



universität
wien

Exposé des Dissertationsvorhabens

Vorläufiger Titel der Dissertation:

**„Die Anwendbarkeit des europäischen und österreichischen Vergaberechts auf
Vorgänge in der öffentlich finanzierten Gesundheitsversorgung“**

Dissertantin

Mag.^a Manja Maria Seebacher

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Betreuer

Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur

Matrikelnummer: 01503744

Studienkennzahl: A 783 101

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Dissertationsfach: Medizinrecht

Wien, Jänner 2022

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemaufriss	3
II.	Aktueller Forschungsstand	5
III.	Forschungsfragen.....	6
IV.	Forschungsthesen.....	7
V.	Methodik.....	7
VI.	Aufbau der Untersuchung.....	8
VII.	Vorläufige Gliederung.....	10
VIII.	Vorläufiger Arbeits- und Zeitplan	12
IX.	Auswahl relevanter Rechtsquellen, Materialien und Literatur	13

I. Problemaufriss

Im Rahmen dieses Dissertationsprojektes soll untersucht werden, wie ausgewählte Vorgänge im Zusammenhang mit der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung vergaberechtlich zu beurteilen sind. Den Ausgangspunkt stellt die Umsetzung der RL 2014/24/EU¹ und RL 2014/25/EU² im Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2018 (BVergG)³ und der RL 2014/23/EU⁴ im Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen 2018 (BVergGKonz)⁵, mit dem erstmals Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich geregelt werden⁶, dar, deren Ziel die Vereinfachung und Flexibilisierung des Vergabeverfahrens unter größtmöglicher Ausnutzung des Umsetzungsspielraums war.⁷ Untersuchungsrelevant ist die im BVergG umgesetzte neue Kategorie der „sozialen und besonderen Dienstleistungen“, die gemäß § 151 BVergG nur einem eingeschränkten Vergaberechtsregime unterliegt. In Anhang XVI BVergG werden diese taxativ aufgezählt und unter Abschnitt A umfassend „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens“ genannt. Parallel dazu normiert auch § 25 BVergGKonz eine nur eingeschränkte Anwendung seiner Bestimmungen auf die Vergabe von „besonderen Dienstleistungskonzessionen“. Eine taxative Aufzählung ist auch in Anhang IV dieses Gesetzes zu finden, unter Abschnitt A werden wieder umfassend „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens“ genannt.

Die eben genannten Dienstleistungen sind im Rahmen der österreichischen gesetzlichen Sozialversicherung Gegenstand von Verträgen, wie sie gemäß dem Vertragspartnerrechts des 6. Teil des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG)⁸ zu vergeben sind. Sozialversicherungsträger vereinbaren nach diesen Bestimmungen Dienstleistungen mit ÄrztInnen und ZahnärztInnen (§§ 340 ff), mit ApothekerInnen (§§ 348a ff), mit freiberuflichen PsychologInnen und PsychotherapeutInnen (§ 349 Abs 2) sowie mit Krankenanstalten (§ 349 Abs 2a, 2b, 2c).

In diesem Zusammenhang sind nun § 9 Abs 1 Z 18 BVergG und § 8 Abs 1 Z 21 BVergGKonz von Interesse, die vom Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ausnehmen. Diese Ausnahme findet sich explizit in Art 4 Abs 2 der RL 2014/23/EU und in deren EG 6, bei RL 2014/24/EU nur in EG 6 zweiter UAbs, letzter Satz und als Fußnote zu Anhang XIV. Während beide Richtlinien ausdrücklich festhalten, dass es den Mitgliedstaaten freisteht Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen

¹ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

² RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG. Während auch diese im BVergG 2018 umgesetzt wurde, ist sie darüber hinaus für diese Arbeit nicht weiter relevant.

³ BGBl. I Nr. 65/2018.

⁴ RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

⁵ BGBl. I Nr. 65/2018.

⁶ Vgl. *Berger/Zleptnig in Heidl/Preslmayer* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 46.

⁷ Vgl. MRV BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018.

⁸ BGBl. Nr. 189/1955.

von allgemeinem Interesse zu organisieren, wird nicht näher definiert was unter *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* zu verstehen ist.

Auch die Gesetzesmaterialien zum BVergG 2018 klären nicht weiter auf. Während es in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf zum BVergG 2017 noch hieß „*Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie zB Kur- und Rehaleistungen) sind im Sinne dieser Bestimmungen [§ 9 Abs 1 Z 18] vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen*“⁹, äußerte man sich in den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2018 schon weniger konkret. Die Ausnahme des Z 18 wird auf die schon erwähnten Stellen in der Richtlinie gestützt, anstatt einer Klarstellung der konkreten Bedeutung dieser Formulierung aber werden mehrere Dokumente der Europäischen Kommission angeführt¹⁰, sowie mehrere Urteile des EuGH in denen sich dieser mit den Leistungen von Einrichtungen, die gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit verwalten, auseinander gesetzt hat.¹¹ Ein Ergebnis bieten die Erläuterungen nicht, es wird lediglich zusammengefasst, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen sein „*könnten*“¹² und es auf die Einzelfallbetrachtung ankommt. Die Erläuterungen zum BVergGKonz verweisen hinsichtlich § 8 Abs 1 Z 21 lediglich auf die Ausführungen zu § 9 Abs 1 Z 18 BVergG.¹³ Der Gesetzgeber ließ so die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung offen.

Dies schafft eine prekäre Situation für Sozialversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber, denn es bleibt ihnen überlassen die Frage der Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Und Verstöße gegen das Vergaberecht werden mit abschreckend hohen Geldstrafen geahndet¹⁴ und können hohe Schadenersatzansprüche auslösen. Klärungsbedarf besteht hier nicht nur aufgrund der erheblichen Unsicherheiten für die (potentiell) Rechtsunterworfenen, auch der Zweck des Vergaberechts gebietet eine rechtswissenschaftliche Aufarbeitung: Aufgrund der besonderen Stellung des Staates als Marktteilnehmer und seines Agierens mit öffentlichen Geldern ergibt sich die Notwendigkeit rechtlicher Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe. Durch das Vergabeverfahren soll allen Bietern ein fairer und chancengleicher Wettbewerb ermöglicht werden, der die Sicherung von Effizienz, Fairness und Gleichheit sowie einen angemessenen Rechtsschutz gewährleistet. Außerdem soll auch sichergestellt werden, dass der Staat mit öffentlichen Geldern sparsam und kosten-nutzen-orientiert waltet. Es ist auch von einer vergleichbaren ratio im Sozialversicherungsrecht zu sprechen: „*Es geht um Kostenkontrolle im Zusammenhang mit öffentlichen*

⁹ ME BVergG 2017, 292/ME 25. GP 5.

¹⁰ In concreto: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, SWD(2013) 53 final/2; die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen über die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.01.2012 S.4.

¹¹ In concreto: C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband ua.*; Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*; Rs C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance ua.*; Rs C-67/96, *Albany*.

¹² ErläutRV 69BlgNR 26. GP 38

¹³ Vgl. ErläutRV 69BlgNR 26. GP 242.

¹⁴ Siehe § 375 BVergG 2018. Geldstrafen können bis zu 30% der Auftragssumme ausmachen.

Ausgaben sowie um optimalen Mitteleinsatz bei gleichzeitiger Sicherung der erforderlichen Versorgung zu bestmöglicher Qualität.“¹⁵ Insofern scheint auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der österreichischen Krankenversicherung, betragen die Ausgaben im Jahr 2020 doch ungefähr 20 Milliarden Euro¹⁶, ein Bedarf nach rechtswissenschaftlicher Forschung und Aufarbeitung evident.

II. Aktueller Forschungsstand

Der Forschungsstand zur neuen Rechtslage und den so aufgeworfenen Problemen ist gegenwärtig noch dürftig. Während es unstrittig ist, dass es sich beim Dachverband der Sozialversicherungsträger, den Sozialversicherungsträgern und beruflichen Interessenvertretungen um öffentliche Auftraggeber iSd des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG und des § 4 Abs 2 Z 2 BVergGKonz handelt¹⁷, fehlt es allgemein an der Beurteilung der Anwendbarkeit des (europäischen und österreichischen) Vergaberechts auf das Vertragspartnerrecht. Die Dokumente der Kommission und die in den Gesetzesmaterialien angeführten EuGH-Urteile bieten hinsichtlich der Frage nach dem Umfang des Ausnahmetatbestandes und so in weiterer Folge nach der Anwendbarkeit keine konkreten Antworten. Eine unionsrechtskonforme Begriffsaufarbeitung hat noch nicht stattgefunden. In der österreichischen Kommentarliteratur wird dennoch geschlussfolgert, dass es sich um nicht unternehmerische Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge handelt. *Gölles* in *Casati* argumentiert ein restriktives Verständnis der § 9 Abs 1 Z 18 BVergG und § 8 Abs 1 Z 21 BVergGKonz anhand des weiten Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln der Art 101 ff AEUV und des so auch weit zu verstehenden Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit. Der Begriff der nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten reduziere sich auf solche, für die es keinen Anbietermarkt und -wettbewerb gibt.¹⁸ *Heid* zieht ähnliche Schlüsse und ortet in Österreich einen entwickelten Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, der eine Einordnung unter „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen“ kaum möglich scheinen lässt.¹⁹ Beide sehen die Formulierung der Erläuterungen problematisch, *Casati* kritisiert außerdem die Systematik der Regelung²⁰ und *Heid* hält öffentliche Auftraggeber an, die entsprechenden Dienstleistungen vorsichtshalber nach den Vergaberegeln auszuschreiben.²¹

¹⁵ *Kneihs*, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen (2008), 76.

¹⁶ Vgl. *Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger*, Die Österreichische Sozialversicherung in Zahlen 2020, 10.

¹⁷ Siehe dazu *Kneihs*, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen, Ein Vergleich vor dem Hintergrund des EG-Binnenmarktes und des EWR (2008) 75f; ErläutRV 69 BlgNR. 26. GP 26; *Mosler*, Auswahl der Vertragsärzte und Ärztesamtvertrag in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 419ff.

¹⁸ Vgl. *Casati* in *Gölles*, BVergG 2018 § 9 Rz 31 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

¹⁹ Vgl. *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (2019) Rz 57.

²⁰ Vgl. *Casati* in *Gölles*, BVergG 2018 § 9 Rz 31 (Stand 1.10.2019, rdb.at). So hinterfragt er die umfassende Aufzählung der Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens in den Anhängen XVI und XVII des BVergG (parallel dazu Anhang IV des BVergGKonz) und die speziellen Regelungen bzgl Beauftragungen von bestimmten Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen an gemeinnützige Einrichtungen in § 152 BVergG. Dieser bedürfte es nämlich nicht, wären alle diese Dienstleistungen wie vom Gesetzgeber angedeutet von der Ausnahme in Z 18 erfasst.

²¹ Vgl. *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (2019) Rz 57.

Durch das Inkrafttreten des BVergGKonz 2018, mit dem erstmals Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich geregelt werden²², ist es notwendig geworden, sich genauer mit der Unterscheidung von Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen auseinanderzusetzen. Die Rechtsprechung zu Direktverrechnungsverträgen sieht hier in ärztlichen Einzelverträgen²³ und Verträgen mit PRIKRAF-Krankenanstalten²⁴ keinen dem Vergaberecht unterliegenden Vorgang. Zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Unternehmer (zB dem Arzt) liegt dem VfGH zufolge ein Vertrag rein zur Verrechnung des Kostenersatzes vor²⁵, der zivilrechtliche Vertrag über die Erbringung der Dienstleistung selbst wird nur zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossen.²⁶ Diese Rechtsansicht wurde in der Literatur stark kritisiert²⁷ und muss aus gegebenem Anlass wieder diskutiert werden. Eine konkrete vergaberechtliche Einordnung der Verträge gemäß des 6. Teils des ASVG wird nur anhand der einzelfallbezogenen Beurteilung der Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses möglich sein. Eine eingehende Analyse dahingehend hat in der rechtswissenschaftlichen Forschung noch nicht stattgefunden. Lediglich hinsichtlich des ärztlichen Einzelvertrags lässt sich eine eindeutige Tendenz in Richtung Dienstleistungskonzession erkennen.

III. Forschungsfragen

So ergeben sich folgende Forschungsfragen:

- Wie ist der Ausnahmetatbestand der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ unionsrechtskonform zu interpretieren?
 - Welche Dienstleistungen im Rahmen der österreichischen öffentlich finanzierten Gesundheitsversorgung fallen unter diese Definition?
- In welche vergaberechtliche Kategorie fallen die zu untersuchenden Dienstleistungen?
 - Wie lässt sich die einschlägige europäische Rechtsprechung auf die österreichische Rechtslage übertragen?
 - Ist die Einordnung von Einzelverträgen als Direktverrechnungsvertrag unter der neuen Rechtslage noch vertretbar?
 - Welche Kriterien müssen vorliegen damit eine seit Neuestem dem Vergaberecht unterliegende Dienstleistungskonzession angenommen werden kann?
- Welche vergaberechtlichen Bestimmungen sind im Ergebnis anzuwenden?
 - Wie kann auf die Besonderheiten der Vertragsvergabe nach dem ASVG eingegangen werden?
- Wie ist die Unionsrechtskonformität des Vertragspartnerrechts zu beurteilen?

²² Vgl. Berger/Zleptnig in Heidl/Preslmayer (Hrsg), Handbuch Vergaberecht4 Rz 46. Davor waren auf Dienstleistungskonzessionen die primärrechtlichen Grundsätze des Vergaberechts anzuwenden, sofern grenzüberschreitendes Interesse bestand.

²³ VfSlg 17.367/2004.

²⁴ Vgl. VfGH 12.10.2012, B584/11.

²⁵ Vgl. Höfler-Petrus, Beschreitung neuer Wege bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen, SozSi 2016, 462.

²⁶ Vgl. Mosler in Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 150ff.

²⁷ Siehe dazu Kneihls, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen (2008), 47ff.

- Wann ist die Vertragsvergabe von Gesundheitsdienstleistungen von grenzüberschreitendem Interesse? Genügt der 6. Teil des ASVG als *lex specialis* in solchen Fällen den primärrechtlichen Grundsätzen des Vergaberechts?
- Entspricht der 6. Teil des ASVG den Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien?

IV. Forschungsthesen

Es lassen sich bereits folgende Forschungsthesen aufstellen:

1. Es ist mE nach nicht davon auszugehen, dass die Gesundheitsdienstleistungsaufträge und -konzessionen, die im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung vergeben werden, unter den Ausnahmetatbestand der „*nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ zu subsumieren sind. Dieser Begriff scheint am ehesten dem der „*Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ zu entsprechen, welcher sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten abdeckt, und Gesundheitsdienstleistungen nicht kategorisch den nichtwirtschaftlichen zuordnet.²⁸
2. Die Judikatur zu Direktverrechnungsverträgen ist nicht mit der Ausgestaltung der Einzelverträge vereinbar. Diese sind als Dienstleistungskonzessionen zu definieren und unterliegen so in weiterer Konsequenz dem Vergaberecht.
3. Die Verträge, deren Vergabe im 6. Teil des ASVG geregelt ist, werden in Teilen, wenn nicht vollumfassend, dem Vergaberecht unterliegen. Dementsprechend ist dieser auch als *lex specialis* an den Richtlinien zu messen. Insbesondere wird sich das Vertragspartnerrecht hinsichtlich des vergabespezifischen Rechtsschutzes und des primärrechtlichen Transparenzgebots defizitär zeigen.

V. Methodik

Den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Forschungsfragen stellen eine umfassende Aufarbeitung der Vorgaben des Vergabeprimärrechts und der einschlägigen Sekundärrechtsakte sowie deren Umsetzung in innerstaatliches Recht dar. Relevante Rechtsakte werden mithilfe juristischer Auslegungsmethoden analysiert, weiters ist die Einbeziehung, vor allem europäischer, Leitlinien, Empfehlungen und einschlägige Judikatur erforderlich. Die so gewonnenen Erkenntnisse sind dann auf die österreichische Rechtslage umzulegen. In weiterer Folge ist anhand der gewonnenen Erkenntnisse der Vergaberechtscharakter der Verträge des 6. Teils des ASVG zu bestimmen. So sollen im Ergebnis die anzuwendenden Vorschriften bestimmt werden und auf ihre Unionsrechtskonformität überprüft werden können. Schließlich sollen auch Ansätze von Reformvorschlägen und rechtspolitische Überlegungen Eingang in die Arbeit finden.

²⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa (KOM(2011) 900 endgültig); Vgl dazu auch *Eilmannsberger/Herzig*, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Social services of general interest (SSGI).

VI. Aufbau der Untersuchung

Einleitend soll die Problematik und ihre Relevanz dargelegt sowie eine Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes vorgenommen werden.

Erster Teil

Darauf erfolgt in den Kapiteln des ersten Teils ein einführender Überblick der unionsrechtlichen Vorgaben an das Vergaberecht und deren Umsetzung ins innerstaatliche Recht. Um eine Grundlage für die im Rahmen der Arbeit zu erforschenden Schwerpunkte zu schaffen, wird weiters dementsprechend in die Rechtsmaterie eingeführt (**Kap I**). **Kap II** widmet sich den rechtlichen Grundlagen zum Vertragspartnerrecht und skizziert die forschungsrelevanten Schwerpunkte heraus.

Zweiter Teil

Der zweite Teil erläutert zu Beginn die öffentliche Auftraggebereigenschaft von Sozialversicherungsträgern (**Kap III**), da so primär die Anwendbarkeit des Vergaberechts begründet wird. Daraufhin arbeitet **Kap IV** systematisch auf, wie der Ausnahmetatbestand der *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* unionsrechtskonform zu interpretieren ist, mit Hilfe unionsrechtlicher Judikatur, Leitfäden und Mitteilungen der Kommission sowie einschlägiger Literatur auf europäischer Ebene. In weiterer Folge ist anhand dieser Erkenntnisse zu beurteilen, ob die österreichische Gesundheitsversorgung unter den Begriff der *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* fällt. Hier ist vor allem auf den bestehenden (Anbieter-)Wettbewerb und die Art der Finanzierung einzugehen.

Ausgehend von dem zu erwartenden Ergebnis der Nichtanwendbarkeit der Ausnahmebestimmung gem § 9 Abs 1 Z 18 BVergG und § 8 Abs 1 Z 21 BVergGKonz arbeitet **Kap V** den Rechtscharakter der Verträge des 6. Teils des ASVG umfassend auf, um diese dann unter die einschlägigen Vergaberechtsbestimmungen subsumieren zu können. **Abschnitt A** wirkt hier erklärend und dient der Erläuterung der Problemstellung und Schwerpunktzugung. Der Fokus wird auf Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen liegen, deren definierende Eigenschaften einleitend in **Abschnitt B** detailliert erörtert werden. Maßgeblich für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wird ua die Beurteilung sein, wann das wesentliche Betriebsrisiko übergeht bzw ob es ausreicht, wenn der Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko mitübernimmt.²⁹

Der erste Schwerpunkt liegt auf den §§ 340ff ASVG, die Verträge zwischen Sozialversicherungsträger und Ärzten regeln. **Abschnitt C** hat sich dementsprechend intensiv mit der österreichischen Judikatur zu Direktverrechnungsverträgen auseinanderzusetzen, laut dieser ärztliche Einzelverträge nicht dem Vergaberecht unterliegen.³⁰ Die Vertragsbeziehungen zu Primärversorgungseinheiten (§§ 342bff ASVG) unterliegen einem ähnlichen Regelungssystem wie jene zu Ärzten und sind so gleich im Anschluss in **Abschnitt D** zu erörtern. In **Abschnitt E** werden für eine bessere Querschnittsbetrachtung der Verträge mit Krankenanstalten Schwerpunkte gesetzt, sodass unterschiedliche Finanzierungsarten und Auftraggeber

²⁹ Vgl. *Kneihs*, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen (2008), 77.

³⁰ VfSlg 17.367/2004.

beleuchtet werden können. Präjudiziell ist hier die vergaberechtliche Auftragberei­genschaft des PRIKRAF zu prüfen, die in diesem Kontext noch nicht aufgearbeitet wurde.³¹

Ausgehend von den bisher erarbeiteten Erkenntnissen stellt **Abschnitt F** ein überblicksartiges Resümee über die Einzelverträge mit anderen Gesundheitsdienstleistern gem § 349 Abs 2 ASVG dar. Deren konkrete Einordnung ins Vergaberecht hängt stark von der Vertragsausgestaltung im Einzelfall ab und ist somit nur in Ansätzen zu diskutieren.

Abschließend ist auf die im Ergebnis anzuwendenden Rechtsvorschriften einzugehen. Aufgrund der unionsrechtlichen Kategorisierung der gegenständlichen Dienstleistungen als solche des Gesundheits- und Sozialwesens und im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung³², unterliegen diese als *soziale und besondere Dienstleistungen* nur einem eingeschränkten Vergaberechtsregime. **Abschnitt G** erforscht den Gestaltungsspielraum der den Auftraggebern so eröffnet wird und welche Möglichkeiten sinnvoll erscheinen.

In diesem Zusammenhang ist es weiters geboten kritisch zu hinterfragen (**Abschnitt H**), ob die Besonderheiten der Vertragsentstehung und Auswahlentscheidungen des ASVG eine Anwendung des Vergaberechts in der jetzigen Form überhaupt möglich machen. Insbesondere die Mitwirkung von Interessenvertretungen ist dem Vergaberecht fremd, sowie das Fehlen eines Preiswettbewerbs.³³ Am Ende des **Zweiten Teils** folgt in **Kap VI** eine Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse.

Dritter Teil

Der dritte Teil der Arbeit widmet sich in **Kap VII** der Frage der Unionsrechtskonformität des 6. Teils des ASVG, das als *lex specialis* ebenso an den unionsrechtlichen Vorgaben zu messen ist. Nach einer Einführung in die Problematik (**Abschnitt A**), soll zuerst die sich stellende Vorfrage des grenzüberschreitenden Interesses von der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen behandelt werden. In Erwägungsgrund 114 der RL 2014/24/EU heißt es dazu, dass personenbezogene Dienstleistungen im Unterschwellenbereich idR nicht von grenzüberschreitendem Interesse sind. Im Oberschwellenbereich sollten diese in jedem Fall den unionsrechtlichen Transparenzvorschriften unterliegen. Eine detaillierte Einzelfallbetrachtung der zu untersuchenden Dienstleistungen soll unter Heranziehung der vom EuGH entwickelten Beurteilungskriterien im Rahmen dieser Arbeit vorgenommen werden.

Als nächster Schritt sind nun in **Abschnitt B** die primärrechtlichen Vergabegrundsätze und deren Entsprechung durch das ASVG zu erläutern. Konkret wird hier auf das Diskriminierungsverbot und das daraus abzuleitende Transparenzgebot eingegangen, sowie auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die im vergaberechtlichen Kontext von Bedeutung sind.

³¹ Der PRIKRAF wird gemäß § 3 Z 1 PRIKRAF-G von Mitteln der Träger der Sozialversicherung finanziert. So ergibt sich die Frage, ob diese Finanzierung eine solche gem § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG darstellt.

³² Siehe dazu Art 74 RL 2014/24/EU und Anhang XIV.

³³ So geben die Bewerber für eine Kassenarztstelle lediglich eine Bewerbung aber kein Preisangebot ab, die Honorare werden im Gesamtvertrag festgelegt. Zu diesen Überlegungen vgl. *Mosler in Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht* (2012) 151; *Hattenberger in Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung* (2008) 13.

In **Abschnitt C** zeichnet sich die Schwerpunktsetzung des Kapitels ab; anhand der viel konkreteren Vorgaben der Richtlinien soll vor allem der Rechtsschutz, den Bewerber um Verträge nach dem ASVG erhalten, geprüft werden. Dem ASVG mangelt es diesbezüglich an einem Nachprüfungsverfahren, wie es Art 2 der Rechtsschutz- RL 89/665/EWG vorschreibt. Auch hinsichtlich der innerstaatlichen Anforderungen an den vergabespezifischen Rechtsschutz scheint das ASVG defizitär, da es die Bewerber rein auf den Zivilrechtsweg verweist. Der VfGH erachtet jedoch das Verbleiben der Kontrolle von Vergabeverfahren bei Zivilgerichten als gleichheitswidrig³⁴, das Fehlen eines vergaberechtsspezifischen Rechtsschutzes gar als Verletzung des Rechtsstaatsgebots.³⁵ Dieser doppelten Bindung des österreichischen Gesetzgebers an die unionsrechtlichen Vorgaben und nationales Verfassungsrecht scheint das ASVG nicht gerecht zu werden.

Im letzten **Kap VIII** erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse der gesamten Arbeit, die aber nicht unreflektiert bleiben sollen. Es ist so neben einer gesamtkontextuellen kritischen Betrachtung ein nun wissenschaftlich abgerundeter Rückgriff auf einzelne Fragen anzustellen. Insbesondere auf **Abschnitt G** und **H** des **zweiten Teils** der Arbeit. Diese abschließenden Überlegungen bilden gemeinsam mit reformorientierten Lösungsansätzen den finalen Abschnitt der Arbeit.

VII. Vorläufige Gliederung

Einleitung

- A. Erläuterung der Thematik und Relevanz
- B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes
- C. Anzuwendende Methodik

Erster Teil: Einführung in die relevanten Rechtsgebiete

- I. Überblick über die kompetenzrechtlichen Grundlagen und die Entwicklung zum BVergG 2018 und BVergGKonz 2018
 - A. Kompetenzrechtliche Grundlagen
 - 1. Europäische Kompetenzverteilung
 - 2. Innerstaatliche Kompetenzverteilung
 - B. Die Entwicklung zum BVergG 2018 und zum BVergGKonz 2018
 - 1. Primärrechtliche Quellen
 - a) Vergaberechtliche Grundsätze der EU
 - 2. Sekundärrechtsquellen
 - a) RL 2014/24/EU
 - b) RL 2014/23/EU
 - 3. BVergG 2018
 - 4. BVergGKonz 2018

³⁴ VfSlg 16.027/2000, 16.073/2001, 16.315/2001, 16.445/2002, 16.443/2002.

³⁵ VfSlg 15.106/1998.

- C. Zweck des Vergaberechts und wesentlicher Inhalt
- II. Einführende Darstellung der Vertragsvergabe des Sechsten Teils des ASVG
 - A. Zweck und wesentlicher Inhalt
 - B. Vertragsparteien und Verhandlungspartner
 - C. Gesamtverträge
 - D. Einzelverträge
 - E. Auswahlverfahren

Zweiter Teil: Die Einordnung der gesetzlichen Sozialversicherung unter das Vergaberecht

- III. Öffentliche Auftraggebereigenschaft der Sozialversicherungsträger
- IV. Ausgenommene Vergabeverfahren
 - A. Allgemeines und Schwerpunktsetzung
 - B. Unionsrechtskonforme Interpretation des Ausnahmetatbestands der *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*
 - 1. Unionsrechtliche Judikatur
 - 2. Auslegungshilfen der Kommission
 - 3. Einschlägige Literatur auf europäischer Ebene
 - 4. Conclusio
 - C. Anwendbarkeit auf die österreichische Gesundheitsversorgung
 - 1. Allgemeines zum System der österreichischen Gesundheitsversorgung
 - 2. Umlegung des Begriffs der *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* auf die österreichische Gesundheitsversorgung
 - 3. Conclusio
- V. Vergaberechtliche Charakterisierung der Verträge des ASVG
 - A. Problemstellung und Schwerpunktsetzung
 - B. Auftragsarten des Vergaberechts
 - 1. Dienstleistungsaufträge
 - 2. Dienstleistungskonzessionen
 - C. Verträge mit Ärzten (§§ 340ff ASVG)
 - 1. Der ärztliche Gesamtvertrag
 - 2. Der ärztliche Einzelvertrag
 - 3. Gruppenpraxen
 - 4. Conclusio
 - D. Verträge mit Primärversorgungseinheiten (§§ 342bff ASVG)
 - E. Verträge mit Krankenanstalten (§§ 349 Abs 2a, 2b, 2c ASVG)
 - 1. Landesgesundheitsfondsfinanzierte Krankenanstalten
 - 2. Sonderkrankenanstalten zur Rehabilitation
 - 3. PRIKRAF-Krankenanstalten

- 4. Conclusio
- F. Einzelverträge mit anderen Gesundheitsdienstleistern
- G. Anzuwendende Vergaberechtsnormen und möglicher Gestaltungsspielraum
 - 1. Soziale und besondere Dienstleistungen gem § 151 BVergG
 - 2. Soziale und besondere Dienstleistungen gem § 25 BVergGKonz
 - 3. Möglicher Gestaltungsspielraum
- H. Kritische Überlegungen und Schlussfolgerungen
- VI.** Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse

Dritter Teil: Untersuchung der Unionsrechtskonformität des Vertragspartnerrechts

- VII.** Das Vertragspartnerrecht des ASVG als lex specialis
 - A. Problemstellung
 - B. Vorgaben der primärrechtlichen Vergabegrundsätze
 - 1. Grenzüberschreitendes Interesse
 - 2. Allgemeines Diskriminierungsverbot
 - a) Transparenzgebot
 - 3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit
 - 4. Conclusio
 - C. Ausreichender Rechtsschutz?
 - 1. Unionsrechtliche Vorschriften
 - 2. Innerstaatliche Anforderungen an den vergabespezifischen Rechtsschutz
 - D. Schlussfolgerungen
- VIII.** Conclusio
 - A. Erkenntnisse
 - B. Kritische Anmerkungen
 - C. Abschließende Überlegungen und Lösungsansätze

VIII. Vorläufiger Arbeits- und Zeitplan

- | | |
|------------------|--|
| Stand WS 2021/22 | Recherche, Erstellung des Exposés, SE zur Vorstellung des
Dissertationsvorhabens, Einreichen der Dissertationsvereinbarung. |
| SS 2022 | Vertiefende Recherche und Verfassen der Dissertation, SE aus dem
Dissertationsfach. |
| WS 2022/23 | Verfassen der Dissertation, SE aus dem Dissertationsfach, SE aus weiterem Fach. |
| SS 2023 | Überarbeiten der Dissertation, Einreichen der Dissertation, Öffentliche Defensio. |

IX. Auswahl relevanter Rechtsquellen, Materialien und Literatur

Rechtsquellen

RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BvergG 2018) StF BGBl. I Nr. 65/2018.

Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BvergGKonz 2018) StF: BGBl. I Nr. 65/2018.

Materialien

Ministerratsvortrag vom 14.03.2018, Dokumentnummer BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018.

ErläutRV 69 BlgNR. 26. GP.

ME BVerG 2017, 292/ME 25. GP.

Arbeitsunterlagen der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, (SWD(2013) 53 final/2).

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen über die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.01.2012 S.4.

Literatur

Bukor/Cede-Lugstein/Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. IV.9 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

Casati in Gölles, BVerG 2018 § 9 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

Eilmannsberger/Herzig, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Social Services of general interest (2008).

Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012).

Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003).

Pfeil, Österreichisches Sozialrecht (2018).

Hattenberger in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung (2008) 1ff.

Holoubek/Fuchs/Ziniel in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I (2019) 841ff.

Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (2019).

Heidl/Preslmayer (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015).

Höfler-Petrus, Beschreitung neuer Wege bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen, *SozSi* 2016/462.

Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2019).

Kneihs, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen, Ein Vergleich vor dem Hintergrund des EG-Binnenmarktes und des EWR (2008).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm §§ 338 – 342d, § 349 – 351b ASVG (Stand 31.12.2012, rdb.at).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 347a ASVG (Stand 1.3.2016, rdb.at).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm §§ 348a – 348g ASVG (Stand 1.8.2015, rdb.at).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm §344, §345, § 346, § 347, § 347b, § 348 ASVG (Stand 1.1.2020, rdb.at).

Ruthig/Storr (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2020).

Souhrada, Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten – Zu § 23 G-ZG und §§ 3 ff. KAKuG i.d.F. VUG ab 1. Jänner 2017, *SozSi* 2017/104.

Steindl, Ausschreibungspflicht oder –freiheit von Direktverrechnungsverträgen, *RPA* 2017/1.