systeme der Mitgliedstaaten, dem sich die vorliegende Arbeit mit Blick das Vertragspartnerrecht im System der österreichischen Sozialversicherung widmet. Im Fokus der Arbeit steht dabei die Frage, ob bzw inwieweit das Vergaberecht der Union in seiner Ausgestaltung im innerstaatlichen Recht beim Abschluss von Verträgen mit KassenärztInnen zur Anwendung kommt. Diese Frage wird in der Literatur dahingehend beantwortet, dass die Vorschriften des ASVG über die Vergabe von VertragsärztInnenstellen eine *lex specialis* gegenüber dem Vergaberecht darstellen würden. Diese Rechtsauffassung wird in der vorliegenden Arbeit hinterfragt und letztlich mit guten Argumenten bezweifelt. Auch ist hervorzuheben, dass es bisher an einer eingehenden monographischen Untersuchung der in Rede stehenden Rechtsfrage unter Berücksichtigung des Unionsrechtes sowie Lehre und Rechtsprechung fehlte.

Durch die vorliegende Arbeit wird diese Lücke nun sehr eindrucksvoll geschlossen.

II.

In der Arbeit wird zunächst einmal der unionsrechtliche Rahmen aufgezeigt und darauf hingewiesen, dass nach hA keine generelle Ausnahme von den Vorschriften des Unionsrechts für die staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit besteht (S 16). Aus diesem Grund können auch die Regelungen in den VergabeRL, wonach diese nicht die Gestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit beeinflussen, nicht als Pauschalausnahme der Beschaffungsvorgänge der ÖGK vom Vergaberecht verstanden werden (S 16). Weiters wird zum besseren Verständnis der folgenden Erörterungen das einschlägige innerstaatliche Vergaberecht sowie das im ASVG geregelte Vertragspartnerrecht dargestellt. Besonderes Augenmerk wird dabei der Ausgestaltung der (privatrechtlichen) Verträge sowie dem Auswahlverfahren der jeweiligen Vertragspartner gewidmet. Bereits in diesen Ausführungen wird deutlich, dass die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf das Auswahlverfahren Konsequenzen für den Rechtsschutz hat: Verneint man die Anwendung des Vergaberechts, dann steht für übergangene BewerberInnen nur der Zivilrechtsweg offen. Bejaht man dagegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts, dann steht der für übergangene BewerberInnen wesentlich günstigere Verwaltungsrechtsschutz des Vergaberechts zur Verfügung.

III.

In einem nächsten Schritt befasst sich die Arbeit mit der ÖKG als öffentlicher Auftraggeberin im Sinne des Vergaberechts. Es wird darauf hingewiesen, dass die Sozialversicherungsträger im BVerG 1997 noch ausdrücklich als öffentliche Auftraggeber angeführt waren. Ab dem BVerG 2002 war das

zwar nicht mehr der Fall, doch wurde nach den Gesetzesmaterialien die Eigenschaft der Sozialversicherungsträger als öffentliche Auftraggeberin als selbstverständlich angesehen (S 44). Da Gesetzesmaterialien (trotz ihrer prinzipiellen Relevanz für die Interpretation) nicht die Qualität von Gesetzestexten aufweisen, wird von der Verfasserin anhand der einzelnen gesetzlichen Merkmale von (als öffentliche Auftraggeber geltenden) im Allgemeininteresse geründeten Einrichtungen nicht gewerblicher Art unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung eingehend geprüft und dargelegt, dass die ÖGK auch danach als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren ist. Dabei wird auf die vom EuGH entwickelte und im vorliegenden Zusammenhang maßgebliche „Infektionstheorie“ hingewiesen, wonach eine Einrichtung nicht nur bezüglich ihrer Tätigkeiten „nicht gewerblicher Art“, sondern grundsätzlich in allen ihren Beschaffungsvorgängen dem Vergaberecht unterliegt (S 51).

Nach diesem Befund wendet sich die Arbeit der Frage zu, ob die ÖGK ein „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union darstellt. Diese Frage ist für die vorliegende Thematik vor allem deshalb von Bedeutung, weil Art 106 Abs 2 AEUV eine Ausnahme von den Vorschriften des Unionsrechts (einschließlich des Vergaberechts) für mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute „Unternehmen“ vorsieht. Nach eingehender und sehr sorgfältiger Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH sowie des OGH gelangt die Verfasserin zu einem wohlbegründeten differenzierten Ergebnis, bei dem zwischen der ÖGK als Anbieterin und Nachfragerin zu unterscheiden ist (S 77): In Bezug auf das „anbieten von Versicherungsleistungen“ handelt die ÖGK „nichtwirtschaftlich“ und ist insoweit schon deshalb nicht als „Unternehmen“ anzusehen. Als „Anbieterin von DL“ durch eigene Einrichtungen ist die ÖGK dagegen prinzipiell „unternehmerisch“ tätig, weshalb die Ansicht des OGH, der zufolge bei Handeln im Rahmen des gesetzlichen Auftrages „nichtwirtschaftliche“ Tätigkeit vorliege, abgelehnt wird (S 66). Im Hinblick auf die „Nachfragetätigkeit“ der ÖGK wird letztlich die Ansicht vertreten, dass die ÖGK nicht als „Unternehmen“ handelt (S 77, 174).

Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass der „sozial geprägte Auftraggeberbegriff“ dem „wirtschaftlich“ geprägten Unternehmensbegriff im Unionsrecht gegenübersteht (S 77). Beide Begriffe schließen einander nicht aus, sondern sind „durchaus auch parallel anzuwenden“ (S 78). Daher vermag

auch die Disqualifikation als „Unternehmen“ im Bereich der Nachfragetätigkeit der ÖGK, ihre Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin und damit ihre Bindung an das Vergaberecht nicht in Zweifel zu ziehen.

IV.

Davon ausgehend, wird dann der Kassenvertragsarzt im europäischen Vergaberecht in den Blick genommen. Den Ausgang bildet die Judikatur des VfGH, demzufolge Kassenverträge bloße „Direktverträge“ seien, die nicht dem Vergaberecht unterlägen. Handle es sich bei ihnen doch lediglich um „die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes“ (VfSlg 17367/2004). In der Arbeit wird nun in äußerst fachkundiger Weise herausgearbeitet, dass Kassenverträge trotz ihres Charakters als „Direktverträge“ vom Geltungsbereich der Vergaberichtlinien und in weiterer Folge vom österreichischen Vergaberecht erfasst sind. Die Verfasserin kommt dabei unter Berufung auf die Judikatur des EuGH zum durchaus nachvollziehbaren Ergebnis, dass wesentliches Merkmal eines „Auftrages“ im Sinne des Vergaberechts dessen „synallagmatische Prägung“ ist (S 92). Diese fehle „echten Direktverträgen“ bei denen „nur die Verrechnungsmodalitäten“ enthalten sind (S 90). Bei solchen Verträgen bestünde zwar ein Anspruch des Leistungserbringers gegenüber dem zur Kostenerstattung Verpflichteten. Umgekehrt besitze aber der zur Kostenerstattungsverpflichtete keinen Anspruch Erbringung der Leistung durch ein bestimmtes Unternehmen (S 94). Auch sei ein synallagmatischer Vertrag auszuschließen, wenn der Leistungserbringer/die Leistungserbringerin „weder bei Abschluss des Vertrags noch bei dessen Inhalt über Handlungsspielraum und Mitspracherecht verfügt“ (S 92).

Anhand dieser Kriterien wird dann gezeigt, dass Kassenarztverträge keine „echten Direktverträge“ darstellen. Vielmehr enthalten sie wechselseitige Verpflichtungen (wie die Behandlungspflicht seitens der Ärztinnen und

Ärzte), die auch einklagbar sind (s 97 ff). Es handelt sich somit um „synalagmatische Verträge“ im dargelegten Sinn, die grundsätzlich unter den Geltungsbereich des Vergaberechts fallen (S 102).

V.

Zu überlegen ist freilich auch noch, ob die Kassenarztverträge von einem Ausnahmetatbestand des Vergaberechts erfasst sind. Heißt es doch in EwG 6 der VergabeRL, „dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Erbringung von gesetzlichen sozialen Dienstleistungen ... entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen oder als eine Mischung davon zu organisieren“. Diese Feststellung lässt darauf schließen, dass die Mitgliedstaaten bei Gestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme die Anwendung des Vergaberechts auch ausschließen können. Bestärkt wird diese Einschätzung durch Art 1 Abs 5 VergRL, demzufolge die RL nicht „die Art und Weise“ berührt, „in der die Mitgliedstaaten die Systeme der sozialen Sicherheit gestalten“. Fraglich bleibt allerdings, wie weit der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht reicht.

Für die Verfasserin steht dazu zunächst außer Streit, dass die von den Sozialversicherungsträgern angebotenen Versicherungsleistungen „nichtwirtschaftlich“ und damit dem Vergaberecht entzogen sind (S 109). Davon streng zu trennen seien jedoch die Sozial- und Gesundheitsleistungen (S 109), die Gegenstand der Kassenarztverträge sind. Bei diesen stellt sich jedoch die Frage, ob sie als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ gemäß Art 106 Abs 2 AEUV dem Vergaberecht entzogen sind. Zur Beantwortung dieser Frage wird in der vorliegenden Arbeit eine umfassende Betrachtung solcher Dienstleistungen im AEUV unter Berücksichtigung von Art 14 AEUV vorgenommen. Letztlich gelangt die Verfasserin aber zum Ergebnis, dass keine Freistellung der ÖGK vom Vergaberecht nach Art 106 Abs 2 AEUV vorliegt, weil die ÖGK den „Unternehmensbegriff“ des AEUV nicht erfüllt und daher auch kein mit Dienstleistungen von

allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betrautes „Unternehmen“ im Sinne von Art 106 Abs 2 AEUV darstellt (S 124). Es ist zu betonen, dass damit die Anwendung des Art 106 Abs 2 AEUV auf Kassenärzteverträge noch nicht gänzlich ausgeschlossen ist, zumal der Gesundheitsschutz der Bevölkerung vom EuGH als „allgemeines Interesse“ eingestuft wird (S 127). Voraussetzung für eine Anwendbarkeit von Art 106 Abs 2 AEUV wäre allerdings, dass die KassenvertragsärztInnen als mit einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse gemäß Art 106 Abs 2 AEUV betraute „Unternehmen“ qualifiziert werden.

VI.

Die Eigenschaft von VertragsärztInnen als „Unternehmen“ wird in der Arbeit zwar nicht in Zweifel gezogen, doch wird eine Anwendbarkeit des Art 106 Abs 2 AEUV auf diese dennoch skeptisch gesehen. Das Problem liege vor allem im privatrechtlichen Charakter der Kassenarztverträge. Nach Meinung der Verfasserin können zwar auch privatrechtliche Verträge eine gültige Aufgabenübertragung gemäß Art 106 Abs 2 AEUV begründen, doch sei in einem solchen Fall „verstärkt auf eine Bindung an einen Hoheitsakt zu achten“ (S 132). Dazu ist jedoch festzustellen, dass der EuGH auch bereits eine Prüfung von vertraglichen Betrauungen mit der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Rettungsdienste) anhand von Art 86 Abs 2 EGV (nunmehr Art 106 Abs 2 AEUV) ohne Rücksicht auf das Erfordernis eines Hoheitsaktes vorgenommen hat (EuGH 29.4.2010, Rs C-160/08 [*Kommission/Deutschland*], Rz 125 ff). Eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung hätte die Ausführungen an dieser Stelle vielleicht noch besser abgerundet. Die Verfasserin geht jedenfalls davon aus, dass die erforderliche „Bindung“ an einen Hoheitsakt bei der Betrauung von KassenvertragsärztInnen nicht vorliege (S 143). Dagegen könnte man freilich § 338 Abs 2 ASVG einwenden, demzufolge durch die Verträge „die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen“ sicherzustellen ist. Es erscheint zumindest diskussionswürdig, ob damit nicht eine

ausreichende Bindung der Kassenverträge an einen Hoheitsakt besteht, zumal das von Art 106 Abs 2 AEUV geforderte Ausmaß an Bindung noch nicht völlig geklärt erscheint.

Gewisse Bedenken könnten auch gegen die in der Arbeit vertretene Auffassung erhoben werden, wonach die Anwendung des Art 106 Abs 2 AEUV auf VertragsärztInnen auch deshalb fraglich erscheine, weil diese Bestimmung „ein gewisses Maß“ an staatlichem Einfluss auf die Einrichtung voraussetze und dies bei VertragsärztInnen wegen deren Weisungsfreiheit zweifelhaft sei (S 142 f). Dazu ist festzustellen, dass gemäß § 338 Abs 5 ASVG „die Kontrolle der Vertragspartner/innen durch die Versicherungsträger und der Einsatz einzelner Kontrollinstrumente durch die Versicherungsträger“ weder durch Vertrag noch durch Nebenabrede ausgeschlossen werden kann. Es stellt sich die Frage, ob damit nicht doch der geforderte staatliche Einfluss sichergestellt wird.

Allerdings vermögen diese Anmerkungen die Plausibilität der Argumentation der Verfasserin keineswegs ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Handelt es sich doch um Rechtsbereiche, über deren Inhalt nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung keineswegs unzweifelhafte Klarheit besteht und die in der Arbeit vertretenen Positionen erscheinen jedenfalls wohlbegründet. Es ist daher als sehr vertretbare Ansicht zu werten, wenn nach Ansicht der Verfasserin eine Freistellung gemäß Art 106 Abs 2 AEUV auch nicht über den Ansatz der VertragsärztInnen als „Unternehmen“ im Sinne dieser Bestimmung in Betracht kommt.

VII.

Die Arbeit kommt daher zum Ergebnis, dass der Abschluss von Kassenarztverträgen grundsätzlich dem Vergaberecht unterliegt. Davon ausgehend, wird herausgearbeitet, dass es sich (entgegen Stimmen in der Literatur) bei diesen Verträgen um keine Dienstleistungskonzessionen, sondern um Dienstleistungsaufträge handelt (S 146 ff). Auf diese komme das Sonderre-

gime für Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens zur Anwendung, das sich durch einen größeren Gestaltungsspielraum auszeichnet (150 ff). Dies bedeutet freilich nicht, dass die Anwendung des Vergaberechts auf Kassenarztverträge völlig folgenlos bliebe. Vielmehr werden die Möglichkeiten einer „systemkonformen“ Umsetzung der Vorgaben des Vergaberechts näher aufgezeigt. Demnach hat die ÖGK etwa für die beabsichtigte Vergabe von Kassenverträgen gemäß § 56 BVergG Bekanntmachungen vorzunehmen und dem Amt für Veröffentlichungen der EU zu übermitteln (S 163). Auch wäre eine Gewichtung der in der ReihungsV enthaltenen Kriterien vorzugeben (S 166). Vor allem aber bringt die Anwendung des Vergaberechts weitreichende Änderungen im Rechtsschutz mit sich. Das betrifft etwa die Mitteilungspflicht des Zuschlages samt Stillhaltefrist (S 167) und die Möglichkeit der Anfechtung einzelner Schritte des Vergabeverfahrens vor Verwaltungsgerichten. Den Abschluss der Arbeit bildet eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

VIII.

Einer Gesamtbewertung der Arbeit ist zunächst einmal voranzustellen, dass sie in einer sehr klaren Sprache verfasst ist und sich durch einen überzeugenden systematischen Aufbau auszeichnet. Hinzu kommt, dass in der Arbeit Lehre und Rechtsprechung gründlich aufgearbeitet und einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Vor allem aber ist hervorzuheben, dass die Arbeit durch eine sehr subtile und differenzierte Argumentation besticht, die sich aber stets auf dem Boden der gebotenen juristischen Methodik bewegt. Vor diesem Hintergrund ist der Verfasserin mit der vorliegenden Arbeit eine beachtliche Leistung gelungen, indem sie für eine komplexe und vielschichtige Problematik eine sehr detailliert durchargumentierte und alle Aspekte abwägende Lösung bietet. Damit hat sie nicht nur ihre außerordentliche Befähigung zur wissenschaftlichen Bearbeitung einer schwierigen Thematik klar unter Beweis gestellt. Vielmehr ist es ihr auch gelungen, neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu erzielen. Dazu zählt nicht nur die umfas-

sende Bearbeitung und Lösung einer bisher noch nicht ausreichend behandelten Rechtsfrage. Überdies finden sich in der Arbeit Überlegungen zu Einzelaspekten, die durchaus den Charakter neuer wissenschaftlicher Einsichten aufweisen. Ein Beispiel dafür ist die Auffassung, wonach die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen durch eigene Einrichtungen der ÖGK entgegen der Meinung des OGH grundsätzlich als „wirtschaftliche“ Tätigkeit zu qualifizieren ist (S 65 ff). Ein anderes Beispiel stellen die Darlegungen zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf „Direktverrechnungsverträge“ dar (S 86 ff), die über die Thematik der vorliegenden Arbeit hinaus von Bedeutung sind. Gewiss mag man zu mancher Argumentation vorsichtig auch den einen oder anderen Einwand erheben, doch ist dies dem besonderen Charakter des Gegenstandes der Rechtswissenschaft geschuldet, der völlig einwandfreie Ergebnisse mitunter nur schwer zulässt. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Arbeit unzweifelhaft mit der Note

„sehr gut“

zu bewerten.

Wien, 25.8.2025



(UnivProf.i.R.DDr. Michael Potacs)