



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

**„Das europäische und österreichische Vergaberecht in Bezug auf die Vertrags-
vergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die soziale Krankenversiche-
rung“**

verfasst von / submitted by

Andreas Kolm MA BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Abstract

Das europäische und österreichische Vergaberecht in Bezug auf die Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die soziale Krankenversicherung

Die vorliegende Master Thesis beschäftigt sich detailliert mit der Fragestellung inwieweit die Vertragsbeziehungen des Sechsten Teils des ASVG – mit Fokus auf die Vertragsbeziehungen mit Ärztinnen und Ärzten sowie mit anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern – dem europäischen und nationalen Vergaberecht unterliegen. Darauf aufbauend wird die konkrete Bedeutung dieser Erkenntnisse auf die Vertragsvergabe durch die Träger der sozialen Krankenversicherung in Österreich analysiert.

Hinsichtlich der Frage, ob die Vertragsvergabe durch die soziale Krankenversicherung in Österreich grundsätzlich dem europäischen Vergaberecht unterworfen ist, lässt sich keine abschließende Aussage treffen. Es deutet vieles darauf hin, dass es – insbesondere mit Blick auf Art 168 AEUV und Art 36 GRC – den nationalen Gesetzgebern freigestellt ist, eine Ausnahme aus dem Vergaberecht für die Träger der sozialen Krankenversicherung im nationalen Recht zu verankern. Auf Österreich bezogen deutet wiederum vieles darauf hin, dass es sich beim österreichischen ASVG um eine *lex specialis* zum Vergaberecht handelt, da das spezifische Vergabeverfahren im ASVG eher einem sozialpartnerschaftlichen Verhandlungsprozess als einem klassischen Vergabeverfahren ähnelt.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	6
2	Darstellung der Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die im Rahmen der Arbeit behandelten Schwerpunkte: Verträge mit niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten, Verträge mit Krankenanstalten, Verträge mit anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern; Darstellung der nationalen Rechtsvorschriften	8
2.1	Einführung in das österreichische Gesundheitssystem und die entsprechenden Vertragsbeziehungen	8
2.2	Vertragsbeziehungen zu Ärztinnen und Ärzten	14
2.3	Vertragsbeziehungen zu anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern (außer Ärztinnen und Ärzten)	18
3	Europäische Rechtsquellen zum Vergaberecht mit Fokus auf die im Rahmen der Masterarbeit zu bearbeitenden Fragen	24
3.1	Rechtsquellen des primären Unionsrechts	24
3.2	Rechtsquellen des sekundären Unionsrechts	30
3.3	Auslegungshilfen	37
4	Österreichisches Vergaberecht mit Fokus auf die Verträge gemäß dem Sechsten Teil des ASVG	45
4.1	Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)	45
4.2	Regierungsvorlage Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) und Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVerGKonz 2018)	51
4.3	Sondervergaberecht ASVG?	54
5	Vergaberechtliche Bewertung der definierten Vertragsbeziehungen an Hand ausgewählter Entscheidungen und Urteile des EuGH und nationaler Gerichte	58
6	Ergebnis/Schlussfolgerungen	65
	Literaturverzeichnis	69
	Abkürzungsverzeichnis	73

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, 1. Juli 2018

Andreas Kolm

Themenstellung und Relevanz der Themenstellung

Das europäische und österreichische Vergaberecht in Bezug auf die Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die soziale Krankenversicherung

Forschungsfrage:

Inwieweit unterliegen die Vertragsbeziehungen des Sechsten Teils des ASVG dem europäischen und nationalen Vergaberecht und was bedeutet das konkret für die Vertragsvergabe durch die Träger der sozialen Krankenversicherung?

Aufbau der Arbeit – Gliederung

1. Einleitung
2. Darstellung der Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die im Rahmen der Arbeit behandelten Schwerpunkte: Verträge mit niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten, Verträge mit Krankenanstalten, Verträge mit anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern; Darstellung der nationalen Rechtsvorschriften
 - 2.1. Einführung in das österreichische Gesundheitssystem und die entsprechenden Vertragsbeziehungen
 - 2.2. Vertragsbeziehungen zu Ärztinnen und Ärzten
 - 2.3. Vertragsbeziehungen zu anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern (außer Ärztinnen und Ärzten)
3. Europäische Rechtsquellen zum Vergaberecht mit Fokus auf die im Rahmen der Masterarbeit zu bearbeitende Fragestellung
 - 3.1. Rechtsquellen des primären Unionsrechts
 - 3.2. Rechtsquellen des sekundären Unionsrechts
 - 3.3. Auslegungshilfen
4. Österreichisches Vergaberecht mit Fokus auf die Verträge gemäß dem Sechsten Teil des ASVG
 - 4.1. Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)
 - 4.2. Regierungsvorlage Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) und Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018)
 - 4.3. Sondervergaberecht ASVG?
5. Vergaberechtliche Bewertung der definierten Vertragsbeziehungen an Hand ausgewählter Entscheidungen und Urteile des EuGH und nationaler Gerichte
6. Ergebnis/Schlussfolgerungen

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1. Einleitung

Der Sechste Teil des ASVG regelt, dass es sich bei den Verträgen zwischen den Sozialversicherungsträgern – im Rahmen dieser Arbeit werden nur die Träger der sozialen Krankenversicherung betrachtet – und den jeweiligen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, wie Ärztinnen und Ärzten, Zahnärztinnen und Zahnärzten, Gruppenpraxen, Krankenanstalten, gewerbliche Anbieterinnen und Anbieter, etc., um privatrechtliche Verträge handelt.¹ Ein wesentlicher Aspekt dieser privatrechtlichen Verträge ist die Existenz sogenannter Gesamtverträge, die die Träger der sozialen Krankenversicherung mit den jeweiligen Interessensvertretungen für ihre Mitglieder abschließen. Diese Gesamtverträge entwickeln eine direkte Bindungswirkung für jene Mitglieder der jeweiligen Interessensvertretung, die sich bereit erklären, eine Rolle als Vertragspartnerin bzw Vertragspartner im Rahmen der öffentlichen Gesundheitsversorgung zu übernehmen. Neben den Gesamtverträgen mit Ärztinnen und Ärzten² bzw Gruppenpraxen³, sind die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenversicherungsträgern und den öffentlichen (landesgesundheitsfondsfinanzierten)⁴ bzw privaten (PRIKRAF-finanzierten)⁵ Krankenanstalten ausführlich im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) geregelt. Darüber hinaus sieht das ASVG auch Verträge mit selbständigen Ambulatorien⁶ vor.⁷ Des Weiteren sei an dieser Stelle noch auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und gewerblichen Anbieterinnen und Anbietern, wie z. B. Orthopädieschuhmacherinnen und Orthopädieschuhmachern verwiesen, die ebenfalls unter den Sechsten Teil des ASVG fallen.⁸ Während sich das 2. Kapitel der vorliegenden Arbeit ausführlich der Darstellung des rechtlichen Rahmens der Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG widmet, findet sich im 3. Kapitel eine Darstellung der relevanten primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Rechtsquellen des Europarechts, sowohl in Bezug auf das Gesundheitswesen im Allgemeinen als auch auf die Vertragsvergabe durch die soziale Krankenversicherung im Besonderen. Den Abschluss des 3. Kapitels bildet eine Analyse der wesentlichen Auslegungshilfen, die von der Europäischen Union – bezogen auf die konkrete Themenstellung dieser Masterarbeit – veröffentlicht wurden. Das 4. Kapitel analysiert den Rechtsrahmen, den das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) in Bezug auf die soziale Krankenversicherung vorgibt und widmet sich darüber hinaus detailliert der Fragestellung, welche

¹ § 338 ASVG BGBl 1955/189.

² § 341ff ASVG.

³ § 342a ff ASVG.

⁴ § 148 ASVG iVm § 349 Abs 2a ASVG.

⁵ § 148 Abs 3 ASVG iVm § 349 Abs 2a ASVG.

⁶ § 2 Abs 1 Z 5 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) BGBl 1957/1.

⁷ § 349 Abs 1 Z 2cASVG und § 349 Abs 2a ASVG.

⁸ § 349 Abs 3 ASVG.

Vertragsbeziehungen der sozialen Krankenversicherung nicht vom BVergG 2006 erfasst sind. In weiterer Folge wird die Regierungsvorlage für ein Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) bzw zu einem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) vom 21. März 2018 näher analysiert.⁹ Den Abschluss des 4. Kapitels bildet die Frage, ob das ASVG nicht selbst ein sondervertragliches Vergaberechtsregime für die Verträge der sozialen Krankenversicherung mit ihren Leistungsanbieterinnen und Leistungsanbietern bildet, und falls ja, ob und wie ein solches Sondervergaberechtsregime die jeweiligen Vorgaben der Richtlinien der Europäischen Union abbildet. Das 5. Kapitel analysiert sowohl nationale als auch europarechtlich relevante Judikatur zu den konkreten Fragestellungen dieser Arbeit. Insbesondere im Rahmen der Betrachtung der Judikatur des EuGH wird versucht die jeweiligen Limitierungen in Bezug auf die Übertragbarkeit der Urteile aufzuzeigen, die eine unterschiedliche Ausgestaltung des Gesundheits- bzw Sozialversicherungssystems in unterschiedlichen Staaten mit sich bringt. Das 6. Kapitel bildet mit einer abschließenden Betrachtung der Forschungsfrage auf Basis der vorangegangenen Kapitel und den Schlussfolgerungen den Abschluss dieser Arbeit.

Abschließend sei an dieser Stelle auf die besondere Relevanz verwiesen, die der Frage nach der konkreten Rechtsnatur einer jeden einzelnen Vertragsbeziehung zwischen Krankenversicherungsträger und Gesundheitsdiensteanbieterin bzw Gesundheitsdiensteanbieter zukommt. Insbesondere aus europarechtlicher Sicht macht es einen großen Unterschied, ob es sich bei einem Vertrag um eine Lieferung, eine Dienstleistung oder eine Dienstleistungskonzession handelt, bzw ob überhaupt eine vertragliche Beziehung zwischen einem Träger der sozialen Krankenversicherung und einer Gesundheitsdiensteanbieterin bzw einem Gesundheitsdiensteanbieter zustande kommt bzw zustande gekommen ist.

⁹ MRV zu Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018) vom 21.03.2018 (BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018).

2. Darstellung der Vertragsvergabe im Sechsten Teil des ASVG mit Fokus auf die im Rahmen der Arbeit behandelten Schwerpunkte: Verträge mit niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten, Verträge mit Krankenanstalten, Verträge mit anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern; Darstellung der nationalen Rechtsvorschriften

2.1 Einführung in das österreichische Gesundheitssystem und die entsprechenden Vertragsbeziehungen

Vor einer näheren Darstellung und Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen der Vertragsvergabe, die in Österreich im ASVG abgebildet ist, scheint es geboten das österreichische Gesundheitssystem kurz zu umreißen. Im internationalen Vergleich gibt es stark unterschiedliche Modelle der Gesundheitsversorgung, die von einem staatlichen Gesundheitsdienst einerseits, bis zu einem streng marktwirtschaftlichen System andererseits, reichen.¹⁰ Im Rahmen der im Jahr 2017 im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz veröffentlichten Studie „Efficiency Review of Austria’s Social Insurance and Healthcare System“¹¹ der London School of Economics findet sich eine kompakte Darstellung zur Ausgestaltung des österreichischen Gesundheitssystems, auf die hier teilweise Bezug genommen werden soll: Fast die gesamte österreichische Wohnbevölkerung ist im Rahmen einer staatlich organisierten Pflichtversicherung gegen gesundheitliche Risiken abgesichert, wobei neben den Erwerbstätigen, auch die Angehörigen erwerbstätiger Personen, Pensionistinnen und Pensionisten sowie Bezieherinnen und Bezieher von Sozialleistungen in die Pflichtversicherung einbezogen sind.¹² Die Finanzierung des österreichischen Gesundheitssystems erfolgt durch öffentliche Mittel. Der stationäre Bereich, also die Unterbringung in Krankenanstalten, wird durch Steuermittel und Sozialversicherungsbeiträge, der niedergelassene Bereich fast ausschließlich durch Sozialversicherungsbeiträge finanziert.¹³ Ein Wesensmerkmal der österreichischen Krankenversicherung, die – wie bereits festgehalten – als Pflichtversicherung ausgestaltet ist, ist, dass weder schlechte Risiken ausgeschlossen werden dürfen, noch dass die Beitragshöhe an die Wahrscheinlichkeit eines Risikoeintritts gekoppelt werden darf.¹⁴ Der VfGH nennt das einheitliche Beitragsrecht ein „Charakteristikum der ge-

¹⁰ Kneihls/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg.), Der SV-Komm (2016) § 338 ASVG Rz 1.

¹¹ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen: Effizienzpotentiale in der Gesundheitsversorgung und im Bereich der Pensionen, Rechtliche Fragestellungen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (2017).

¹² Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 27.

¹³ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 128.

¹⁴ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 88.

setzlichen Sozialversicherung“¹⁵, da es nicht mit dem Gedanken einer sozialen Versicherung vereinbar wäre, wenn die Gruppen der sozial Schwächsten, die größten Beiträge zu leisten hätten.¹⁶ Die Versorgung im stationären Bereich erfolgt in Form von Sachleistungen durch öffentliche und private Krankenanstalten. Im niedergelassenen Bereich werden die Leistungen überwiegend von Vertragsärztinnen und Vertragsärzten und in geringerem Ausmaß von Wahlärztinnen und Wahlärzten erbracht. Die Leistungen der Vertragsärztinnen und Vertragsärzte werden direkt mit dem jeweiligen Krankenversicherungsträger abgerechnet,¹⁷ wobei die Vertragspartnerinnen und Vertragspartner – im Besonderen die Vertragsärztinnen und Vertragsärzte – grundsätzlich freiberuflich tätig sind.¹⁸ Bei Aufsuchen einer Wahlärztin bzw. eines Wahlarztes hat die bzw. der Versicherte das – von der Wahlärztin bzw. vom Wahlarzt ausgestellte – Honorar selbst zu bezahlen, erhält aber vom jeweiligen Krankenversicherungsträger 80% des Vertragstarifs rückerstattet.¹⁹ Generalanwalt *Bot* spricht diesbezüglich von einem Mischsystem, das sowohl auf Sachleistungen beruht, bei dem der Krankenversicherungsträger die ärztliche Behandlung ganz oder teilweise bezahlt, bzw. von einem Kostenerstattungssystem, bei dem die Patientin bzw. der Patient ganz oder teilweise die entstandenen Kosten durch den Krankenversicherungsträger erstattet erhält.²⁰ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer Inanspruchnahme von selbständigen Ambulatorien. Bei selbständigen Ambulatorien handelt es sich in der Regel um private ambulante Krankenanstalten, die ebenfalls Verträge mit den Krankenversicherungsträgern abgeschlossen haben. Im Unterschied zu den Vertragsärztinnen und Vertragsärzten bzw. den Wahlärztinnen und Wahlärzten ist ihre zuständige gesetzliche Interessensvertretung nicht die Ärztekammer, sondern die Wirtschaftskammer. Versicherte können auch Behandlungen durch andere Gesundheitsberufe (nach ärztlicher Verschreibung) auf Kosten der Krankenversicherungsträger in Anspruch nehmen, sofern diese einen Vertrag mit dem jeweiligen Krankenversicherungsträger abgeschlossen haben.²¹ Heilbehelfe und Heilmittel wiederum müssen vorab durch eine Vertragsärztin bzw. einen Vertragsarzt verordnet werden, um auf Kosten des jeweiligen Krankenversicherungsträgers bezogen werden zu können. Für Heilmittel gilt überdies, dass sie gemäß dem – vom Hauptverband herausgegeben – Erstattungskodex verschreibbar sein müssen.²²

¹⁵ VfGH 10.10.2008, G 20/07.

¹⁶ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 88.

¹⁷ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 128.

¹⁸ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 129.

¹⁹ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 128.

²⁰ Schlussanträge GA *Bot* 09.09.2008, Rs C-169/07, *Hartlauer* Rz 30.

²¹ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 128.

²² Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 129.

Der Sechste Teil des ASVG hat den Titel *Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des Hauptverbandes) zu den Angehörigen der Gesundheitsberufe und anderen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern*²³ und beginnt mit § 338, der auszugsweise wie folgt lautet:

„§ 338. (1) Die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des Hauptverbandes) zu den freiberuflich tätigen Ärztinnen/Ärzten [...] und anderen Vertragspartnerinnen/Vertragspartnern werden durch privatrechtliche Verträge nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen geregelt. Diese Verträge bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form. Die Verträge sowie allfällige Änderungen und Zusatzvereinbarungen sind vom Hauptverband im Internet zu veröffentlichen. [...]

(2) Durch die Verträge nach Abs 1 ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlichen und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. ...

(2a) Die Versicherungsträger haben sich beim Abschluss von Verträgen nach Abs 1 an den von der Bundesgesundheitskommission im Rahmen des Österreichischen Strukturplans Gesundheit (ÖSG) beschlossenen Großgeräteplan zu halten. [...]

(3) Die Abs 1, 2 und 2a gelten entsprechend für die Regelung der Beziehungen der Träger der Sozialversicherung zu den Krankenanstalten.“²⁴

§ 338 ASVG legt somit fest, dass die Vertragsbeziehungen der Krankenversicherungsträger zu Ärztinnen und Ärzten sowie anderen Vertragspartnerinnen bzw Vertragspartnern durch privatrechtliche Verträge geregelt werden. *Kletter* betont, dass es sich bei diese Verträgen nicht der Hoheitsverwaltung, sondern der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen sind und grundsätzlich zivilrechtliche Gestaltungsfreiheit herrsche, es sei denn, der Gesetzgeber hat ausdrücklich Beschränkungen angeordnet.²⁵ *Kneihs/Mosler* betonen darüber hinaus die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruchs aufgrund einer Pflichtversicherung, der durch privatrechtliche Verträge erfüllt wird.²⁶ In diesem Zusammenhang ist ausdrücklich festzuhalten, dass die Versicherten nicht verpflichtet sind, das Sachleistungsangebot in Anspruch zu nehmen, denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich – siehe auch die vorherigen Ausführungen zu Wahlärztinnen und Wahlärzten – die Möglichkeit einer Alternative, in Form der Kostenerstattung, geschaffen.²⁷ Aufgrund seiner wirtschaftlichen Bedeutung – für die Anbieterinnen und Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen geht es um die Teilnahme am Markt bzw um die Sozialversicherten und den Staat um die Erfüllung seines Versorgungsauftrages und die Sicherstellung der Leistbarkeit der öffentlichen Gesundheitsversorgung – ist das Vertragspartnerrecht, und somit der Sechste Teil des ASVG, eines der umstrittensten Kapitel des Sozialversicherungsrechts.²⁸ Umstritten scheint in der Literatur auch der Umfang dieses staatlichen Versorgungsauftrags, denn *Kletter* argumentiert, dass der Gesetzgeber zwar davon aus-

²³ § 338ff ASVG.

²⁴ § 338 ASVG.

²⁵ *Kletter* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG³ (2012) § 338 ASVG Rz 9.

²⁶ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 1.

²⁷ *Kletter* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG³ § 338 Rz 6.

²⁸ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 2.

gehe, dass die Verträge eine ausreichende Versorgung der Versicherten bereitstellen würden, eine ausdrückliche Verpflichtung an die Gesamtvertragsparteien, diese auch sicherzustellen, würde aber fehlen.²⁹ *Kneihs/Mosler* sehen die gesetzliche Basis für eine angemessene Versorgung der Versicherten wiederum nicht im Vertragspartnerrecht des Sechsten Teil des ASVG, sondern bereits in § 23 Abs 5 ASVG, der einerseits auf die gesetzlichen und satzungsmäßig vorgesehenen medizinischen Leistungen im Krankheitsfall, andererseits auch auf die notwendigen Leistungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung abstellt und somit weiter gefasst ist. In diesem Zusammenhang verweisen sie auch dezidiert auf den Einzelvertrag zur Erfüllung des Versorgungsauftrages, da der Gesamtvertrag alleine noch keine Gesundheitsdienstleisterin bzw keinen Gesundheitsdienstleister zur Erbringung einer Leistung verpflichten würde.³⁰

Besondere Bedeutung erhält das Vertragspartnerrecht darüber hinaus durch die Tatsache, dass die bereits erwähnten privatrechtlich geschlossenen Verträge über den Kreis der Vertragsparteien hinaus normative Wirkung erlangen.³¹ Ähnliches kennt der österreichische Rechtsquellenkatalog nur vom arbeitsrechtlichen Kollektivvertrag.³² Konkret ist im Vertragspartnerrecht zwischen folgenden beiden Vertragstypen zu unterscheiden: Der Gesamtvertrag wird zwischen den Interessensvertretungen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger abgeschlossen, während der Einzelvertrag zwischen der einzelnen Leistungserbringerin bzw dem einzelnen Leistungserbringer und dem jeweiligen Krankenversicherungsträger abgeschlossen wird. Üblicherweise ist der Einzelvertrag durch den Gesamtvertrag determiniert, wobei dieses Modell insbesondere für Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Dentistinnen und Dentisten sowie Gruppenpraxen gilt.³³ § 341 ASVG, der sich unter der Überschrift *Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (Hauptverband) zu den Ärztinnen/Ärzten und Zahnärztinnen/Zahnärzten [...]* Gesamtverträge befindet, lautet auszugsweise, wie folgt:

„§ 341. (1) Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen Ärzten sowie den Gruppenpraxen werden jeweils durch Gesamtverträge geregelt. Diese sind für die Träger der Krankenversicherung durch den Hauptverband mit den örtlich zuständigen Ärztekammern abzuschließen. [...]

(3) Der Inhalt des Gesamtvertrages ist auch Inhalt des zwischen dem Träger der Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis abzuschließenden Einzelvertrages. Vereinbarungen zwischen dem Träger der Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis im Einzelvertrag sind rechtsunwirksam, insoweit sie gegen den Inhalt eines für den

²⁹ Kletter in Sonntag (Hrsg), ASVG³ § 338 ASVG Rz 8.

³⁰ Kneihs/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 37.

³¹ Kneihs/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 3.

³² Grillberger/Mosler *Ärztliches Vertragspartnerrecht* (2012) 72.

³³ Pfeil, *Bessere Leistungen für Menschen* 130.

*Niederlassungsort des Arztes oder für den Sitz der Gruppenpraxis geltenden Gesamtvertrag verstoßen.*³⁴

Durch diese starre Umsetzungsvorgabe des Gesamtvertrages auf den Einzelvertrag sollen insbesondere die Interessen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer geschützt werden.³⁵ Mosler schreibt in diesem Zusammenhang von der notwendigen Vermeidung einer Übermachtstellung der Krankenversicherungsträger.³⁶ Die Verträge mit den Krankenversicherungsträgern bieten für die einzelnen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer wesentliche Vorteile, wie insbesondere eine gute Auslastung, Gebietsschutz, Zahlungssicherheit, Entfall der Verpflichtung einer Detailrechnungslegung sowie stabile Umsätze. Diese Attraktivität zeigt sich unter anderem auch daran, dass in den letzten Jahren der Konkurrenzkampf zwischen einzelnen Anbieterinnen bzw Anbietern und Anbietergruppen sowie insbesondere deren Interessensvertretungen schärfer wurde.³⁷

Bei den Verträgen mit Krankenanstalten handelt es sich grundsätzlich um Einzelverträge (wobei in bestimmten Ausnahmefällen Gesamtverträge vorgesehen sind), bei Verträgen mit Berufsgruppen, für die es eine gesetzliche berufliche Vertretung gibt, wie zB Optikerinnen und Optiker, Bandagistinnen und Bandagisten und Hebammen, besteht die Möglichkeit einen Gesamtvertrag abzuschließen, während Berufsgruppen ohne gesetzliche berufliche Vertretung prinzipiell nur der Einzelvertrag zwischen der jeweiligen Leistungserbringerin bzw dem jeweiligen Leistungserbringer und dem Krankenversicherungsträger bleibt.³⁸ Kletter betont dahingehend ausdrücklich, dass die Nennung von Berufsgruppen in § 338 ASVG vom Gesetzgeber nur als demonstrative Aufzählung intendiert sein kann und es zulässig sein muss bzw erforderlich ist Verträge mit Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, die nicht in § 338 ASVG angeführt sind, abzuschließen. Allerdings betont er, dass diesen Verträgen nicht der Rechtscharakter eines Normenvertrages innewohnen kann.³⁹ Die Literatur spricht in Bezug auf den Gesamtvertrag auch von einem privatrechtlichen Normenvertrag, da die Vereinbarung – die zwischen den kollektiven Verbänden getroffen wird – schuldrechtlich im Innenverhältnis für die Vertretenen normativ wirkt und den Charakter einer generellen Norm hat.⁴⁰ Die jeweilige Leistungserbringerin bzw der jeweilige Leistungserbringer wird somit wie durch ein Gesetz verpflichtet und berechtigt, ohne dass er bzw sie seine bzw ihre Zustimmung gegeben hat. Diese Bindung an den Inhalt des Gesamtvertrages wirkt auch auf spätere Ände-

³⁴ § 341 ASVG.

³⁵ Pfeil, Bessere Leistungen für Menschen 130.

³⁶ Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht 75.

³⁷ Souhrada, Verbindliche Planung, V-Verträge und Krankenanstalten, Soziale Sicherheit 2017 104 (105).

³⁸ Kneihs/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 7.

³⁹ Kletter in Sonntag (Hrsg), ASVG³ § 338 Rz 10.

⁴⁰ Kneihs/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 9.

rungen und Ergänzungen.⁴¹ Dies ist insbesondere deshalb nicht unproblematisch, da Normenverträge in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich vorgesehen sind, diese Form der Rechts-erzeugung allerdings einer Verankerung in der Bundesverfassung bedürfte. In Bezug auf den Kollektivvertrag hat der VfGH bereits früher festgehalten, dass dieser als historisch vorgefun- den und somit verfassungskonform zu betrachten sei. Da auch der Gesamtvertrag vom B-VG vorgefunden und akzeptiert wurde – er gehört zum Sozialversicherungswesen nach Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG – ist gemäß *Kneihs/Mosler* analog von einer Verfassungskonformität aus- zugehen.⁴²

Wie bereits im Detail dargelegt, regelt das Vertragspartnerrecht im Wesentlichen die Leis- tungsabgeltung unterschiedlicher Gesundheitsdienstleistungen zwischen der sozialen Kran- kenversicherung und den Gesundheitsdiensteanbieterinnen und Gesundheitsdiensteanbietern. Die Vertretungsorganisationen auf Angebotsseite für Ärztinnen und Ärzte sind die neun Lan- desärztekammern und die Österreichische Ärztekammer sowie für Betreiberinnen und Betrei- ber von Ambulatorien und bestimmte Berufsgruppen, wie zB Bandagistinnen und Bandagis- ten und Optikerinnen und Optiker, die Wirtschaftskammern auf Länderebene und die Wirt- schaftskammer Österreich.⁴³ Ähnlich dem Kollektivvertrag, geht der Staat auch bei der Ge- sundheitsversorgung im Kompetenzbereich des ASVG davon aus, dass die Auflösung der Interessensgegensätze besser von den Betroffenen und ihren Interessensvertretungen selbst, als vom Staat erledigt werden kann. Durch dieses freie Spiel der Kräfte wird ein gerechter Interessensausgleich erwartet.⁴⁴ Anders formuliert, wird die Rechtsposition des Einzelnen durch den Zusammenschluss zu Kollektiven verbessert und dadurch eine Art balance of po- wers erwirkt.⁴⁵ Immanent zur Herstellung des skizzierten Interessensausgleich ist allerdings, dass es weder einen Abschlusszwang, noch eine Zwangsschlichtung gibt. Somit trifft aber auch die Sozialversicherung nur eine Bemühungspflicht zum Zustandekommen des jeweili- gen Gesamtvertrages.⁴⁶ *Raschauer* betont trotzdem, dass die Sozialversicherung eine starke Verpflichtung zum Abschluss eines Gesamtvertrages hätte und argumentiert dies mit der wirt- schaftlichen Übermacht der Sozialversicherung gegenüber einzelnen Ärztinnen und Ärzten. Obwohl kein Abschlusszwang herrscht, diene diese Verpflichtung zum Gesamtvertrag vor allem dem Zweck die Sozialversicherung zu motivieren mit der kollektiven Interessensvertre- tung der Ärztinnen und Ärzte – namentlich den Ärztekammern – zu verhandeln um nicht ihre

⁴¹ *Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen 131.

⁴² *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 9.

⁴³ *Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen 126.

⁴⁴ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 8.

⁴⁵ *Grillberger/Mosler*, Ärztliches Vertragspartnerrecht 74.

⁴⁶ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 338 ASVG Rz 8.

wirtschaftliche Übermacht bei Vertragsverhandlungen mit einzelnen Ärztinnen und Ärzten auszunützen.⁴⁷

2.2 Vertragsbeziehungen zu Ärztinnen und Ärzten

Die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenversicherungsträgern und den Ärztinnen und Ärzten sind auf Grund ihrer ökonomischen Bedeutung für diese Arbeit von besonderer Relevanz. Sie beliefen sich im Jahr 2016 in Österreich auf ein Finanzvolumen von 4,2 Mrd. Euro.⁴⁸

Wie bereits dargelegt, hat der historische Bundesverfassungsgesetzgeber zur Kenntnis genommen, dass die Leistungsbeziehungen der Krankenversicherungsträger und der Ärztinnen und Ärzte durch privatrechtliche Verträge – und nicht durch gesetzliche Vorgaben – unter gleichrangiger Beteiligung der Sozialversicherung und der Ärztekammern abgeschlossen wurden und werden.⁴⁹ So finden sich die Krankenversicherung bzw die Krankenversicherungsträger als Teil des Sozialversicherungswesens bereits in der Stammfassung des österreichischen B-VG, wobei die spezifische Organisationsform der Selbstverwaltung durch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sogar auf das Jahr 1889 zurückgeht und somit aus der Zeit vor Inkrafttreten des B-VG stammt. Auch die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung wurde somit vom historischen Verfassungsgesetzgeber vorgefunden und mit den Prinzipien der Bundesverfassung als vereinbar angesehen.⁵⁰ Obwohl die nichtterritoriale Selbstverwaltung erst mit der B-VG-Novelle 2008 verfassungsgesetzlich verankert wurde, war die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern mit nicht weisungsgebundenen eigenen Organen bereits zuvor in Rechtsprechung und Lehre unumstritten.⁵¹

Raschauer betont, dass es außer Zweifel stünde, dass auch die Ärztekammern als Interessensvertretungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft der Ärztinnen und Ärzte als Selbstverwaltungskörper zu gelten hätten. Allerdings betont er auch, dass die Vertragsverhandlungen im Auftrag und Interesse der freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzte als öffentliche Aufgabe genau dieser Selbstverwaltungskörper im Sinne des B-VG zu werten sind und der Verfassungsgesetzgeber genau diese Aufgabenzuweisung zur Kenntnis genommen und implizit bestätigt hätte.⁵² Diese Bestätigung des Verfassungsgesetzgebers führe in weiterer Folge dazu, dass die

⁴⁷ *Raschauer*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Weiterentwicklung des ärztlichen Vertragspartnerrechts, *Recht der Medizin* 2016 240 (243).

⁴⁸ *Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger*, *Die Österreichische Sozialversicherung in Zahlen* 2017 15.

⁴⁹ *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 243.

⁵⁰ *Pfeil*, *Bessere Leistungen für Menschen* 85.

⁵¹ *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 245.

⁵² *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 246.

Ärzttekammern, neben den Arbeiterkammern und den Wirtschaftskammern, als Sozialpartner im Sinn des Art 120a Abs 2 B-VG – soweit ihnen sozialpartnerschaftliche Funktionen übertragen wurden – zu betrachten wären. *Raschauer* leitet daraus ab, dass die Mitwirkung der Ärztekammern an der Verhandlung des Gesamtvertrages – eine, der Ärztekammer sozialpartnerschaftlich übertragene öffentliche Aufgabe – einer verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie unterläge.⁵³ Dem einfachen Gesetzgeber sei der Beschluss von gesetzliche Regelungen, die es der Sozialversicherung ermöglichen würden, zentrale Details eines Vertragsverhältnisses – konkret dem Gesamtvertrag – ohne die Ärztekammern zu verhandeln, deshalb verwehrt.⁵⁴

Die Regelungen über die ärztlichen Gesamtverträge finden sich in § 342 ASVG. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 342. (1) Die zwischen dem Hauptverband und den Ärztekammern abzuschließenden Gesamtverträge haben nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen insbesondere folgende Gegenstände zu regeln:

1. die Festsetzung der Zahl und der örtlichen Verteilung der Vertragsärztinnen und -ärzte (Vertrags-Gruppenpraxen) unter Bedachtnahme auf die regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) mit dem Ziel, dass unter Berücksichtigung sämtlicher ambulanter Versorgungsstrukturen, der örtlichen Verhältnisse und der Verkehrsverhältnisse, der Veränderung der Morbidität sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur (dynamische Stellenplanung) eine ausreichende ärztliche Versorgung im Sinne des § 338 Abs 2 erster Satz der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten und deren Angehörigen gesichert ist; in der Regel soll die Auswahl mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten oder einem Vertragsarzt und einer Vertrags-Gruppenpraxis freigestellt sein;

1a. allfällige Regelungen für Investitionsabteilungen an den/die bisherigen/bisherige Stelleninhaber/in unter anteiliger Anrechnung auf das Honorarvolumen für den Fall, dass eine im Stellenplan enthaltene Planstelle gestrichen und somit nicht nachbesetzt wird, und weder dessen/deren bisherigen Einrichtungen eine vertrags- oder wahlärztliche Tätigkeit ausgeübt wird; Veräußerungserlöse sind auf die Investitionsabteilung anzurechnen;

2. die Auswahl der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen, Abschluß und Lösung der mit diesen zu treffenden Abmachungen (Einzelverträge)

3. die Rechte und Pflichten der Vertragsärzte/Vertragsärztinnen und Vertragsgruppenpraxen, insbesondere auch ihre Ansprüche auf Vergütung der ärztlichen Leistung sowie die Überprüfung der Identität des Patienten/der Patientin [...]

4. die Vorsorge zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Behandlung und Verschreibweise einschließlich Steuerungsmaßnahmen bei Heilmitteln sowie hinsichtlich der ärztlich veranlassten Kosten, zB in den Bereichen Zuweisung und Überweisung zu niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten (Gruppenpraxen), Heilbehelfe, Hilfsmittel und Transporte (Ökonomieprinzip); [...]

7. die Kündigung und Auflösung des Gesamtvertrages; [...]

(2) Die Vergütung der Tätigkeit von Vertragsärztinnen und Vertragsärzten ist nach Einzelleistungen oder nach Pauschalmodellen zu vereinbaren. Die Vereinbarungen über die Vergütung der ärztlichen Leistungen sind jeweils in den Honorarordnungen für Einzelordinationen und für Gruppenpraxen zusammenzufassen; diese bilden einen Bestandteil der jeweiligen Gesamtverträge. Die Gesamtverträge sollen eine Begrenzung der Ausgaben der Träger der Krankenversicherung für die vertragsärztliche Tätigkeit (einschließlich der Rückvergütungen

⁵³ *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 248.

⁵⁴ *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 252.

bei Inanspruchnahme der wahlärztlichen Hilfe (§ 131) bzw für die Tätigkeit von Vertrags-Gruppenpraxen einschließlich der Rückvergütungen bei Inanspruchnahme von Wahl-Gruppenpraxen enthalten.

(2a) Bei der Vereinbarung der Honorarordnungen sind von den Gesamtvertragspartnern mit der Zielsetzung einer qualitativ hochwertigen Versorgung, einer nachhaltig ausgeglichenen Gebarung des Trägers der Krankenversicherung und einer angemessenen Honorarentwicklung folgende Kriterien anzuwenden:

1. Die Entwicklung der Beitragseinnahmen des Krankenversicherungsträgers, wobei gesetzlich für andere Zwecke gebundene Beitragseinnahmen nicht zu berücksichtigen sind;
2. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Krankenversicherungsträgers [...]
3. die gesamtwirtschaftliche Situation (einschließlich Lohn- und Gehaltsentwicklungen); [...]
7. der Stand der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie die Auswirkungen jener Leistungen, die nicht in Zusammenhang mit der vertragsärztlichen Hilfe stehen; [...]⁵⁵

Darüber hinaus ist § 343 ASVG, der die Vertragsaufnahme sowie die Vertragsauflösung mit Ärztinnen und Ärzten regelt, von Relevanz. Dieser lautet auszugsweise:

„§ 343. (1) Die Auswahl der Vertragsärztinnen/Vertragsärzte und der Vertrags-Gruppenpraxen und der Abschluss der Einzelverträge zwischen dem zuständigen Träger der Krankenversicherung und dem Arzt/der Ärztin oder der Gruppenpraxis erfolgt nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages und im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer. [...] Mit approbierten Ärztinnen/Ärzten (§ 44 Abs. 1 ÄrzteG 1998) kann kein Einzelvertrag abgeschlossen werden, es sei denn, der Arzt/die Ärztin hat gemäß Artikel 29 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen das Recht erworben, den ärztlichen Beruf als Arzt/Ärztin für Allgemeinmedizin im Rahmen eines Sozialversicherungssystems auszuüben.

(1a) Zur Auswahl nach Abs. 1 sind auf Vorschlag der Österreichischen Ärztekammer durch Verordnung des Bundesministers für Gesundheit verbindliche Kriterien für die Reihung der Bewerberinnen und Bewerber um Einzelverträge festzulegen (Reihungskriterien). Dabei sind auch die fachliche Eignung der Bewerberinnen und Bewerber und die zeitliche Reihenfolge der Bewerbung um Einzelverträge zu berücksichtigen. [...] Die Reihungskriterien haben jedenfalls dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, [...], zu entsprechen. [...]

(4) Das Vertragsverhältnis kann unbeschadet der Bestimmungen der Abs. 2 und 3 von beiden Teilen unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Der Krankenversicherungsträger kann nur wegen wiederholter nicht unerheblicher oder wegen schwerwiegender Vertrags- oder Berufspflichtverletzung unter Angabe der Gründe schriftlich kündigen. Der gekündigte Arzt/die gekündigte Ärztin oder die gekündigte Vertrags-Gruppenpraxis kann innerhalb von zwei Wochen die Kündigung bei der Landesschiedskommission mit Einspruch anfechten. Die Landesschiedskommission hat innerhalb von sechs Monaten nach Einlagen des Einspruchs über diesen zu entscheiden. Der Einspruch hat bis zum Tag der Entscheidung der Landesschiedskommission aufschiebende Wirkung.“⁵⁶

Obwohl das ASVG in Bezug auf den Gesamtvertrag einen gewissen Mindestinhalt, wie beispielsweise Stellenplan, Pflichten der Vertragspartnerinnen und Vertragspartner sowie des gebührenden Honorars regelt, findet sich keine Regelung, die eine Deckungsgleichheit des Leistungsanspruch der Pflichtversicherten mit den Vertragsleistungen des Gesamtvertrags

⁵⁵ § 342 ASVG.

⁵⁶ § 343 ASVG.

vorschreibt. Durch den Stellenplan soll eine ausreichende ärztliche Versorgung sichergestellt werden;⁵⁷ wobei jede und jeder Versicherte die Auswahl zwischen mindestens zwei Vertragspartnerinnen bzw Vertragspartnern haben soll, damit die freie Arztwahl sichergestellt ist.⁵⁸

Der Stellenplan dient dabei der örtlichen Verteilung und Anzahl der Vertragsärztinnen und Vertragsärzte sowie der Gruppenpraxen.⁵⁹

Eine Vertragsärztin bzw ein Vertragsarzt ist grundsätzlich zur persönlichen Berufsausübung verpflichtet und ihr bzw ihm ist es verboten Zuzahlungen für eine bessere Behandlung oder Sondertermine zu verlangen. Im Gegenzug können die Vertragsärztinnen und Vertragsärzte sowohl Umfang als auch Ausmaß der zu erbringenden Leistungen weitgehend selbst bestimmen, wobei sie zu einer wirtschaftlichen Behandlungs- und Verschreibweise verpflichtet sind. Entsprechend der jeweiligen Honorarordnung können die erbrachten Leistungen dem jeweiligen Krankenversicherungsträger verrechnet werden, wobei die Gesamtverträge häufig Mischformen aus Einzelleistungsabrechnung und Pauschalmodellen vorsehen, die darüber hinaus durch Limitierungen, Degressionsregelungen und Deckelungen begrenzt sind. Jede Vertragsärztin bzw jeder Vertragsarzt besitzt einen Kündigungsschutz, der deutlich über den Kündigungsschutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hinausgeht, wobei der jeweilige Krankenversicherungsträger eine Vertragsärztin bzw einen Vertragsarzt nur nach schwerwiegenden Vertragsverletzungen – die taxativ im ASVG aufgezählt sind – kündigen kann.⁶⁰

An dieser Stelle sei nochmals darauf verwiesen, dass der Inhalt des jeweiligen Gesamtvertrages gemäß § 341 Abs 3 ASVG direkt Inhalt des Einzelvertrages wird, wobei mit Zustimmung der zuständigen Ärztekammer Abweichungen möglich sind.⁶¹ Dem Gesamtvertrag entgegenstehende Vereinbarungen im Einzelvertrag sind ohne Zustimmung der Ärztekammer rechtswirksam.⁶² *Raschauer* argumentiert diesbezüglich, dass auf Basis der Gesamtsystematik des ASVG ein Einzelvertrag grundsätzlich nur dann geschlossen werden kann, wenn zuvor ein Gesamtvertrag abgeschlossen wurde. Diese restriktive Sichtweise wird mit Verweis auf das arbeitsrechtliche Kollektivvertragssystem und die jeweilige Vereinbarung der Erbringung von Dienstleistungen in kollektiver Weise argumentiert, die normativ auf das Einzelvertragsverhältnis einwirken würde.⁶³ *Kletter* widerspricht dieser Ansicht – der er allerdings zubilligt, dass es sich um die herrschende Lehre in der diesbezüglichen Literatur handelt – da ein aus-

⁵⁷ *Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen 133.

⁵⁸ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 342 ASVG Rz 15.

⁵⁹ *Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen 133.

⁶⁰ *Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen 136.

⁶¹ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 343 ASVG Rz 27.

⁶² *Kneihs*, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen, Ein Vergleich vor dem Hintergrund des EG-Binnenmarktes und des EWR (2008) 18.

⁶³ *Raschauer*, Vertragspartnerrechts 245.

drückliches Verbot für einen Einzelvertrag ohne Gesamtvertrag im Gesetz fehlen würde. Er argumentiert auch mit einem sich verändernden rechtlichen Umfeld und plädiert darüber hinaus für eine umfassende Neubewertung dieser Fragestellung, da die historische Übermacht der Krankenversicherungsträger, unter anderem durch die Grundrechtsbindung der Privatwirtschaftsverwaltung und das Vergaberecht nicht mehr gegeben sei. Insbesondere der gesetzliche Versorgungsauftrag, den die Krankenversicherungsträger zu erfüllen hätten, würde für diese Sichtweise sprechen.⁶⁴ *Kneihs/Mosler* wiederum hinterfragen die Rechtsnatur des Einzelvertrages dahingehend, ob es nicht die Patientinnen und Patienten sind, die eine konkrete Leistung bei der Ärztin bzw dem Arzt im Rahmen des Behandlungsvertrages in Auftrag geben würden, die vom Krankenversicherungsträger im Anschluss (nur) bezahlt wird.⁶⁵ Rechtlich würde, auf dieser Argumentation aufbauend, der Einzelvertrag in Bezug auf die Versicherte bzw den Versicherten als Vorvertrag zugunsten Dritter – der diesen das Recht auf den Abschluss des Behandlungsvertrages im Rahmen des Sozialversicherungsrechts gewähren würde – wirken. Die vertragliche Beziehung zwischen der einzelnen Ärztin bzw dem einzelnen Arzt und dem Krankenversicherungsträger wäre hingegen als freier Dienstvertrag zu qualifizieren.⁶⁶

Kneihs wiederum kritisiert in Bezug auf die Invertragnahme im Rahmen des Stellenplanes grundsätzlich, dass eine nicht zum Zug gekommene Bewerberin bzw ein nicht zum Zug gekommener Bewerber um einen Einzelvertrag, bei einer Einigung der Sozialpartner zur Besetzung einer Vertragsarztstelle zwar einen, wenn auch beschränkten, zivilrechtlichen Rechtsschutz besitzen würde, sie bzw er für den Fall einer Nichteinigung der Sozialpartner allerdings nicht einmal Partei des vorgesehenen Verwaltungsverfahrens sei. Diese Regelung hält er jedenfalls für verfassungswidrig.⁶⁷

2.3 Vertragsbeziehungen zu andern Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern (außer Ärztinnen und Ärzten)

Die Vertragsbeziehungen zu Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern, die nicht an anderer Stelle des Sechsten Teils des ASVG explizit geregelt sind, finden ihren rechtlichen Rahmen in § 349 ASVG. Dieser lautet auszugsweise:

„§ 349. (2a) Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den in § 149 Abs 3 genannten Krankenanstalten werden durch Gesamtverträge geregelt, die für diese

⁶⁴ *Kletter* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG³ § 338 ASVG Rz 37ff.

⁶⁵ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 342 ASVG Rz 15.

⁶⁶ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 343 ASVG Rz 26.

⁶⁷ *Kneihs*, Vertragsärztereht 79.

Krankenanstalten von der in Betracht kommenden gesetzlichen Interessenvertretung abzuschließen sind.

(2b) Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und jenen Krankenanstalten, die ambulante Untersuchungen mit Großgeräten im Sinne des von der Bundesgesundheitskommission im Rahmen des Österreichischen Strukturplans Gesundheit (ÖSG) beschlossenen Großgeräteplanes in der jeweils geltenden Fassung durchzuführen, werden hinsichtlich der Leistungen durch Gesamtverträge geregelt. Diese Gesamtverträge, welche die in § 342 Abs. 1 aufgezählten Gegenstände in sinngemäßer Anwendung zu regeln haben, werden für die genannten Krankenanstalten von der in Betracht kommenden gesetzlichen Interessenvertretung abgeschlossen. § 342 Abs. a ist sinngemäß anzuwenden.

(2c) Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und Krankenanstalten nach § 2 Abs. 1 Z5 KAKuG können hinsichtlich bestimmter medizinischer Sonderfächer oder Teile dieser durch Gesamtverträge geregelt werden. Abs. 2b letzter und vorletzter Satz sind anzuwenden.

(3) Die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen als Ärzten/Ärztinnen, Zahnärzten/Zahnärztinnen, Gruppenpraxen, Dentisten/Dentistinnen, Apothekern/Apothekerinnen, freiberuflich tätigen klinischen Psychologen/Psychologinnen bzw freiberuflich tätigen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen und Krankenanstalten können durch Gesamtverträge geregelt werden. Hierbei finden die Bestimmungen des § 341 mit der Maßgabe sinngemäß Anwendung, dass an die Stelle der Ärztekammer die zuständige gesetzliche berufliche Vertretung tritt. § 342 Abs. 2a ist sinngemäß anzuwenden.

(4) Sieht ein gemäß Abs. 3 abgeschlossener Gesamtvertrag vor, dass ohne Abschluß von Einzelverträgen die im Gesamtvertrag angeführten Verbandsangehörigen die Sachleistungen für Rechnung der Träger der Krankenversicherung zu erbringen haben, dann regelt der Gesamtvertrag selbst mit verbindlicher Wirkung die Beziehungen zwischen den Verbandsangehörigen und den Versicherten.“⁶⁸

Mit Fokus auf die Vertragsbeziehungen der Krankenversicherungsträger können folgende Typen von Krankenanstalten im Rahmen dieser Arbeit unterschieden werden: Krankenanstalten, die durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds finanziert werden, Krankenanstalten, die im Rahmen des PRIKRAF (Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds) teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden und ambulante Krankenanstalten bzw Ambulatorien.

1. Krankenanstalten, die durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds finanziert werden)⁶⁹:

Der Gesetzgeber regelt in den §§ 144 und 145 ASVG, dass erkrankte Versicherte, die einer Anstaltspflege bedürfen, in der allgemeinen Gebührenklasse einer landesgesundheitsfondsfinanzierten Krankenanstalt unterzubringen und zu behandeln sind, so lange dies medizinisch notwendig ist.⁷⁰ § 148 ASVG wiederum regelt die Beziehungen der Krankenversicherungsträger mit den Rechtsträgern dieser Krankenanstalten und verweist hinsichtlich der Finanzierung ganz wesentlich auf die *Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens*. Darüber hinaus wird festgelegt, dass alle Leistungen der Krankenanstalten (inklusive der spitalsambulanten Leistungen) mit den gesetzlich defi-

⁶⁸ § 349 ASVG.

⁶⁹ § 148 ASVG iVm § 349 ASVG.

⁷⁰ § 144f ASVG.

nierten Zahlungen abgegolten sind.⁷¹ *Mosler* hält fest, dass es sich bei den Verträgen zwischen den Krankenversicherungsträgern und den (landesgesundheitsfondsfinanzierten) öffentlichen Krankenanstalten sowohl um privatrechtliche Verträge als auch um Einzelverträge handelt. Da alles Wesentliche bereits in den §§ 144ff ASVG sowie im Krankenanstaltenrecht geregelt sei, könnten diese Verträge allerdings die bestehenden Vorgaben nur konkretisieren.⁷² An dieser Stelle sei noch auf § 3 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) verwiesen, der grundsätzliche Regelungen über die Errichtungs- und Betriebsbewilligung von bettenführenden Krankenanstalten enthält. So darf eine Krankenanstalt von der zuständigen Landesregierung nur genehmigt werden, wenn ein konkreter Bedarf gegeben ist. Im Rahmen dieser Bedarfsprüfung erfolgt ein Vergleich des geplanten Leistungsangebots mit den angebotenen Leistungen der bestehenden Krankenanstalten. In diesem Verfahren hat ein besonderer Fokus auf einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen Gesundheitsversorgung unter Wahrung des finanziellen Gleichgewichts zu liegen.⁷³

2. Krankenanstalten, die im Rahmen des PRIKRAF teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden⁷⁴: Leistungen, die in diesen privaten Krankenanstalten für Versicherte erbracht werden, sind durch eine jährliche Pauschalzahlung durch die Sozialversicherung abgegolten. Zwischen den im PRIKRAF zusammengeschlossenen Krankenanstalten und den Krankenversicherungsträgern besteht wiederum ein Gesamtvertrag. Darüber hinaus bedarf es jeweils eines Einzelvertrages zwischen dem Krankenversicherungsträger und der Krankenanstalt, insbesondere um die Direktverrechnung der jeweiligen Leistung sicherzustellen, aber auch, um der bzw dem Versicherten – wie bei Verträgen mit Ärztinnen und Ärzten – das Recht zum Abschluss des Behandlungsvertrages zu ermöglichen. Der zwischen dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger und dem PRIKRAF abgeschlossene Fondsvertrag, der unter anderem die Abrechnungsmodalitäten durch den Fonds regelt, ist wiederum nicht als Gesamtvertrag, sondern als klassische schuldrechtliche Vereinbarung zu qualifizieren.⁷⁵

3. Ambulante Krankenanstalten bzw Ambulatorien: Bei diesen Krankenanstalten handelt es sich um organisatorisch selbständige Einrichtungen, in denen Menschen behandelt oder untersucht werden, die keiner (stationären) Aufnahme bedürfen.⁷⁶ Die Krankenversicherungsträger können für Ambulatorien hinsichtlich bestimmter medizinischer Sonderfächer Gesamtverträge mit der Wirtschaftskammer abschließen. Auch hier gilt, dass – bei Vorliegen eines Ge-

⁷¹ § 148 ASVG.

⁷² *Mosler/Rebhahn* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 349 ASVG Rz 17.

⁷³ § 3 KAKuG.

⁷⁴ § 159 Abs 3 ASVG iVm § 349 Abs 2a ASVG.

⁷⁵ *Mosler/Rebhahn* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 349 ASVG Rz 18.

⁷⁶ § 349 Abs 2b und 2c ASVG iVm § 2 Abs 1 Z 5 KAKuG.

samtvertrages – zusätzlich noch ein Einzelvertrag zwischen dem Ambulatorium und dem Krankenversicherungsträger abgeschlossen werden muss. Da der Gesamtvertrag allerdings fakultativ ist, sind Einzelverträge auch ohne Vorliegen eines Gesamtvertrages möglich.⁷⁷ Ähnlich wie bettenführende Krankenanstalten, unterliegen auch selbständige Ambulatorien einem Zulassungsverfahren hinsichtlich Errichtung und Betrieb durch die jeweils zuständige Landesregierung.⁷⁸ Dass die faktische Abgrenzung zwischen Gruppenpraxen und Ambulatorien nicht immer einfach ist, hat auch der EuGH in seiner Hartlauer-Entscheidung festgestellt, bei der es um die Bewilligung zu Errichtung und Betrieb selbständiger Zahnambulatorien durch den Hartlauer-Konzern ging: So könne die Patientin bzw der Patient auf Basis der räumlichen und apparatemäßigen Ausstattung in vielen Fällen keinen Unterschied zwischen einer Gruppenpraxis oder einem Ambulatorium erkennen. Darüber hinaus würden sowohl Gruppenpraxen als auch Ambulatorien die gleichen Leistungen anbieten und den gleichen Marktbedingungen unterliegen. Es könnten gleichviel Ärztinnen und Ärzte beschäftigt sein, wobei sich alleine deren Rechtsstellung – Arbeitnehmerin bzw Arbeitnehmer in Ambulatorien gegenüber persönlich haftende Gesellschafterin bzw Gesellschafter in Gruppenpraxen – unterscheiden würde.⁷⁹ Trotzdem würde die österreichische Rechtslage, zum Zeitpunkt des Urteils, für Ambulatorien die Erteilung einer vorherigen behördlichen Genehmigung auf Basis einer Bedarfsprüfung verlangen und von Gruppenpraxen nicht.⁸⁰

Hinsichtlich Ambulatorien mit medizinischen Großgeräten verweist § 349 (Abs 2b) explizit auf den Großgeräteplan, wobei die regionale Verteilung medizinischer Großgeräte im Österreichischen Strukturplan Gesundheit – konkret im genannten Großgeräteplan – auf gesamtstaatlicher Ebene geplant wird. Gesamtverträge und Einzelverträge – das ASVG spricht hier explizit von einer Regelung durch Gesamtverträge – die dem Großgeräteplan widersprechen sind rechtswidrig und nichtig. Folglich darf für rechtswidrig erbrachte Leistungen mit Großgeräten keine Kostenerstattung durch die Krankenversicherungsträger geleistet werden.⁸¹

Neben den Vertragsbeziehungen zu Krankenanstalten sind an dieser Stelle noch die Vertragsbeziehungen zu anderen – als die in § 349 Abs 3 ASVG genannten – Vertragspartnerinnen und Vertragspartner von Interesse.⁸² Diesbezüglich ist zu unterscheiden, ob für die jeweilige Berufsgruppe eine eigenständige gesetzliche berufliche Vertretung eingerichtet ist oder nicht. Bei Hebammen, Heilmasseurinnen und Heilmasseuren, Optikerinnen und Optikern, Banda-

⁷⁷ Mosler/Rebhahn in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 349 ASVG Rz 21.

⁷⁸ § 3 KAKuG.

⁷⁹ EuGH 10.03.2009, C-169/07, Hartlauer Rz 57.

⁸⁰ EuGH 10.03.2009, C-169/07, Hartlauer Rz 37.

⁸¹ Mosler/Rebhahn in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 349 ASVG Rz 20.

⁸² § 349 Abs 3 ASVG.

gistinnen und Bandagisten und Orthopädienschuhmacherinnen und -schuhmacher handelt es sich um Berufsgruppen mit gesetzlicher beruflicher Vertretung, während Pflegepersonen, Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, Logopädinnen und Logopäden, Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten und Vereine, die Kranken- und Rettungstransporte durchführen, keine diesbezügliche Interessensvertretung im Sinne des § 349 Abs 3 ASVG haben. Während Berufsgruppen mit gesetzlicher beruflicher Interessensvertretung Gesamtverträge gemäß § 349 Abs 3 ASVG abschließen können, bleibt der zweiten Gruppe nur der Einzelvertrag auf Basis von § 338 Abs 1 ASVG. Für den Fall, dass ein Gesamtvertrag zwischen einem Krankenversicherungsträger und der gesetzlichen beruflichen Interessenvertretung einer Berufsgruppe abgeschlossen wird, (diese Gesamtverträge sind fakultativ und somit ist auch „nur“ der Abschluss von Einzelverträgen möglich) wirkt dieser unmittelbar rechtsverbindlich. Ein zusätzlicher Einzelvertrag ist nicht notwendig bzw der Gesamtvertrag wirkt als generalisierter Einzelvertrag, der die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer durch den Beitritt zu ihrer gesetzlichen beruflichen Vertretung automatisch einbezieht.⁸³

An dieser Stelle scheint es geboten, die konkrete Rechtsnatur eines Einzelvertrages zwischen einem Krankenversicherungsträger und einem anderen Vertragspartner an Hand eines konkreten Beispiels näher zu betrachten: Der VfGH hatte im Jahr 2002 einen Vertrag zwischen dem Roten Kreuz, Landesverband Niederösterreich, und der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse (NÖGKK) in Zusammenhang mit der Erbringung von Krankentransporten zu bewerten. Sozialversicherungsrechtlich handelt es sich bei einem Krankentransport um keine eigenständige Leistung, sondern eine akzessorische Leistung in Zusammenhang mit einer Krankenbehandlung bzw einer Einweisung in eine Krankenanstalt. Im Rahmen von § 135 ASVG werden die Bedingungen eines möglichen Kostenersatzes bei der Inanspruchnahme eines Lohnfuhrwerks bzw privaten Kraftfahrzeugs geregelt. Im konkreten Fall hatte die NÖGKK die Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen, die Kosten für Krankentransporte zu übernehmen. Die Bewertung des VfGH hat ergeben, dass der Auftraggeber für einen Krankentransport nicht die NÖGKK, sondern die bzw der jeweilige Versicherte ist. Die NÖGKK würde weder generell, noch für den Einzelfall, einen Auftrag zur Erbringung einer Transportleistung erteilen. Beim konkreten Vertrag der NÖGKK mit dem Österreichischen Roten Kreuz würde es sich lediglich um eine vertragliche Vereinbarung über die Festlegung der Höhe des Entgelts handeln, das direkt mit der NÖGKK abgerechnet werden könne, wenn

⁸³ Mosler/Rebhahn in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 349 ASVG Rz 22ff.

eine Versicherte bzw ein Versicherter einen genehmigten Krankentransport beauftragen würde.⁸⁴

⁸⁴ VfGH 25.11.2002, B46/00.

3. Europäische Rechtsquellen zum Vergaberecht mit Fokus auf die im Rahmen der Masterarbeit zu bearbeitende Fragestellung

3.1 Rechtsquellen des primären Unionsrechts

Die europäische Bedeutung des Vergaberechts ist eng mit dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes gemäß Art 26 AEUV durch den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr verknüpft.⁸⁵ Der Gedanke des freien Wettbewerbs als Grundlage des Vergaberechts soll die Mitgliedsstaaten verpflichten, eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch gesetzliche Regelungen zu verhindern.⁸⁶ Ziel des europäischen Vergaberechts ist somit auch eine Disziplinierung der Staaten in ihrer Eigenschaft als Auftraggeber, damit diese einerseits, die ihnen anvertrauten öffentlichen Gelder sparsam und effizient einsetzen, und andererseits, um einen grenzüberschreitenden und fairen Wettbewerb sicherzustellen.⁸⁷ Gerade dem zweiten Aspekt kommt besondere Bedeutung zu, da viele Mitgliedsstaaten im öffentlichen Auftragswesen lange Zeit ein wirtschaftspolitisches Instrument zu einem protektionistischen Schutz der nationalen Wirtschaft gesehen haben.⁸⁸ Die Begünstigung inländischer Anbieter soll demnach verhindert und allen beteiligten Bieterinnen und Bieter – egal ob aus dem In- oder Ausland – sollen Rechtsschutzmöglichkeiten eingeräumt werden.⁸⁹ Die Eckpfeiler der primärrechtlichen Bestimmungen sind die Grundfreiheiten des Binnenmarktes sowie das Diskriminierungsverbot gemäß Art 18 AEUV.⁹⁰ Der EuGH leitet bei grenzüberschreitenden Zusammenhängen bereits aus dem unionsrechtlichen Primärrecht ein wesentliches Transparenzgebot sowie einen effektiven Rechtsschutz ab.⁹¹ Teil dieses Transparenzgebots ist die Verpflichtung der Nachprüfbarkeit der Auftragsvergabe, in Form eines innerstaatlichen Rechtsschutzverfahrens.⁹² Die Transparenzregeln sind immer – wenn nicht die vergabespezifischen Bestimmungen der Richtlinien anwendbar sind – unmittelbar anwendbar.⁹³ Das europäische Vergaberecht räumt somit der einzelnen Bieterin bzw dem einzelnen Bieter ein einklagbares subjektives Recht ein, das nicht auf Schadenersatzforderungen beschränkt ist, sondern bereits präventiv die Gefahr der Bevorzugung einheimischer Bie-

⁸⁵ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012) 19.

⁸⁶ *Werschitz/Ragoßnig* in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ (2012) 1.

⁸⁷ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 45f.

⁸⁸ *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁶ (2013) 50.

⁸⁹ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 45f.

⁹⁰ *Werschitz/Ragoßnig* in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 5.

⁹¹ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 45f.

⁹² *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² 24.

⁹³ *Werschitz/Ragoßnig* in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 39.

terinnen und Bieter durch öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens verhindern soll.⁹⁴

Da im Rahmen dieser Arbeit die Schnittstelle des Vergaberechts zum Gesundheitssystems von wesentlicher Bedeutung ist, scheint es geboten die primärrechtliche Zuständigkeit für Gesundheitspolitik und Gesundheitswesen näher zu betrachten. Die relevanten Bestimmungen dazu finden sich in Art 168 AEUV, der wie folgt lautet:

„Artikel 168 (ex-Artikel 152 EGV)

(1) Bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

Die Tätigkeit der Union ergänzt die Politik der Mitgliedsstaaten und ist auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit gerichtet. Sie umfasst die Bekämpfung der weit verbreiteten schweren Krankheiten wobei die Erforschung der Ursachen, der Übertragung und der Verhütung dieser Krankheiten sowie Gesundheitsinformationen und -erziehung gefördert werden; außerdem umfasst sie die Beobachtung, frühzeitige Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren. Die Union ergänzt die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten zur Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden einschließlich der Informations- und Vorbeugungsmaßnahmen.

(2) Die Union fördert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten in den in diesem Artikel genannten Bereichen und unterstützt erforderlichenfalls deren Tätigkeit. Sie fördert insbesondere die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, die darauf abzielt, die Komplementarität ihrer Gesundheitsdienste in den Grenzgebieten zu verbessern. Die Mitgliedstaaten koordinieren untereinander im Benehmen mit der Kommission ihre Politiken und Programme in den in Absatz 1 genannten Bereichen. Die Kommission kann in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten. Das Europäische Parlament wird in vollem Umfang unterrichtet.

(3) Die Union und die Mitgliedsstaaten fördern die Zusammenarbeit mit dritten Ländern und den für das Gesundheitswesen zuständigen internationalen Organisationen.

(4) Abweichend von Artikel 2 Absatz 5 und Artikel 6 Buchstabe a tragen das Europäische Parlament und der Rat nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe k gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen mit folgenden Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels bei, um den gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung zu tragen:

a) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate; diese Maßnahmen hindern die Mitgliedsstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen;

b) Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben;

c) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte.

⁹⁴ Fuchs, Europäisches Sozialrecht⁶ 50.

(5) Das Europäische Parlament und der Rat können unter Ausschuss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen auch Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Maßnahmen, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben, erlassen.

(6) Der Rat kann ferner auf Vorschlag der Kommission für die in diesem Artikel genannten Zwecke Empfehlungen erlassen.

*(7) Bei der Tätigkeit der Union wird die Verantwortung der Mitgliedsstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt. Die Verantwortung der Mitgliedsstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel. Die Maßnahmen nach Absatz 4 Buchstabe a lassen die einzelstaatlichen Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut unberührt.*⁹⁵

Ein wesentlicher Kern von Art 168 AEUV liegt eindeutig im Ausschluss einer Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie in der klar formulierten alleinigen Verantwortung der Mitgliedsstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung, wobei die Systeme der Krankenversicherung hier miteinzubeziehen sind. Die Kompetenzen der EU liegen in der Ergänzung und Förderung mitgliedersstaatlicher Politiken, der Möglichkeit der Unionsorgane Empfehlungen abzugeben und Unterstützungsprogramme durchzuführen sowie den taxativ aufgezählten Kompetenzen der Unionsorgane in Art 168 Abs 4 AEUV. Obwohl der AEUV den Mitgliedsstaaten die alleinige Verantwortung für die Gesundheitspolitik und die Organisation der Gesundheitssysteme übertragen hat, wird diese Autonomie der Mitgliedsstaaten zunehmend eingeschränkt. Diese Einschränkungen treten insbesondere an den Schnittstellen zwischen der Organisation von Gesundheitspolitik und Gesundheitssystem mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes sowie dem Wettbewerbs- und Beihilfenrecht und – im Rahmen dieser Arbeit von besonderer Relevanz – dem Vergaberecht auf.⁹⁶

So hat der EuGH beispielsweise die Befugnis der Mitgliedsstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit⁹⁷, sowie ihre Systeme des Gesundheitswesens⁹⁸, auszugestalten, bestätigt. In der Rechtssache Kommission/Deutschland hat der EuGH auch ausdrücklich das Ziel des Erhalts des finanziellen Gleichgewichts der nationalstaatlichen Krankenversicherungssysteme aner-

⁹⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2012 C326, 47.

⁹⁶ Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011) 248f.

⁹⁷ EuGH 26.09.1996, C-79/95, *Kommission/Spanien* Rz 27.

⁹⁸ EuGH 11.12.2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n.5 „Spezzino“* u.a. Rz 55.

kannt.⁹⁹ Darüber hinaus erinnert der EuGH im selben Urteil daran, dass die Gesundheit und das Leben der Menschen gemäß Art 36 AEUV (damals Art 30 EG) unter den geschützten Gütern und Interessen der Europäischen Union den ersten Rang einnehmen und es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dem jeweiligen Mitgliedsstaat obliegt, welches Niveau an Gesundheitsschutz dieser der Bevölkerung gewährleisten will bzw wie dieses Niveau erreicht werden soll.¹⁰⁰ Generalanwalt *Bot* hat dementsprechend im Rahmen der Rechtssache *Hartlauer* betont, dass die Verantwortung der Mitgliedsstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung durch die Europäische Union in vollem Umfang zu wahren sei.¹⁰¹ Gleichzeitig verweist er aber auch auf die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich Höhe und Umfang des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu beachten.¹⁰² Der EuGH selbst weist in seiner *Hartlauer*-Entscheidung darauf hin, dass sich die Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten im Gesundheitswesen an das Gemeinschaftsrecht und insbesondere an die Verkehrsfreiheiten halten müssen. Aus diesem Kontext ist den Mitgliedsstaaten die Einführung oder Beibehaltung von ungerechtfertigten Beschränkungen untersagt.¹⁰³ Sowohl eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit – dem das System der sozialen Krankenversicherung zweifelsfrei zuzuordnen ist – als auch das Ziel, eine allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, kann zu den Ausnahmen aus den Gründen der öffentlichen Ordnung gezählt werden, die einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass zur Schaffung eines hohen Gesundheitsschutzes beigetragen wird.¹⁰⁴ In der Rechtssache *Blanco Pérez und Chao Gomez* hat der EuGH folglich darauf hingewiesen, dass die Niederlassungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmerinnen und -teilnehmer gegen die zwingenden Belange des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung abgewogen werden müsse, da die verfolgten Ziele wiederum Beschränkungen rechtfertigen könnten, die beträchtliche negative Folgen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmerinnen und Wirtschaftsteilnehmer mit sich bringen könnten.¹⁰⁵

In seinem Urteil *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* hat der EuGH wiederum festgehalten, dass Dienstleistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden – und nicht unter die Vorschriften zum freien Waren- bzw Kapitalverkehr fallen oder der Personen-

⁹⁹ EuGH 11.09.2008, C-141/07, *Kommission/Deutschland* Rz 22.

¹⁰⁰ EuGH 11.09.2008, C-141/07, *Kommission/Deutschland* Rz 46, 51.

¹⁰¹ Schlussanträge GA *Bot* 09.09.2008, Rs C-169/07, *Hartlauer* Rz 12.

¹⁰² Schlussanträge GA *Bot* 09.09.2008, Rs C-169/07, *Hartlauer* Rz 57.

¹⁰³ EuGH 10.03.2009, C-169/07, *Hartlauer* Rz 29.

¹⁰⁴ EuGH 11.12.2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n.5 „Spezzino“ u.a.* Rz 57.

¹⁰⁵ EuGH 01.06.2010, C-570/07, *Blanco Pérez und Pilar Chao Gómez* Rz 91.

freizügigkeit unterliegen – unter die Dienstleistungsfreiheit fallen. In diesem Zusammenhang ist auch ein Verweis auf Art 57 AEUV (damals Art 60 EWGV) von Relevanz, da dieser freiberufliche Tätigkeiten explizit unter dem Begriff Dienstleistungen subsumiert. Der – für die konkrete Fragestellung relevante – Schwangerschaftsabbruch wiederum ist eine ärztliche Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht und im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit ausgeübt werden kann, weswegen er unter die Dienstleistungsfreiheit fällt.¹⁰⁶ In der Rechtssache Watts wiederum betont der EuGH, dass es für Frage, ob eine medizinische Leistung in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt oder nicht, irrelevant ist, ob die Versorgung in einem Krankenhaus oder außerhalb erbracht wird.¹⁰⁷ Im Rahmen der Rechtssache Müller-Fauré wird die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auch für medizinische Dienstleistungen, die im Rahmen eines Krankenversicherungssystems, das dem Bereich der sozialen Sicherheit zuzuordnen ist und nur Sachleistungen und keine Erstattung kennt, deziert festgehalten.¹⁰⁸ Becker kritisiert insbesondere die zuletzt genannte Entscheidung, die eine Einbettung der Leistungen in ein Sozialleistungssystem nicht berücksichtigen würde. Damit würde der soziale Charakter einer Dienstleistung sowie deren Einbettung in eine Versicherung und eine öffentliche Gesundheitsinfrastruktur in Bezug auf die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten irrelevant.¹⁰⁹ Krajewski wiederum kritisiert, dass der EuGH medizinische Leistungen generell als Dienstleistungen im Sinne des Art 56 AEUV qualifiziert, da im Rahmen der Sachleistungsversorgung im Sozialversicherungssystem weder ein Austausch von Leistungen auf einem Markt stattfinden würde, noch Angebots- und Nachfragesteuerung oder Preisbildung durch marktmäßige Verfahren gesteuert würden.¹¹⁰ Nachdem der EuGH medizinische Leistungen allerdings als Dienstleistungen gemäß Dienstleistungsfreiheit definiert hat, steht außer Zweifel, dass sich eine Patientin bzw ein Patient auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in einem anderen Mitgliedsstaat medizinisch behandeln lassen kann. Für die Frage der Dienstleistungsfreiheit ist es dabei ohne Belang, ob die Patientin bzw der Patient einen Anspruch auf eine spätere Übernahme der Kosten für die Leistung in ihrem bzw seinem Heimatland hat.¹¹¹ Der EuGH geht allerdings in seiner Auslegung der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit noch weiter: So bedeutet eine Nichtübernahme der Kosten der Krankenbehandlung im Ausland durch das gesetzliche System der sozialen Sicherung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Argumentiert wird das damit, dass die Patientinnen

¹⁰⁶ EuGH 04.10. 1991, C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd.* Rz 17f.

¹⁰⁷ EuGH 19.05.2006, C-372/04, *Watts* Rz 86.

¹⁰⁸ EuGH 13.05.2003, C-385/99, *Müller-Fauré* Rz 39.

¹⁰⁹ Becker, Die Sozialpolitik im Spannungsverhältnis von Nationalstaat und supranationalen Institutionen, Sozialer Fortschritt 2012, 86 (87).

¹¹⁰ Krajewski, Grundstrukturen 510.

¹¹¹ EuGH 19.05.2006, C-372/04, *Watts* Rz 89f.

und Patienten durch die Nichtübernahme der Kosten davon abgehalten würden, die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch zu nehmen bzw dass diese jedenfalls deutlich erschwert werden würde. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit – in Form einer Vorabgenehmigung – ist nur dann zulässig, wenn sie aus Gründen des Allgemeinwohls objektiv gerechtfertigt werden kann. Als konkrete Rechtfertigungsgründe werden vom EuGH unter anderem das Ziel, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten sowie das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit als zwingender Grund des Allgemeininteresses genannt.¹¹²

Von primärrechtlicher Bedeutung ist – seit dem Vertrag von Lissabon – auch die Charta der Grundrechte (GRC)¹¹³, die gemäß Art 6 EUV verbindliches Primärrecht darstellt, allerdings die im Rahmen der Verträge festgelegten Zuständigkeiten nicht verändert oder erweitert. Art 34 GRC legt fest, dass die Europäische Union das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und den sozialen Diensten, die für Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit, Alter oder Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, anerkennt. Damit verbunden ist ein konkreter Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit. Art 35 GRC wiederum regelt ein Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung.¹¹⁴ Einen interessanten Ansatz zu Art 36 GRC liefert *Krajewski*, der folgendermaßen argumentiert: In Art 36 GRC erkennt die Europäische Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an. Von Relevanz ist dieser Artikel insbesondere deshalb, da er in der Lage ist, das Verständnis des Verhältnisses des Unionsrechts zu öffentlichen Dienstleistungen zu erweitern. Art 36 GRC kann als objektiv-rechtliche Verpflichtung der einzelnen Mitgliedstaaten und der Europäischen Union verstanden werden, öffentliche Dienstleistungen vorzuhalten und kann somit als Grenze für Deregulierungen und Privatisierungen interpretiert werden. Auch wenn Art 36 GRC kein individuell einklagbares Recht auf Vorhaltung und Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen verleihen dürfte, kann er als subjektiv-öffentliches Recht auf Achtung und Anerkennung des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen durch die Unionsorgane interpretiert werden. Daraus folgt, dass die Europäische Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht beeinträchtigen darf bzw andere an einer solchen Beeinträchtigung zu hindern hätte. Aus dieser Argumentationskette leitet *Krajewski* schließlich ein subjektiv-öffentliches Recht der einzelnen Unionsbürgerin bzw des einzelnen Unionsbürgers ab, sich gegen Maßnahmen der Europäischen Union auf dem Gebiet des Wettbewerbs-, Beihilfen- oder Vergaberechts zur Wehr

¹¹² *Krajewski*, Grundstrukturen 507.

¹¹³ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI 2012 C 326/02.

¹¹⁴ *Axer*, Europäisierung des Sozialversicherungsrechts, Die Verwaltung/Beihefte 2010, 123 (131f).

setzen zu können, wenn damit der Zugang zu den genannten Leistungen beeinträchtigt würde. In weiterer Folge könne damit Art 36 GRC auch eine Grenze für Maßnahmen auf dem Gebiet des Binnenmarktes darstellen und somit zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten führen.¹¹⁵

3.2 Rechtsquellen des sekundären Unionsrechts

Sekundärrechtliche Rechtsquellen des Vergaberechts sind die Vergaberichtlinien. Die Vergaberichtlinien selbst können – wie alle unionsrechtlichen Richtlinien – primärrechtliche Vorgaben nur konkretisieren und sind deshalb im Lichte der Bestimmungen und Ziele des AEUV auszulegen.¹¹⁶ In weiterer Folge werden die – im Rahmen dieser Arbeit – relevanten Aspekte der vergaberechtsrelevanten Richtlinien näher dargestellt. Folgende Richtlinien sind in Bezug auf diese Arbeit von Relevanz: Die allgemeinen Vergaberichtlinien RL 2004/18/EG und RL 2014/24/EU, die Konzessionsvergaberichtlinie RL 2014/23/EU und die Rechtsschutzrichtlinie RL 89/665/EWG.

Die Vergaberichtlinie 2004/18/EG trifft auszugsweise folgende Regelungen:

„Artikel 1

[...] (2) a) Öffentliche Aufträge sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über [...] die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie. [...]

c) Öffentliche Lieferaufträge sind andere öffentliche Aufträge als die unter Buchstabe b genannten; sie betreffen den Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption von Waren. [...]

d) Öffentliche Dienstleistungsaufträge sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind. Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen im Sinne von Anhang II umfasst, gilt als öffentlicher Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der betreuenden Dienstleistungen der in den Auftrag einbezogenen Waren übersteigt. [...]

(4) Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. [...]

(9) Öffentliche Auftraggeber sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen. Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt jede Einrichtung, die

a) zu einem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,

b) Rechtspersönlichkeit besitzt und

c) überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern

¹¹⁵ Krajewski, Grundstrukturen 520ff.

¹¹⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 21.

besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Die nicht erschöpfenden Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 Buchstaben a, b und c genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang III enthalten. [...]

Artikel 2 – Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen

Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

Artikel 3 – Zuerkennung besonderer oder ausschließlicher Rechte: Nichtdiskriminierungsklausel

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber einer Einrichtung die kein öffentlicher Auftraggeber ist, besondere oder ausschließliche Rechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs zuerkennt, muss in dem Rechtsakt über die Zuerkennung dieses Rechts bestimmt sein, dass die betreffende Einrichtung bei der Vergabe von Lieferaufträgen an Dritte im Rahmen dieser Tätigkeit den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatszugehörigkeit beachten muss. [...]

Artikel 7 – Schwellenwerte für öffentliche Aufträge

Diese Richtlinie gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht der Ausnahmen nach den Artikeln [...] ausgeschlossen sind und deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer (MwSt) die folgenden Schwellenwerte erreicht oder überschreitet: [...]

b) 249 000 EUR [...] für die in Anhang II Teil B genannten Dienstleistungen vergeben werden;

Artikel 21 – Aufträge gemäß Anhang II Teil B

Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B unterliegen nur Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4. [...]

Artikel 17 – Dienstleistungskonzessionen

Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 3 gilt diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gemäß Artikel 1 Absatz 4.

Artikel 23 – Technische Spezifikationen [...]

Artikel 35 – Bekanntmachungen –

[...] Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen des Anhangs II Teil B gibt der öffentliche Auftraggeber in seiner Bekanntmachung an, ob er mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Für diese Dienstleistungsaufträge legt die Kommission nach dem in Artikel 77 Absatz 2 genannten Verfahren die Regeln fest, nach denen auf der Grundlage der Bekanntmachungen statistische Berichte zu erstellen und zu veröffentlichen sind.

Bestimmte Angaben über die Auftragsvergabe oder den Abschluss der Rahmenvereinbarungen müssen jedoch nicht veröffentlicht werden, wenn die Offenlegung dieser Angaben den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, die berechtigten geschäftlichen Interessen öffentliche oder privater Wirtschaftsteilnehmer schädigen oder den lauterer Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen würden.“¹¹⁷

Die Schwellenwerte, geregelt in Art 7 RL 2004/18/EG, sind von besonderer Relevanz für die Geltung der Richtlinie, da der Unterschwellenbereich nicht von der Richtlinie erfasst ist und es den Mitgliedsstaaten obliegt, für diesen Bereich eigene gesetzliche Regelungen zu beschließen. Gleiches trifft auf Dienstleistungskonzessionen zu, die gemäß Art 17 RL

¹¹⁷ RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134, 114.

2004/18/EG ebenfalls aus dem Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind.¹¹⁸ Bereits in Erwägungsgrund 18 der Richtlinie wird festgehalten, dass die Richtlinie für Dienstleistungen unterschiedliche Regelungstiefen vorsieht, die in Anhang II in einen Teil A und einen Teil B aufgegliedert werden. Art 21 wiederum legt fest, dass für die in Anhang II Teil B genannten Dienstleistungen (nicht prioritäre Dienstleistungen) nur bestimmte Regelungen der Richtlinie – konkret Art 23 und 25 – gelten sollen. Teil B wiederum ist in 27 Kategorien gegliedert, wobei das Gesundheitswesen in Kategorie 25 explizit genannt ist.¹¹⁹ Der Frage, ob gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind, hat sich der EuGH – wenn auch bezogen auf die deutschen Krankenkassen – in der Rechtssache Qymanns ausführlich gewidmet. Vorab sei hier erwähnt, dass in Anhang III RL 2004/18/EG, der ein nicht erschöpfendes Verzeichnis der öffentlichen Auftraggeber darstellen sollte, bei Österreich nur folgende, eher allgemeine Formulierung zu finden ist: *„Alle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterliegen.“*¹²⁰ Ähnlich wie in Österreich, haben in Deutschland die Krankenversicherungen als Solidargemeinschaft die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern und sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts, die durch Selbstverwaltungsorgane geführt werden. In Deutschland sind rund 90% der Bevölkerung im Rahmen einer gesetzlichen Krankenkasse pflichtversichert, wobei die Pflichtversicherten – im Unterschied zu Österreich – ihre gesetzliche Krankenkasse wählen können. Die Finanzierung der Krankenversicherungen wird über die Beiträge der Pflichtversicherten, staatliche Zahlungen und einen gesetzlichen Ausgleich der Krankenkassen untereinander sichergestellt. Die Beitragshöhe der Versicherungsbeiträge richtet sich ausschließlich nach der Höhe des Einkommens. Obwohl der Beitragssatz nicht vom Staat, sondern von den jeweiligen Krankenkassen festgelegt wird, müssen diese bei der Festsetzung des Beitragssatzes sicherstellen, dass die Einnahmen die gesetzlich vorgeschriebenen Ausgaben decken und die Festsetzung des Beitragssatzes durch die staatliche Aufsichtsbehörde genehmigen lassen. Die Aufsichtsorgane haben weit gefasste Rechte und können – bei Behinderung durch die Selbstverwaltungsorgane – die Aufgaben der Selbstverwaltungsorgane übernehmen.¹²¹ Diese Gesamtbetrachtungsweise – einschließlich der Feststellung, dass es sich bei den Aufgaben der Krankenkassen um Aufgaben nicht gewerblicher Art handelt, da die Krankenkassen nicht gewerblich tätig sind und ihre Leistungen keiner Gewinnerzielungsabsicht unterliegen – hat

¹¹⁸ Werschitz/Ragoßnig in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 11.

¹¹⁹ RL 2004/18/EG AB I 2004 L 134, 114.

¹²⁰ RL 2004/18/EG AB I 2004 L 134, 114.

¹²¹ EuGH 11.06.2009, C-300/07, Oymanns Rz 13-21.

den EuGH zur Feststellung veranlasst, dass die Voraussetzungen der Richtlinie gemäß Art 1 Abs 9 RL 2004/18/EG, erfüllt sind und die deutschen Krankenkasse als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind.¹²²

Die Vergaberichtlinie 2004/18/EG wurde per 18. April 2016 aufgehoben und durch RL 2014/24/EU ersetzt.¹²³ *Berger/Zleptnig* bewerten die Neuerungen wie folgt: Neben der allgemeinen Vergaberichtlinie – und der im Rahmen dieser Arbeit nicht relevanten – Sektorenrichtlinie wurde erstmals eine eigene Konzessionsvergaberichtlinie beschlossen. Die Richtlinien sind am 17. April 2014 in Kraft getreten und mussten – mit wenigen Ausnahmen – binnen zwei Jahren umgesetzt werden. Ziele der Reform der Vergaberichtlinien sind sowohl Modernisierung und Vereinfachung, damit einhergehend eine Steigerung der Effizienz des Vergaberechts sowie eine Erhöhung der Rechtssicherheit. Die Richtlinien sind etwas detaillierter und regeln bisher nicht erfasste Bereiche, wie Inhouse-Vergaben, Losvergaben oder Vertragsänderungen, und zeigen den Mitgliedsstaaten Möglichkeiten auf, in welchem Rahmen vertragsfremde Ziele wie Innovation, Soziales, Umwelt, etc. berücksichtigt werden können.¹²⁴ In der Richtlinie selbst finden sich – auszugsweise mit Bezug auf die vorliegende Arbeit – folgende Regelungen:

„in Erwägung nachstehender Gründe [...]

(4) [...] Ebenso sollten Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssystem (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen).

(5) [...] Die Richtlinie sollte nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften [...] gelten. In einigen Mitgliedstaaten könnte dies z. B. bei bestimmten administrativen und staatlichen Dienstleistungen [...] der Fall sein oder bei der Erbringung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinzeit wie [...] Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung. [...]

(28) Diese Richtlinie soll nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. [...] Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste. [...]

(114) Bestimmte Dienstleistungen haben aufgrund ihrer Natur nach wie vor lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension, insbesondere die sogenannten personenbezoge-

¹²² EuGH 11.06.2009, C-300/07, *Oymanns Rz 49 iVm Rz 59*.

¹²³ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65.

¹²⁴ *Berger/Zleptnig in Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 33.

nen Dienstleistungen, wie etwa bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich. Diese Dienstleistungen werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschiedlich darstellt. Für öffentliche Aufträge zur Erbringung dieser Dienstleistungen sollte daher eine spezifische Regelung festgelegt werden und ein höherer Schwellenwert gelten als der, der für andere Dienstleistungen gilt. [...]

(117) Die Erfahrung hat gezeigt, dass einige andere Dienstleistungen, wie Rettungsdienste, [...] in der Regel nur dann ein grenzüberschreitendes Interesse bieten, wenn sie aufgrund eines relativ hohen Auftragswerts eine ausreichend große kritische Masse erreichen. Soweit sie nicht vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen sind, sollten sie daher in die Sonderregelung aufgenommen werden. Insofern ihre Erbringung tatsächlich auf Aufträgen beruht, wären andere Kategorien von Dienstleistungen, wie staatliche Dienstleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen für die Allgemeinheit, in der Regel wahrscheinlich erst ab einem Schwellenwert von 750 000 EUR von grenzüberschreitendem Interesse; sie sollten daher nur dann der Sonderregelung unterliegen.

Artikel 1 – Gegenstand und Anwendung

(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt. ...

(5) Diese Richtlinie berührt nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.

Artikel 4 – Höhe der Schwellenwerte

Diese Richtlinie gilt für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet: [...]

d) 750 000 EUR bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV. [...]

Artikel 10 – Besondere Ausnahmen für Dienstleistungsaufträge

Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

h) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und unter die folgenden CPV-Codes fallen [...] [Anmerkung des Autors: Rettungsdienste, Einsatz von Krankenwagen] mit der Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Personenbeförderung; [...]

Artikel 74 – Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen

Öffentliche Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, werden im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels vergeben, sofern ihr Wert dem in Artikel 4 Buchstabe d angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt. [...]

Artikel 76 – Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen

(1) Die Mitgliedstaaten führen einzelstaatliche Regeln für die Vergabe von unter dieses Kapitel fallenden Aufträgen ein, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.¹²⁵

Berger/Zleptnig betonen die erheblichen Änderungen bei Dienstleistungsaufträgen, da die Unterscheidung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen weggefallen ist, wobei die

¹²⁵ RL 2014/24/EU ABI 2014 L 94, 65.

nicht prioritären Dienstleistungen in der alten Vergaberichtlinie nur einem sehr eingeschränkten Vergaberegime unterlegen waren. Die Zielsetzung, dass durch diesen Entfall der Vollanwendungsbereich der Richtlinie auf zusätzliche Dienstleistungen ausgedehnt werden sollte, ist nicht ganz stringent, da gleichzeitig mit der neuen Vergaberichtlinie eine neue Dienstleistungskategorie – Soziale und besondere Dienstleistungen – eingeführt wurde. Ähnlich, wie zuvor die nicht prioritären Dienstleistungen, unterliegt nämlich auch diese neue Dienstleistungskategorie einem eingeschränkten Vergaberegime, wobei zur Erhöhung der Transparenz immerhin eine Vorabbenachrichtigungsverpflichtung eingeführt wurde. Neu ist auch, dass für die neue Dienstleistungskategorie „Soziale und besondere Dienstleistungen“ ein höherer Schwellenwert von 750.000 Euro vorgesehen ist.¹²⁶ Interessant in Bezug auf die neue Dienstleistungskategorie ist auch eine Fußnote in Anhang XIV RL 2014/24/EU zur Formulierung *„Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung“*, die wie folgt lautet: *„Diese Dienstleistungen unterliegen nicht dieser Richtlinie, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden. Es steht den Mitgliedstaaten frei, die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen sozialen Dienstleistungen oder anderen Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren.“*¹²⁷

Gänzlich neu ist, wie bereits weiter oben beschrieben, dass Dienstleistungskonzessionen im Rahmen der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe nun auch dem europäischen Vergaberecht unterliegen. Ziele der Neuregelung des Konzessionsbereichs sind eine stärkere Rechtssicherheit sowie eine einheitlichere Regelung der Konzessionen in den Mitgliedsstaaten. Für eine Dienstleistungskonzession ist wesentlich, dass die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Darüber hinaus muss das Betriebsrisiko auf die Konzessionsnehmerin bzw den Konzessionsnehmer übergehen.¹²⁸ Einige Regelungen dieser Richtlinie erscheinen im Rahmen dieser Arbeit von Relevanz:

„Artikel 4 – Freiheit der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

(1) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten. Ebenso wenig berührt diese Richtlinie die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.

¹²⁶ Berger/Zleptnig in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 46.

¹²⁷ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L 94, 65.

¹²⁸ Berger/Zleptnig in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 49.

(2) Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. [...]

Artikel 8 – Schwellenwert und Methoden zur Berechnung des geschätzten Werts von Konzessionen

(1) Diese Richtlinie gilt für Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5 186 000 EUR beträgt. [...]

Artikel 18 – Laufzeit der Konzession

(1) Die Laufzeit von Konzessionen ist beschränkt. Sie wird vom öffentlichen Auftraggeber oder von dem Auftraggeber je nach geforderten Bau- oder Dienstleistungen geschätzt.

(2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für [...] die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann. [...]

Artikel 19 – Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Konzessionen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen oder anderer in Anhang IV genannter besonderer Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, unterliegen ausschließlich den aus Artikel 31 Absatz 3 und aus den Artikeln 32, 46 und 47 erwachsenden Verpflichtungen. [...]

Artikel 31 – Konzessionsbekanntmachungen

[...] (3) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber, die eine Konzession zur Erbringung sozialer und anderer besonderer in Anhang IV genannter Dienstleistungen vergeben wollen, geben ihre Absicht durch Veröffentlichung einer Vorinformation bekannt. Diese Bekanntmachung müssen die in Anhang IV genannten Angaben enthalten. [...]

Artikel 32 – Zuschlagsbekanntmachung

(1) Spätestens 48 Tage nach der Vergabe einer Konzession übermitteln die öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber nach den Verfahren gemäß Artikel 33 eine Zuschlagsbekanntmachung, in der die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens aufgeführt sind. Bei den in Anhang IV aufgeführten sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen können diese Bekanntmachungen vierteljährlich zusammengefasst werden. In diesem Fall werden die zusammengefassten Bekanntmachungen innerhalb von 48 Tagen nach Ende des Quartals versandt.

(2) Diese Zuschlagsbekanntmachungen enthalten die in Anhang VII beziehungsweise – bei Konzessionen für soziale und andere besondere in Anhang IV genannte Dienstleistungen – die in Anhang VIII genannten Angaben und werden gemäß Artikel 33 veröffentlicht. „¹²⁹

Ganz allgemein gilt für Konzessionen, dass die Auftraggeberinnen und Auftraggeber die Verfahren zur Vergabe von Konzessionen frei gestalten können, dabei aber die allgemeinen Grundsätze von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz einhalten müssen. Durch Richtlinie 2014/23/EU wurde darüber hinaus geregelt, dass der vergaberechtliche Rechtsschutz auch auf Konzessionen Anwendung findet.¹³⁰ Hinsichtlich der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen folgt die Konzessionsrichtlinie den, bereits aus RL 2014/24/EU bekannten Regelungen, die in Art 19 RL 2014/23/EU umgesetzt wurden. In Anhang IV RL 2014/23/EU, der die sozialen und besonderen Dienstleistungen näher beschreibt,

¹²⁹ RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl 2014 L 94, 1.

¹³⁰ Berger/Zleptnig, in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 52.

findet sich – ähnlich wie in RL 2014/24/EU – zum Bereich „*Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung*“ eine Fußnote mit folgendem Text: „*Diese Dienstleistungen werden von dieser Richtlinie nicht erfasst, wenn sie als nicht wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse organisiert sind. Es steht den Mitgliedsstaaten frei, Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung oder andere Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu Organisieren.*“¹³¹

Als vierte und letzte sekundärrechtliche Rechtsquelle in diesem Unterkapitel ist RL 89/665/EWG zu nennen.¹³² Im Rahmen dieser Richtlinie werden die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen rasch und wirksam geprüft werden, falls der Verdacht besteht, dass sie gegen EU-Rechtsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen verstoßen. Die Richtlinie gilt sowohl für öffentliche Aufträge als auch für Konzessionen, die unter die Richtlinien RL 2014/24/EU und RL 2014/23/EU fallen. Entscheidend ist, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Nachprüfungsverfahren zumindest jeder bzw jedem zur Verfügung stehen, die bzw der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der bzw dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Richtlinie ermöglicht die Ergreifung von Maßnahmen sowohl vor als auch nach der Vertragsunterzeichnung. Der Rechtsschutz vor Abschluss des Vertrages dient dazu, Verstöße gegen Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen während des laufenden Ausschreibungsverfahrens und jedenfalls vor Inkrafttreten des Vertrages zu korrigieren. Dazu gehört auch das Recht auf vorläufige Maßnahmen sowie eine verpflichtende Stillhaltefrist und die Auflage, das Vergabeverfahren während der Untersuchung des Rechtsmittels um die Vergabe des Auftrags zu verhindern, auszusetzen. Der Rechtsschutz nach Abschluss des Vertrages hat den Zweck einen Auftrag gegebenenfalls für unwirksam zu erklären, bzw den betroffenen Parteien nach der Vergabe des jeweiligen Auftrags gegebenenfalls eine Entschädigung zuzuerkennen. Diese Entschädigung ist in der Regel Schadenersatz.¹³³

3.3 Auslegungshilfen

¹³¹ RL 2014/23/EU ABI 2014 L 94, 1.

¹³² RL 89/665/EWG des Rates vom 21. September 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI L 395 vom 30.12.1989, 33.

¹³³ RL 89/665/EWG ABI L 395 vom 30.12.1989, 33.

Die Kommission hat im Zusammenhang mit dem europäischen Vergaberecht mehrere Auslegungshilfen publiziert, die hier näher betrachtet werden sollen. Unter der Aktenzahl 2006/C 179/02 wurde die *Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberechtlinie fallen* veröffentlicht. Die Mitteilung der EU-Kommission 2006/C 197/02 nennt als Beispiel für ihren Auslegungstatbestand Aufträge unterhalb der Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberichtlinien und Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG, die die Schwellenwerte überschreiten.¹³⁴ Die Kommission verweist im Rahmen der Mitteilung auf den Geltungsbereich der Verträge und im speziellen auf den freien Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung. Darüber hinaus wird die Transparenzpflicht gegenüber potenziellen Bieterinnen und Bietern sowie die Möglichkeit der Nachprüfung betont. Ausdrücklich wird darauf verwiesen, dass es der jeweiligen Auftraggeberin bzw dem jeweiligen Auftraggeber obliegt, zu prüfen, ob eine Relevanz für den Binnenmarkt gegeben ist und somit die primärrechtlichen Rahmenbedingungen zur Anwendung kommen. Wenn Binnenmarktrelevanz gegeben ist, skizziert die Mitteilung Regelungen zur Bekanntmachung (Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung, Wege der Bekanntmachung, Inhalt der Bekanntmachung, Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung), zur Auftragsvergabe (Grundsätze, Begrenzung der Zahl der Bewerberinnen und Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, Entscheidung über die Auftragsvergabe) sowie den Rechtsschutz (Grundsätze, Richtlinien über Nachprüfungsverfahren, aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleitete Grundanforderungen). Hinsichtlich des Rechtsschutzes betont die Kommission, dass bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die bzw der Einzelne gemäß der Rechtsprechung des EuGH einen effektiven und gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können muss. Aus diesem Grund müssen Entscheidungen mit ungünstigen Auswirkungen für Personen, die ein Interesse am Erhalt eines Auftrags haben oder hatten, auf mögliche Verstöße gegen die aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen nachgeprüft werden können. Ausdrücklich wird betont, dass die Rechtsbehelfe dabei nicht so ausgestattet sein dürfen, dass ein Rechtsschutz praktisch unmöglich ist.¹³⁵

¹³⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberechtlinie fallen, 2006/C 179/02.

¹³⁵ Mitteilung der Kommission 2006/C 179/02.

Die *Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge* mit Aktenzahl 2001/C 333/08 ist für die vorliegende Arbeit nur insofern von Relevanz, als dezidiert darauf verwiesen wird, dass Dienstleistungsaufträge mit sozialer Zweckbestimmung meistens Dienstleistungen im Sinne der Ausnahmen früherer Vergaberichtlinien, namentlich der Richtlinien 92/50/EWG und 93/38/EWG, waren. Bereits in diesen Richtlinien galt, dass diesbezügliche Aufträge den Vergaberichtlinien nur in Bezug auf technische Spezifikationen und der Veröffentlichung einer Bekanntmachung über die Zuschlagserteilung unterlagen.¹³⁶ Die *Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht* mit Aktenzahl 2000/C 121/02 erläutert, dass Konzessionen im EG-Vertrag nicht definiert werden und sich auch im sekundären Gemeinschaftsrecht nur eine Definition (und zwar die der Baukonzession) findet.

Obwohl in der Zwischenzeit, wie bereits dargestellt, RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe verabschiedet wurde, erscheint für die weitere Bearbeitung der Fragestellungen – insbesondere den noch kommenden Kapiteln – eine nähere Betrachtung der Mitteilung als sinnvoll. Die Kommission hält ausdrücklich fest, dass Konzessionen – wie jeder staatliche Akt zur Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von wirtschaftlichen Leistungen – der Waren-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unterliegen und insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung sowie der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung kommen. Eine darüber hinausgehende Anwendung der Mitteilung – vorbehaltlich der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts – wird im Zusammenhang mit der Ausübung einer nicht wirtschaftlichen Tätigkeit, wie der Sozialversicherung, ausgeschlossen. Die Kommission betont im Rahmen der Mitteilung explizit, dass der Gerichtshof im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bekräftigt hat, dass abschlägige Entscheidungen begründet und den Adressatinnen und Adressaten solcher Entscheidungen der Rechtsweg offenstehen müsse. Darüber hinaus wird explizit auf RL 89/665/EWG verwiesen und betont, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind sicherzustellen, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.¹³⁷

Durch die *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrah-*

¹³⁶ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (KOM(2001) 566 endg), 2001/C 333/08.

¹³⁷ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, 2000/C 121/02.

men für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa mit Aktenzahl KOM(2011) 900 endgültig versucht die Kommission eine stärkere begriffliche Klarheit in die relevanten Begrifflichkeiten für soziale Dienstleistungen im Rahmen des Vergabe-, Wettbewerbs- und Beihilfenrecht zu bringen, betont allerdings gleichzeitig, dass diese Begriffskonzeptionen im Rahmen einer dynamische Konzeptionen einer stetigen Weiterentwicklung unterworfen sind. Folgende Begriffsdefinitionen bietet die Kommission:

„Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind solche, die von den Behörden der Mitgliedstaaten als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft werden, und unterliegen daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen. Der Begriff deckt sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten [...] als auch nichtwirtschaftliche Leistungen ab. Letztere unterliegen weder spezifischen EU-Vorschriften noch den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags. Andere allgemeine Vorschriften des Vertrags wie etwa das Diskriminierungsverbot können jedoch hinsichtlich bestimmter Aspekte der Organisation dieser Dienstleistungen durchaus greifen.

Dienste bzw Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden. Die Gemeinwohlverpflichtung wird dem Leistungsträger im Wege eines Auftrags auferlegt, der eine Gemeinwohlkomponente enthält, sodass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.

Sozialdienste bzw Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse: Hierunter fallen Systeme der sozialen Sicherung, die die elementaren Lebensrisiken und eine Reihe von Dienstleistungen abdecken, die direkt an der betreffenden Person erbracht werden und denen eine präventive und sozial integrierende Funktion zukommt. Die Tätigkeit mancher Sozialdienste (z.B. gesetzliche Sozialversicherungssysteme) wird vom Europäischen Gerichtshof zwar nicht als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft, aber aus seiner Rechtsprechung ergibt sich eindeutig, dass der soziale Zweck der Dienstleistung als solcher nicht ausreicht, um sie als nichtwirtschaftliche Tätigkeit einzustufen. Der Begriff „Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse“ deckt somit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ab.“¹³⁸

Insbesondere die scheinbar apodiktischen Ausführungen der Kommission zu gesetzlichen Sozialversicherungssystemen im Klammerausdruck des letzten Absatzes dieser Mitteilung ergeben, in Verbindung mit der entsprechenden Fußnote in RL 2014/23/ EU und RL 2014/24/EU, die gerade nicht von „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ oder „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, sondern explizit von nicht wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sprechen und von der Unionsgesetzgebung drei Jahre nach Verlautbarung dieser Mitteilung der Kommission veröffentlicht wurden, kein klares Bild.

¹³⁸ 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).

In den *Mitteilungen der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* mit Aktenzahl 2012/C 8/02 schreibt die Kommission in den Kapiteln „Soziale Sicherheit“ und „Gesundheitsfürsorge“, insbesondere über die Abgrenzung wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Tätigkeiten, folgendes:

„2.1.3 Soziale Sicherheit

17. Ob Systeme der sozialen Sicherheit mit wirtschaftlichen Tätigkeiten einhergehen, hängt von ihrem Aufbau und ihrer Struktur ab. Im Wesentlichen unterscheiden der Gerichtshof und das Gericht zwischen Systemen, die auf dem Prinzip der Solidarität beruhen, und wirtschaftlichen Systemen.

18. Der Gerichtshof und das Gericht stellen anhand einer Reihe von Kriterien fest, ob ein System der sozialen Sicherheit auf Solidarität beruht und daher nicht mit wirtschaftlichen Tätigkeiten einhergeht. Hierbei kann es von Bedeutung sein,

- a) ob die Mitgliedschaft im System verpflichtend ist,*
- b) ob das System rein soziale Zwecke verfolgt,*
- c) ob es sich um ein System ohne Erwerbszweck handelt,*
- d) ob die Leistungen unabhängig von den abgeführten Beiträgen gewährt werden,*
- e) ob die gewährten Leistungen sich nicht zwangsläufig proportional zu den Einkünften der Versicherten verhalten und*
- f) ob das System vom Staat kontrolliert wird.*

19. Derartige solidaritätsbasierte Systeme sind von wirtschaftlichen Systemen zu unterscheiden. Im Gegensatz zu solidaritätsbasierten Systemen weisen wirtschaftliche Systeme in der Regel folgende Merkmale auf:

- a) optionale Mitgliedschaft*
- b) Kapitalisierungsprinzip (die Ansprüche hängen von den geleisteten Beiträgen und den finanziellen Ergebnissen des Systems ab),*
- c) Gewinnorientierung und*
- d) zusätzliche Leistungen in Ergänzung zum Basissystem. [...]*

2.1.4 Gesundheitsfürsorge

21. Die Gesundheitssysteme der Union unterscheiden sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich. In welchem Umfang die verschiedenen Gesundheitsdienstleister in einem Marktumfeld miteinander im Wettbewerb stehen, hängt weitgehend von den nationalen Besonderheiten ab.

22. In einigen Mitgliedstaaten sind öffentliche Krankenhäuser ein zentraler Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems und basieren fast vollständig auf dem Solidaritätsprinzip. Solche Krankenhäuser werden direkt über die Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert und erbringen ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung. Gerichtshof und Gerichte haben bestätigt, dass überall dort, wo eine solche Struktur existiert, die betreffenden Organisationen nicht als Unternehmen handeln.

23. Existiert eine solche Struktur, so sind selbst Tätigkeiten, die an sich wirtschaftlicher Art sein könnten, aber allein zum Zweck der Erbringung einer anderen nichtwirtschaftlichen Dienstleistung ausgeübt werden, nichtwirtschaftlicher Natur. Eine Organisation die – selbst in großen Mengen – Güter bezieht, um eine nichtwirtschaftliche Dienstleistung zu erbringen, handelt nicht als Unternehmen, nur weil sie Abnehmer auf einem bestimmten Markt ist.

24. In vielen anderen Mitgliedstaaten bieten Krankenhäuser und Gesundheitsdienstleister ihre Dienstleistungen gegen ein Entgelt an, das entweder direkt von den Patienten oder deren Versicherungen gezahlt wird. In derartigen Systemen herrscht zwischen den Krankenhäusern

ein gewisser Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen. In diesem Fall reicht die Tatsache, dass eine Gesundheitsdienstleistung von einem öffentlichen Krankenhaus erbracht wird, nicht aus, um die Tätigkeit als nichtwirtschaftlich einzustufen.

*25. Der Gerichtshof und das Gericht haben des Weiteren klargestellt, dass Gesundheitsdienstleistungen, die niedergelassene Ärzte und andere private Mediziner gegen Entgelt und auf eigenes Risiko erbringen, als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind.*¹³⁹

Einen weiteren Versuch zur Klärung dieser komplexen Abgrenzungsfragen hat die Kommission im April 2013 durch das Dokument *Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse* unternommen. Hinsichtlich der Begriffsabgrenzung zwischen *Dienstleistung von allgemeinem Interesse*, *Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)* und *Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)* schreibt die Kommission folgendes:

„1. Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse?

Das Protokoll Nr. 26 des AEUV ist Diensten von allgemeinem Interesse gewidmet, ohne jedoch diesen Begriff zu definieren. Die Kommission beschreibt diesen Begriff in ihrem Qualitätsrahmen (S. 3) als Dienstleistung, die von den Behörden der Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft wird und daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt. Der Begriff deckt sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten (vgl. nachstehende Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) als auch nichtwirtschaftliche Leistungen ab. Letztere unterliegen weder spezifischen EU-Vorschriften noch den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags. Andere allgemeine Vorschriften des Vertrags wie etwa das Diskriminierungsverbot können hinsichtlich bestimmter Aspekte der Organisation dieser Dienstleistungen jedoch durchaus greifen.

2. Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)? Müssen die Mitgliedstaaten diesen Begriff in ihr innerstaatliches Recht übernehmen?

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wird im AEUV in Artikel 14 und Artikel 106 Absatz 2 sowie im Protokoll Nr. 26 erwähnt, jedoch weder dort noch im Sekundärrecht definiert. Die Kommission definiert die DAWI in ihrem Qualitätsrahmen als wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden. Die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung wird dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags erledigt, der eine Gemeinwohlkomponente enthält, so dass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen seinen Auftrag zu erfüllen. [...]

3. Was ist eine Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)?

Der Begriff der SDAI ist weder im AEUV noch im Sekundärrecht definiert. In der Mitteilung der Kommission über die Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union wurden neben den Gesundheitsdienstleistungen zwei große Kategorien von SDAI abgesteckt:

¹³⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2012/C 8/02, 6f.

- *die gesetzlichen Regelungen und ergänzenden Systeme der sozialen Sicherung [...] zur Absicherung elementarer Lebensrisiken in Bezug auf Gesundheit, Alter, Arbeitsunfälle, Arbeitslosigkeit, Ruhestand und Behinderungen; [...]*

Wie in beiden Mitteilungen dargelegt, können SDAI je nach Art der betreffenden Tätigkeit wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sein. Die Einordnung einer Tätigkeit als „sozial“ reicht für sich genommen nicht aus, um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszuschließen. Wirtschaftliche SDAI zählen zu den DAWI.¹⁴⁰

An dieser Stelle muss angemerkt werden, dass die Formulierung der Kommission in der zitierten Mitteilung in Bezug auf die Gesundheitsdienstleistungen unglücklich ist. Die Leserin bzw der Leser könnte zur Auffassung gelangen, dass in der Mitteilung der Kommission *Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon, Die Sozialleistungen von allgemeinem Interesse der Europäischen Union* – auf die konkret Bezug genommen wird – die Gesundheitsdienstleistungen von der Definition als SDAI erfasst waren („wurden neben den Gesundheitsdienstleistungen zwei große Kategorien von SDAI abgesteckt“). Im Originaldokument mit Aktenzahl Kom(2006) 177 endgültig schreibt die Kommission folgendes: „Was versteht man unter Sozialdienstleistungen in der Europäischen Union? Abgesehen von den eigentlichen Gesundheitsdienstleistungen, die in dieser Mitteilung nicht behandelt werden, lassen sich zwei Gruppen erkennen“¹⁴¹. Diese Formulierung ist wiederum im Zusammenhang mit der Entstehung der Dienstleistungsrichtlinie zu sehen, wie die Kommission auch im Rahmen der Einführung der entsprechenden Mitteilung schreibt. Demnach wurden die Gesundheitsdienstleistungen als Folge der Abstimmung im Europäischen Parlament in erster Lesung aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen.¹⁴² So findet sich in Art 2 Abs 2 der Dienstleistungsrichtlinie folgende Formulierung: „Diese Richtlinie findet auf folgende Tätigkeiten keine Anwendung: [...] f) Gesundheitsdienstleistungen, unabhängig davon, ob sie durch Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge erbracht werden, und unabhängig davon wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert sind, und ob es sich um öffentliche oder private Dienstleistungen handelt“¹⁴³. In Erwägungsgrund 22 der RL 2006/123/EG ist diesbezüglich ausgeführt, dass der Ausschluss des Gesundheitswesens aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie sowohl pharmazeutische als auch Gesundheitsdienstlei-

¹⁴⁰ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SWD(2013) 53 final/2), 20f.

¹⁴¹ Mitteilung der Kommission, Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon, die Sozialleistungen von allgemeinem Interesse der Europäischen Union (KOM(2006) 177 endgültig), 4.

¹⁴² KOM(2006) 177 endgültig, 3.

¹⁴³ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl 2006 L 376, 36.

tungen erfassen soll, die von Angehörigen eines reglementierten Gesundheitsberufs gegenüber einer Patienten bzw einem Patienten erbracht werden.¹⁴⁴

Trotz der missverständlichen Formulierung zu den Gesundheitsdienstleistungen sind folgende Fragen/Antworten des *Leitfaden der Kommission 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 Interesse* für die Anwendung des Vergaberechts im Rahmen der konkreten Fragestellungen dieser Arbeit von Interesse:

„200. Welcher Rechtsrahmen gilt, wenn die öffentliche Hand die Fremdvergabe einer SDAI gegen Entgelt beschließt?

Wenn die öffentliche Hand beschließt, Dienstleistungen gegen Entgelt an Dritte zu vergeben, muss sie die EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen beachten. Hier ist zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

A) Die öffentliche Hand vergibt einen Dienstleistungsauftrag. Der Dienstleister erhält für die Erfüllung des Auftrags ein bestimmtes Entgelt. Wiederum sind zwei Situationen denkbar:

a) Der Wert des Auftrags liegt über den Schwellenwerten für die Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG. Sind die Schwellenwerte erreicht, gelten für den Dienstleistungsauftrag die Bestimmungen dieser Richtlinie. Die Vergabe von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen unterliegt allerdings nicht der Detailregelung der Vergaberichtlinie, sondern, wie ihrem Artikel 21 zu entnehmen, nur wenigen Artikeln. Diesen Bestimmungen zufolge müssen die technischen Spezifikationen (d. h. die Leistungserbringung) zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt [...] und das Ergebnis des Verfahrens veröffentlicht werden. Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sozial- und Gesundheitsbereich die wesentlichen Grundsätze des AEUV, namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot, beachten, wenn und insofern als an diesen Aufträgen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. [...] Diesen Grundsätzen wird genüge getan, wenn die allgemeinen Vorgaben der Rechtsprechung des Gerichtshofs eingehalten werden. Es wird nicht verlangt, dass sämtliche Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG befolgt werden. Wenn die öffentliche Hand demnach Sozialdienstleistungen über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an Dritte vergibt, verfügt sie bereits über einen größeren Handlungsspielraum als bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in anderen Bereichen. [...]

b) Der Wert des Auftrags liegt unter den Schwellenwerten für die Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG. Auch wenn der Auftragswert unter der Anwendungsschwelle der Vergaberichtlinie liegt, muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe die wesentlichen Grundsätze des AEUV (z. B. das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot beachten, wenn an diesem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. [...]

B) Die öffentliche Hand vergibt eine Dienstleistungskonzession. In diesem Fall besteht das Entgelt hauptsächlich aus dem Recht auf wirtschaftliche Nutzung der Dienstleistung. Der Konzessionsnehmer trägt das mit der Nutzung der betreffenden Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko. Die öffentliche Hand muss, wenn sie eine Dienstleistungskonzession vergibt, an der ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, die wesentlichen Regeln und Grundsätze des EU-Rechts beachten, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot. [...]

¹⁴⁴ RL 2006/123/EG ABI 2006 L 376, 36.

201. Was ist unter “grenzüberschreitendem Interesse“ zu verstehen?

Ein grenzüberschreitendes Interesse ist bei öffentlichen Aufträgen oder Konzessionsaufträgen dann gegeben, wenn sie für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums von Interesse sind. Es ist Sache der öffentlichen Hand, im Einzelfall das potenzielle Interesse an einem Auftrag aus der Sicht von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern zu beurteilen, sofern das innerstaatliche Recht nicht bereits eindeutig Vorgaben enthält. [...]

202. Welche Pflichten erwachsen aus dem Transparenzgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot?

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs begründen die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung die Pflicht für den öffentlichen Auftraggeber, seine Absicht zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession in angemessener Weise bekanntzumachen. Die Bekanntmachung kann sich auf eine Kurzbeschreibung der wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrags und des Vergabeverfahrens beschränken, die eine Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers enthält. Wichtig ist, dass alle eventuell interessierten Dienstleister in der EU die Möglichkeit haben, ihr Interesse an der Teilnahme am Auftragsverfahren zu bekunden. Der öffentliche Auftraggeber kann dann in nichtdiskriminierender, unparteiischer Weise die Teilnehmer auswählen, die zur Abgabe eines Angebots oder gegebenenfalls zu Verhandlungen über die Bedingungen des Auftrags oder der Konzession aufgefordert werden. Während des Vergabeverfahrens ist dafür zu sorgen, dass alle Wirtschaftsteilnehmer gleichbehandelt werden und von der öffentlichen Hand dieselben Informationen erhalten. Nach der Rechtsprechung des EuGH zum effektiven gerichtlichen Rechtsschutz müssen zumindest Beschlüsse, die für eine Person, die ein Interesse an einem Auftrag hat oder hatte, nachteilig sind, so wie der Beschluss, einen Bieter auszuschließen, auf einen eventuellen Verstoß gegen Grundnormen des Primärrechts der EU geprüft werden. Zur Anwendung dieser Grundsätze wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das EU-Recht verwiesen, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. [...] Da die Mitteilung eine allgemeine Auslegung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots sowie des Diskriminierungsverbots enthält, kann sie auch für die Vergabe von Konzessionen herangezogen werden, wobei allerdings zu beachten ist, dass der Wert von Konzessionen generell weit über den Anwendungsschwellen der Vergaberichtlinien liegt und diese Verträge daher, obwohl die Vergaberichtlinien auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar sind, wahrscheinlich grenzüberschreitend von Interesse sind und folglich dennoch im Einklang mit den Grundsätzen des AEUV über Medien bekanntzumachen sind, die eine europaweite Verbreitung gewährleisten.¹⁴⁵

4. Österreichisches Vergaberecht mit Fokus auf die Verträge gemäß dem Sechsten Teil des ASVG

4.1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)

Bis ins Jahr 1993 bildete die ÖNORM A 2050 die zentrale Rechtsgrundlage für Auftragsvergaben in Österreich. Erst mit dem Bundesvergabegesetz 1993 (BVerG) wurde das Vergaberecht in Österreich auf Bundesebene gesetzlich geregelt.¹⁴⁶ Durch die – bereits im vorherigen Kapitel ausführlich behandelten – Vergaberichtlinien und deren notwendige Umsetzung

¹⁴⁵ SWD(2013) 53 final/2, 98ff.

¹⁴⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 37.

in nationales Recht wurde am 6. Dezember 2005 das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) beschlossen, das schließlich am 1. Februar 2006 in Kraft trat.¹⁴⁷ Das BVerG 2006 gliedert sich im Wesentlichen in drei Hauptteile, die sich in Verfahrensbestimmungen für öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber, Verfahrensbestimmungen für Sektorenauftraggeberinnen und Sektorenauftraggeber und Rechtsschutzvorschriften abgrenzen lassen, wobei der Sektorenbereich im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleibt. Im Unterschied zu den materiell-rechtlichen Regelungen (die bundesweit einheitlich sind) ist der vergabespezifische Rechtsschutz entlang der Zuständigkeit Bund-Länder unterschiedlich geregelt, wobei in den einzelnen Bundesländern eigene Landesvergabeschutzgesetze zur Anwendung kommen.¹⁴⁸ In § 19 Abs 1 BVerG 2006 wird auf die Anwendung der unionsrechtlichen Grundsätze hingewiesen und somit ausdrücklich betont, dass die unionsrechtlichen Grundfreiheiten den Maßstab für die Auslegung des vergaberechtlichen Normenbestandes bilden.¹⁴⁹ § 19 Abs 1 BVerG 2006 lautet:

„Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.“¹⁵⁰

Der Frage, wer als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Vergaberechtsrichtlinien zu sehen ist, wurde – mit Betrachtung der Erkenntnisse der Rechtssache Oymanns – bereits im vorigen Kapitel nachgegangen. In den Erläuternden Bemerkungen zum BVerG 2006 findet sich darüber hinaus der Hinweis, dass die Definition des öffentlichen Auftraggebers, abgesehen von marginalen sprachlichen Abweichungen, völlig der Definition der Richtlinien entspricht und diese Deckungsgleichheit auch Intention des österreichischen Gesetzgebers war.¹⁵¹ Darüber hinaus findet sich folgende Formulierung in den Erläuternden Bemerkungen zum BVerG 2006: *„Wie bereits im BVerG 2002 wird darauf verzichtet, die „Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes und der Länder“ demonstrativ zu umschreiben. Es erübrigt sich somit, den Hauptverband der Sozialversicherungsträger und die Sozialversicherungsträger sowie die beruflichen Interessensvertretungen (Kammern) explizit zu nennen.“¹⁵²* Auch wenn den Erläuternden Bemerkungen keine Gesetzeskraft zukommen – und das Gesetz selbst keine Aufzählung vornimmt – ist diese Formulierung als starker Hinweis zu werten, dass der öster-

¹⁴⁷ Werschitz/Ragoßnig in Jud/Hauser (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 21.

¹⁴⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 40.

¹⁴⁹ Werschitz/Ragoßnig in Jud/Hauser (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 30.

¹⁵⁰ Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) BGBl 2006/17.

¹⁵¹ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 22.

¹⁵² ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 26.

reichische Bundesgesetzgeber die Sozialversicherungsträger im Jahr 2005 – als das Gesetz beschlossen wurde – als öffentliche Auftraggeber angesehen hat.

In den §§ 5 und 6 definiert das BVergG 2006 Liefer- und Dienstleistungsaufträge, wobei bereits im Rahmen der Definition von Dienstleistungsaufträgen eine Unterscheidung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge vorgenommen wird. In § 8 werden Dienstleistungskonzessionsverträge wie folgt definiert: „§8 Dienstleistungskonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich auf dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“¹⁵³ Diese bewusst offen gehaltene Definition wird insbesondere damit begründet, dass dadurch Spielräume für zukünftige Klarstellungen des EuGH bestünden, ohne dass Gesetzesänderungen zur Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung notwendig würden.¹⁵⁴

Im Gegensatz zu den Vergaberichtlinien, die durch das BVergG 2006 in nationales Recht umgesetzt wurden – insbesondere der im vorherigen Kapitel behandelten RL 2004/18/EG – unterliegt die Dienstleistungskonzession sowohl im Unterschwellen- als auch im Oberschwellenbereich dem BVergG 2006. Allerdings ist nicht das gesamte BVergG 2006 auf Dienstleistungskonzessionen anzuwenden, sondern nur ausgewählte Bereiche und insbesondere jene Punkte, die der Durchsetzung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten dienen sowie das Diskriminierungsverbot. Von besonderer Relevanz ist, dass der 4. Teil des BVergG 2006 nicht zur Anwendung kommt, sodass der gesamte vergabespezifische Rechtsschutz bei Dienstleistungskonzessionen entfällt. Konkret bedeutet das, dass eine Bieterin bzw ein Bieter, der einen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen bekämpfen möchte, nur die Möglichkeit hat, sich an die ordentlichen Gerichte zu wenden.¹⁵⁵ Die Regelungen zu Dienstleistungskonzessionsverträgen finden sich in § 11 BVergG 2006, der auszugsweise wie folgt lautet:

„§ 11. Für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die §§ 3 Abs. 1 und 6, 8, 49, 87a, 99a, 336, 344 und 345 Abs. 1 bis 3. Dienstleistungskonzessionsverträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert [...] ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt;“¹⁵⁶

¹⁵³ BVergG 2006 BGBl 2006/17.

¹⁵⁴ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 28.

¹⁵⁵ Werschitz/Ragoßnig in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 68.

¹⁵⁶ BVergG 2006 BGBl 2006/17.

In den Erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2006 wird ausdrücklich betont, dass der – wie bereits erwähnt – vergabespezifische Rechtsschutz nicht anwendbar ist bzw die Rechtsschutzfunktion bewusst bei den ordentlichen Gerichten verbleiben soll und dass die Auftraggeberin bzw der Auftraggeber im Rahmen der Konzessionsvergabe über die im BVergG 2006 vorgesehenen Vergabeverfahren hinaus Wahlfreiheit hat. Hinsichtlich der geforderten Transparenz merkt der Gesetzgeber an, dass der Grad der Transparenz einerseits von der Höhe des Konzessionswertes und andererseits von der Spezifität des Marktes abhängig ist. Konkret bedeutet das, dass je höher der Wert und je spezifischer der Markt ist, desto höher haben die Transparenzanforderungen bzw desto größer hat der Verbreitungsgrad des Mediums, in dem die Bekanntmachung zu erfolgen hat, zu sein. Darüber hinaus empfiehlt der Gesetzgeber eine Veröffentlichung im Internet.¹⁵⁷

Wie bereits erwähnt, differenziert das BVergG 2006 zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen, wobei die prioritären Dienstleistungen in Anhang III taxativ aufgelistet sind, während Anhang IV lediglich eine demonstrative Aufzählung von nicht prioritären Dienstleistungen enthält. Diese Unterscheidung ergibt sich aus dem Unionsrecht, konkret aus den Anhängen II A und II B der Richtlinie 2004/18/EG.¹⁵⁸ Die nicht prioritären Dienstleistungen sind in § 141 BVergG 2006 geregelt, wobei bei nicht prioritären Dienstleistungen bzw bei gemischten Dienstleistungsaufträgen mit überwiegend nicht-prioritären Dienstleistungen nur ein eingeschränkter Teil des BVergG 2006 zur Anwendung kommt.¹⁵⁹ § 141 BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„§ 141. (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87a, 98, 99a und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von [...]Euro zulässig. [...]

(4) Sofern eine Bekanntmachung zur Gewährleistung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit geboten ist, sind Bekanntmachungen in dem gemäß § 52 Abs. 1 für den jeweiligen Vollziehungsbereich festgelegten Publikationsmedium zu veröffentlichen. Im Oberschwellen-

¹⁵⁷ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 22, 33f.

¹⁵⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 77.

¹⁵⁹ Werschitz/Ragoßnig in Jud/Hauser (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 65.

bereich sind vergebenen nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß §§ 54 bekannt zu geben. [...]

(6) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 7, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, wenn

1. der Zuschlag dem einzigen bzw dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll, oder

2. wenn auf Grund der in § 30 Abs. 2 Z3 genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahrens Abstand genommen wurde.

(7) Der Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. [...]

*(8) Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.*¹⁶⁰

Der Gesetzgeber führt im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen aus, dass sich nicht prioritäre Dienstleistungen in der Regel nicht in derselben Weise für ein Vergabeverfahren eignen würden, wie prioritäre Dienstleistungen. Das sei auch der Grund für die großflächigen Ausnahmen aus dem Vergaberecht. Neben den Bestimmungen über öffentliche Auftraggeber, den Definitionen, Abgrenzungsregelungen, Ausnahmebestimmungen, den Regeln über die Schwellenwerte sowie den Grundsatzbestimmungen sind für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen ausschließlich die Bestimmungen über statistische Verpflichtungen und über technische Spezifikationen gesetzlich vorgeschrieben. Es obliegt der jeweiligen Auftraggeberin bzw dem jeweiligen Auftraggeber einer Vergabe über nicht prioritäre Dienstleistungen in einem transparenten und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprechenden Verfahren die Vergabe durchzuführen. Diese Regelung entspricht dem primärrechtlichen Transparenzgebot des Unionsrechts. Der Auftraggeberin bzw dem Auftraggeber steht es folglich frei, ein Verfahren zu kreieren, das den gesetzlichen Vorgaben entspricht, wobei es zwei wesentliche Einschränkungen gibt: Einerseits ist die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen in einem formlosen und nicht bekannt gemachten Verfahren ausschließlich bis zum Schwellenwert für Direktvergaben zulässig und andererseits sind an den Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungsaufträge mehr als eine Unternehmerin bzw ein Unternehmer zu beteiligen. Das Regime für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen gilt sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich und der vergabespezifische Rechtsschutz kommt zur Anwendung.¹⁶¹

¹⁶⁰ BVergG 2006 BGBl 2006/17.

¹⁶¹ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 22, 91.

Den Schwellenwerten kommt im BVergG 2006 – im Unterschied zu den Richtlinien – insofern eine andere Bedeutung zu, als die Schwellenwerte in den Vergaberichtlinien die Grenze zur Anwendung der jeweiligen Richtlinie darstellen, während im BVergG 2006 das Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte sowohl andere Fristen im Verfahren auslöst, als auch Auswirkungen auf die Wahl und die Ausgestaltung des jeweiligen Vergabeverfahrens hat.¹⁶²

Die Stillhaltefrist ist die materiell-rechtliche Frist, innerhalb der eine Auftraggeberin bzw ein Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit weder einen Zuschlag erteilen, noch das Verfahren für widerrufen erklären darf.¹⁶³ Die Nichtigkeit, für den Fall einer Zuschlagserteilung ohne Einhaltung der Stillhaltefrist, ergibt sich ex lege, also ohne, dass es einer gesonderten Nichtigkeitserklärung bedarf.¹⁶⁴ Zweck der Stillhaltefrist ist die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes für die Bekämpfung der Entscheidung über eine beabsichtigte Vergabe an eine Bieterin bzw einen Bieter bzw der Entscheidung über einen Widerruf der Ausschreibung.¹⁶⁵

Der Individualrechtsschutz für Bieterinnen und Bieter ist für das Vertrauen in eine rechtsstaatliche Vergabeentscheidung, und die darauf aufbauende Bereitschaft sich am Vergabewettbewerb zu beteiligen, von immenser Bedeutung. Aus diesem Grund ist die Rolle der Vergabekontrolle für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Vergabewettbewerbs und des Bieterschutzes von großer Bedeutung. Um den Bieterinnen und Bieter den langwierigen und oft teuren Weg vor die Zivilgerichte zu ersparen, ist die Nachprüfung und Kontrolle von Vergabeverfahren in Österreich in Form eines öffentlich-rechtlichen, vergabespezifischen Rechtsschutzes vor Vergabekontrolleinrichtungen ausgestaltet.¹⁶⁶ Wie bereits ausgeführt, ist der Rechtsschutzbereich in eine Bundes- und eine Länderzuständigkeit geteilt. Für den Bundesbereich obliegt die Zuständigkeit für den vergabespezifischen Rechtsschutz gemäß § 291 BVergG 2006 dem Bundesverwaltungsgericht (bis zur Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Bundesvergabeamt (BVA)).¹⁶⁷ Neben der – bereits dargestellten – Nichtigkeit für den Fall, dass ein Zuschlag ohne Einhaltung der Stillhaltefrist erteilt wurde, wurde dem BVA (heute Bundesverwaltungsgericht (BVwG)) mit der Novelle 2010 zum BVergG die Zuständigkeit eingeräumt, Verträge unter bestimmten Bedingungen für nichtig zu erklären.¹⁶⁸ Neben

¹⁶² Werschitz/Ragoßnig in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 75.

¹⁶³ Werschitz/Ragoßnig in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 150.

¹⁶⁴ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 191.

¹⁶⁵ Werschitz/Ragoßnig in *Jud/Hauser* (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 150.

¹⁶⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 174f.

¹⁶⁷ BVergG 2006BGBl 2006/17.

¹⁶⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 191.

dem vergabespezifischen Rechtsschutz stehen übergangene Bieterinnen und Bieter selbstverständlich die ordentlichen Zivilgerichte für die Zuerkennung von Schadenersatz offen.¹⁶⁹

4.2. Regierungsvorlage Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) und Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018)

Am 14. März 2018 wurde im Ministerrat der *Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018)* samt Erläuternder Bemerkungen beschlossen und in weiterer Folge dem Nationalrat zur Behandlung weitergeleitet. Der Vortrag an den Ministerrat nennt als Hauptinhalte die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU und 2014/24/EU sowie die damit einhergehenden Adaptierungen der vereinfachten Regeln für den Unterschwellenbereich. Die vergaberechtlichen Regelungen sollten darüber hinaus unter größtmöglicher Ausnützung der unionsrechtlichen Spielräume vereinfacht und flexibilisiert werden.¹⁷⁰ Folgende Regelungen werden – auszugsweise – von Seiten der Bundesregierung dem Bundesgesetzgeber vorgeschlagen: In § 9 werden die ausgenommenen Vergabeverfahren geregelt, wobei § 9 Abs 1 Z 2 Konzessionsvergaben, die dem BVergGKonz 2018 unterliegen als aus dem BVergG ausgenommen, nennt.¹⁷¹ § 9 Abs 1 Z 17 regelt die Ausnahme von Dienstleistungsaufträgen im Bereich Rettungs- und Krankentransporte, die von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden, wobei die Gemeinnützigkeit unionsrechtlich (und nicht nach innerstaatlichem Recht) auszulegen ist. Die Erläuternden Bemerkungen verweisen hier explizit auf eine Divergenz in den unterschiedlichen sprachlichen Fassungen der RL 2014/24/EU, wobei die deutschsprachige Fassung von gemeinnützigen Organisationen spricht, während andere sprachliche Fassungen von nicht gewinnorientierte Organisationen sprechen. In den Erläuternden Bemerkungen wird Gemeinnützigkeit dahingehend ausgelegt, dass es sich vermutlich um Organisationen handelt, deren Ziele in der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben bestehen, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und allfällige Gewinne reinvestieren, um die Ziele der jeweiligen Organisation zu erreichen. Konkret ausgenommen sind – sofern die Dienstleistung von gemeinnützigen Organisationen durchgeführt wird – zeitkritische Rettungsleistungen, der Transport von Personen, die einer durchgehenden sanitätsdienstlichen oder ärztlichen Betreuung während des Transports bedürfen, und der Transport von Personen, der aus gesundheitlichen Gründen nur in qualifizierter Weise mit sanitätsdienstlicher Betreuung erfolgen kann. Reine Krankentranspor-

¹⁶⁹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 196.

¹⁷⁰ MRV BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018.

¹⁷¹ Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 31.

te im Rahmen einer Krankenförderung durch Krankenwagen sind vom vorliegenden Entwurf zum BVergG 2018 allerdings explizit erfasst.¹⁷²

§ 9 Abs 1 Z 18 nennt Dienstleistungsaufträge über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als vom Entwurf zum BVergG 2018 ausgenommen.¹⁷³ In den Erläuternden Bemerkungen wird die Vermutung geäußert, dass die explizite Nennung der nicht wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Normentext der RL 2014/24/EU offenkundig vergessen wurde. Die Erläuternden Bemerkungen verweisen hinsichtlich einer Interpretation der konkreten Bedeutung dieser Formulierung auf den bereits im 3. Kapitel der vorliegenden Arbeit behandelten *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 Interesse SWD(2013) 53 final/2*. Unter die erwähnte Definition würden unter anderem der Bereich der sozialen Sicherheit und die Gesundheitsfürsorge fallen, und deshalb ist es möglich, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 ausgenommen sind. Besonders sicher dürfte man sich damit allerdings nicht sein, da jedenfalls eine Einzelbetrachtung als zwingendes Erfordernis genannt wird.¹⁷⁴

Bereits aus RL 2014/24/EU ist die Neuregelung der sozialen und anderen Dienstleistungen bekannt, die die bisher bestehende Unterscheidung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen ersetzt. Der Entwurf zum BVergG 2018 setzt die Richtlinie in diesem Punkt in § 151 um. Dieser verweist auf Anhang XVI in dem sämtliche besonderen Dienstleistungen taxativ mit CPV-Codes aufgezählt sind, die unter das Verfahren gemäß § 151 für besondere Dienstleistungsaufträge fallen. Für diese Dienstleistungen gilt, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens grundsätzlich frei ist, wobei für die konkrete Wahl eines bestehenden Verfahrens gemäß BVergG 2018 bzw die eigenständige Ausgestaltung eines Verfahrens jeweils eine Einzelfallbetrachtung als notwendig erachtet wird. Grundsätzlich gilt, dass im Oberschwellenbereich mehrere Unternehmerinnen und Unternehmer am Verfahren beteiligt werden müssen. Für den Unterschwellenbereich gilt, dass besondere Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmerinnen und Unternehmern zu vergeben sind, wobei hier die Erläuternden Bemerkungen explizit davon sprechen, dass Markt und Bieterkreis sowie die Transaktionskosten nicht unverhältnismäßig im Verhältnis zum konkreten Beschaffungspreis

¹⁷² Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 36.

¹⁷³ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 24.

¹⁷⁴ Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 38.

sein sollten. So kommt eine Durchführung eines Verfahrens mit nur einer Unternehmerin bzw einem Unternehmer dezidiert in Betracht, wenn die Kosten für die Durchführung des Verfahrens mit mehreren Unternehmerinnen bzw Unternehmern, gemessen am Auftragswert, wirtschaftlich nicht vertretbar wäre. Von einer Bekanntmachung wiederum kann abgesehen werden, wenn kein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse am Dienstleistungsauftrag herrscht.¹⁷⁵

§ 151 Abs 8 regelt, dass der öffentliche Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit die Stillhalterfrist einzuhalten hat.¹⁷⁶

Die Schwellenwerte sind in § 12 geregelt, wobei für besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI der Schwellenwert 750.000 Euro beträgt.¹⁷⁷

Ähnlich wie bei den RL 2014/23/EU und 2014/24/EU findet sich am Ende von Anhang XVI, der – wie bereits erläutert – die besonderen Dienstleistungen taxativ aufzählt, folgende Fußnote: *„Die Vergabe der im Anhang angeführten Dienstleistungen unterliegt nicht dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse organisiert sind oder unter eine andere Ausnahmebestimmung dieses Bundesgesetzes fallen.“*¹⁷⁸

Gänzlich neu ist der Entwurf zum Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz 2018), wobei im Rahmen dieser Arbeit die Regelungen zur Dienstleistungskonzession sowie den damit in Zusammenhang stehenden Rechtsschutzregelungen von Relevanz sind. Dienstleistungskonzessionen gemäß § 6 des Entwurfs zum BVergGKonz 2018 sind:

„§ 6 (1) Dienstleistungskonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

*(2) Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.“*¹⁷⁹

¹⁷⁵ Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 165f.

¹⁷⁶ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 82.

¹⁷⁷ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 27.

¹⁷⁸ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 222.

¹⁷⁹ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 256.

Hinsichtlich des notwendigen Risikoübergangs auf die Konzessionärin bzw den Konzessionär betonen die Erläuternde Bemerkungen, dass das auf der Auftraggeberin bzw dem Auftraggeber lastende Risiko in vollem Umfang, oder zumindest wesentlich, auf die Konzessionärin bzw den Konzessionär übergehen muss, wobei unerheblich ist, ob das Risiko für die Auftraggeberin bzw den Auftraggeber bereits eingeschränkt wurde. Zum – für die Einschätzung, ob es sich um eine Dienstleistungskonzession oder einen Dienstleistungsauftrag handelt – relevanten Betriebsrisiko zählen das Konkurrenzrisiko durch andere Unternehmer, das Angebots- und das Nachfragerisiko, das Risiko eines Zahlungsausfalls sowie ein Verlust- und ein Haftungsrisiko.¹⁸⁰

Zu den Ausnahmen für Rettungs- und Krankentransporte sowie für Dienstleistungskonzessionen über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gelten – mit Ausnahme eines höheren Schwellenwertes – die skizzierten Ausführungen zum Entwurf des BVergG 2018.¹⁸¹

Mit der Festlegung besonderer Dienstleistungen in Anhang IV sowie den dazugehörigen spezifischen Verfahrensvorschriften in § 25 folgt der Entwurf zum BVergGKonz 2018 der Logik des Entwurfs zum BVergG 2018. Auch hier werden die, nicht dem Vollregime des Gesetzes unterliegenden Dienstleistungen, taxativ in Anhang IV aufgezählt. Ebenso findet sich die bereits bekannte Fußnote im Anhang zu nicht wirtschaftlichen Dienstleistungskonzessionen von allgemeinem Interesse. Da nur Teile des Gesetzes für besondere Dienstleistungskonzessionen anwendbar sind, und insbesondere die Freiheit der Verfahrensgestaltung zur Anwendung kommt, verweisen die Erläuternden Bemerkungen ausdrücklich auf die primärrechtlichen Vorgaben zu Transparenz und Gleichbehandlung. Abschließend sei festgehalten, dass auch besondere Dienstleistungskonzessionen gemäß § 25 dem Rechtsschutz des 4. Teil dieses Gesetzes – wie es bereits RL 2014/23/EU vorsieht – im Fall eines Beschlusses durch den österreichischen Bundesgesetzgeber unterliegen würden.¹⁸²

4.3 Sondervergaberecht ASVG?

Wie bereits 3. Kapitel ausführlich dargelegt, besteht kaum ein Zweifel, dass die österreichischen Krankenversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber im Sinn des europäischen Vergaberechts anzusehen sind. Diese Feststellung trifft aber noch keine Aussage über das Verhältnis des ASVG und der Gesamtverträge zum nationalen Vergaberecht. Laut *Mosler/Müller* besteht durchaus die Möglichkeit, dass das ASVG und die Gesamtverträge als le-

¹⁸⁰ Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 242.

¹⁸¹ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 258.

¹⁸² Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 267 iVm Entwurf ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 246f.

ges *speciales* ohne Anwendung des BVergG die Vorgaben des Vergaberechts der Europäischen Union erfüllen.¹⁸³ Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Krankenversicherungsträger Leistungen aus dem Bereich Gesundheit- und Sozialwesen nachfragen, die als nicht prioritäre Dienstleistungen wahrscheinlich nur eingeschränkt dem Vergaberecht unterliegen. In Bezug auf die Vergabe von Kassenverträgen stellt sich darüber hinaus die Frage, wer gegenüber der Vertragspartnerin bzw dem Vertragspartner als Auftraggeberin bzw Auftraggeber anzusehen ist. Auf Grund der engen Einbeziehung der Ärztekammer in das Ausschreibungsverfahren kämen sowohl der jeweilige Sozialversicherungsträger als auch die örtlich zuständige Ärztekammer in Frage. Für den Fall jedenfalls, dass die Vergabebestimmungen des ASVG als *leges speciales* dem BVergG vorgehen, müssten die Bestimmungen des ASVG am Maßstab der Vergaberichtlinien gemessen und diese gegebenenfalls auch unmittelbar angewendet werden.¹⁸⁴ Jedenfalls ist zu klären, um welche Auftragsart im Sinne des Unionsrechts es sich bei den Verträgen nach dem Sechsten Teil des ASVG handelt. Dabei sind – für die Fragen des Vergaberechts – die Definitionen der Vergaberichtlinien zu beachten. *Kneihs* argumentiert hinsichtlich der ärztlichen Gesamtverträge, dass eine Qualifikation als Dienstleistungskonzession denkbar wäre, da das der Ärztin bzw dem Arzt zugestandene Recht darin bestünde, dass die Ärztin bzw der Arzt, die ihm erteilte Konzession dazu nutzen kann und soll, sozialversicherte Patienten zu behandeln. Allerdings führe erst der ärztliche Einzelvertrag dazu, dass der die Ärztin bzw der Arzt mit sozialversicherten Kundinnen und Kunden kontrahieren würde. Somit liegt das wirtschaftliche Risiko im Wesentlichen bei der Ärztin bzw dem Arzt selbst. Für die Dienstleistungskonzession spricht weiter, dass nicht die Übernahme des Vertrages, sondern nur die einzelne an der Patientin bzw dem Patienten erbrachte Leistung tarifgemäß abgegolten wird.¹⁸⁵ Die Konsequenz einer Einordnung des Einzelvertrages als Dienstleistungskonzession im nicht prioritären Bereich würde für die Vergangenheit – vor Inkrafttreten von RL 2014/23/EU – bedeuten, dass der Anwendungsbereich des sekundären Vergaberechts der Europäischen Union weitgehend ausgenommen wäre, dass allerdings der primärrechtliche Diskriminierungsschutz, das Transparenzgebot sowie das Erfordernis eines adäquaten Rechtsschutzes zu erfüllen gewesen wären.¹⁸⁶ *Kletter* wiederum verweist auf bestehende Judikatur, die davon ausgehe, dass die Verträge des Sechsten Teils des ASVG eine reine Direktverrechnung der aus dem, zwischen Leistungserbringerin bzw Leistungserbringer und der bzw dem jeweiligen Versicherten abgeschlossenen, Behandlungsver-

¹⁸³ *Kneihs/Mosler*, in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 342 ASVG Rz 13.

¹⁸⁴ *Grillberger/Mosler*, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 103f.

¹⁸⁵ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 48.

¹⁸⁶ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 342 ASVG Rz 16.

trag erbrachten Leistungen mit dem Krankenversicherungsträger bewirken würden. Daraus wäre keine entgeltliche Leistung der behandelnden Ärztin bzw des behandelnden Arztes gegenüber dem Krankenversicherungsträger ableitbar. Darüber hinaus hält *Kletter* fest, dass das ASVG mit seiner Mitwirkung der Ärztekammer an der Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber um einen Einzelvertrag dem Grundkonzept des Vergaberechts widersprechen würde.¹⁸⁷ *Mosler/Müller* betonen wiederum, dass von der Einschätzung, ob es sich bei den Einzelverträgen gemäß Sechsten Teil des ASVG um einen vergaberechtsrelevanten Sachverhalt handelt oder nicht, abhängt, welche Teile des Unionsrechts zu beachten sind. Für sie kämen grundsätzlich sowohl die Dienstleistungskonzession als auch der Dienstleistungsauftrag in Betracht. Für den Fall, dass es sich beim Einzelvertrag um eine nicht prioritäre Dienstleistungskonzession handeln würde, wäre diese historisch vom sekundären Vergaberecht ausgenommen bzw wären durch RL 2014/23/EU nur Teile des Sekundärrechts der Richtlinie anzuwenden. Jedenfalls war und ist primäres Vergaberecht mit Diskriminierungsverbot, Transparenz- und Rechtsschutzgebot zu beachten. Bis Inkrafttreten von RL 2014/23/EU waren die Rechtsschutzrichtlinien nicht anwendbar; bis Inkrafttreten des BVergGKonz 2018 ist der Rechtsschutz von RL 2014/23/EU – soweit möglich – unmittelbar anwendbar. Wenn es sich beim Einzelvertrag allerdings um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag handeln würde, so wäre bereits in der Vergangenheit Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG anwendbar gewesen. Diese Anforderung erfüllt allerdings das ASVG offenkundig nicht. Im ASVG fehlt es sowohl an einem Nachprüfungsverfahren als auch an einer Stillhaltefrist, die der Bekämpfung der Auswahlentscheidung dienen würde.¹⁸⁸

Kneihs betrachtet das ASVG in Bezug auf einen effektiven Rechtsschutz, die öffentliche Ausschreibung und ein diskriminierungsfreies Verfahren – Kriterien, die im Rahmen einer aus dem primären Unionsrecht abgeleiteten Dienstleistungskonzession notwendig wären – ebenfalls als defizitär. Insbesondere kritisiert er, dass die Bewerberinnen und Bewerber aus dem Verwaltungsverfahren vor der Landes- bzw Bundesschiedskommission – das für den Fall einer Nichteinigung zwischen den Sozialpartnern vorgesehen ist – ausgeschlossen wären. Das zivilgerichtliche Schadenersatzverfahren würde hingegen gerade noch die primärrechtlichen Anforderungen erfüllen.¹⁸⁹

Im Gegensatz zu den strittigen Dienstleistungen konstatiert *Kletter*, dass Lieferaufträge der Sozialversicherungsträger nach herrschender Meinung dem Vollenwendungsbereich des

¹⁸⁷ *Kletter* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG³ § 338 ASVG Rz 16.

¹⁸⁸ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 343 ASVG Rz 24.

¹⁸⁹ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 145.

Vergaberechts unterliegen würden.¹⁹⁰ Die Direktversorgung mit Medizinprodukten, die von der Lieferantin bzw vom Lieferanten direkt mit dem jeweiligen Krankenversicherungsträger abgerechnet werden, sind als Lieferaufträge zu qualifizieren.¹⁹¹ So erfolgt beispielsweise die Beschaffung von Inkontinenzartikeln durch die Gebietskrankenkassen für ihre Mitglieder im Wege von Lieferaufträgen.¹⁹²

¹⁹⁰ Kletter in Sonntag (Hrsg), ASVG³ § 338 ASVG Rz 19.

¹⁹¹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² 69.

¹⁹² Werschitz/Ragoßnig in Jud/Hauser (Hrsg) Österreichisches Vergaberecht³ 63.

5. Vergaberechtliche Bewertung der definierten Vertragsbeziehungen an Hand ausgewählter Entscheidungen und Urteile des EuGH und nationaler Gerichte

Eine wesentliche Frage für die vorliegende Arbeit ist, ob das nationale Vergaberecht bzw die Vergaberichtlinien auf Verträge, die auf dem Sechsten Teil des ASVG beruhen, überhaupt Anwendung finden. Zur Erinnerung sei einerseits auf die bereits zitierte Fußnote aus RL 2014/24/EU verwiesen: *„Diese Dienstleistungen werden von dieser Richtlinie nicht erfasst, wenn sie als nicht wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse organisiert sind. Es steht den Mitgliedsstaaten frei, Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung oder andere Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren“*¹⁹³ bzw auf die Fußnote im Ministerratsvortrag zum BVergG 2018: *„Die Vergabe der im Anhang angeführten Dienstleistungen unterliegt nicht dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse organisiert sind oder unter eine andere Ausnahmebestimmung dieses Bundesgesetzes fallen.“*¹⁹⁴.

Bereits im Jahr 2004 hatte sich der EuGH im Rahmen der Rechtssache AOK Bundesverband mit der Rolle der deutschen Krankenkassen zu beschäftigen. In diesem Verfahren hat der EuGH festgehalten, dass bestimmte Einrichtungen, die mit der Verwaltung der gesetzlichen Krankenversicherung betraut sind, einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, was bei Krankenkassen, die nur die Gesetze anwenden würden, der Fall sei. Argumentiert wurde das mit ihrer, auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhenden Tätigkeit, die ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.¹⁹⁵ Der EuGH erwähnt – wie auch die im 3. Kapitel behandelten Mitteilungen der EU-Kommission – folgende Ausnahmen für die wirtschaftliche Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern auf Basis von zwei Entscheidungen mit folgenden Rahmenbedingungen: 1.) Ein System einer Zusatzrentenversicherung, das eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit Lebensversicherungen ausgeübt hat sowie 2.) ein Zusatzrentenfonds mit Pflichtmitgliedschaft, der die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst bestimmt und nach dem Kapitalisierungsprinzip gearbeitet hat. Diese Ausnahmen treffen aber augenscheinlich nicht auf die deutschen Krankenkassen zu, da diese an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirken und eine rein soziale Aufgabe wahrnehmen, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.¹⁹⁶ Um einen vertieften Einblick zu bekommen, welche Ausprägung

¹⁹³ RL 2014/24/EU ABI 2014 L 94, 65.

¹⁹⁴ Entwurf RV 69 BlgNR 26. GP 222.

¹⁹⁵ EuGH 16.03.2004, C-355/01, AOK Bundesverband Rz 47.

¹⁹⁶ EuGH 16.03.2004, C-355/01, AOK Bundesverband Rz 50f.

Sozialversicherungssysteme – im Unterschied zu den hier behandelten österreichischen Krankenversicherungsträgern – in der Europäischen Union haben und wie der EuGH diese in Bezug auf die Fragestellungen dieser Arbeit bewertet, sei auf die Rechtssache *Kattner Stahlbau* gegen die Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft verwiesen. Bei der Maschinenbau- und Metallbau-Berufsgenossenschaft handelt es sich um eine Berufsgenossenschaft mit Pflichtmitgliedschaft, die Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten und arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren verhüten, sowie die Gesundheit und Leistungsfähigkeit ihrer Versicherten nach Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten wieder herstellen bzw die Hinterbliebenen mit Geldleistungen entschädigen soll.¹⁹⁷ In seinem Urteil zur Rechtssache *Kattner Stahlbau GmbH* schreibt der EuGH, dass der soziale Zweck eines Versicherungssystems als solcher nicht genügt, um die Einstufung einer Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen. Essenziell sei die Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität.¹⁹⁸ Am Beispiel der Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft bewirkt das Fehlen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen die geforderte Solidarität, sodass diese durch ihre Mitwirkung an der Verwaltung eines der traditionellen Zweige der sozialen Sicherheit, eine Aufgabe rein sozialer Natur wahrnimmt und ihre Tätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit ist.¹⁹⁹ Folglich hat der EuGH im Rahmen der Rechtssache *Oymanns* im Jahr 2009 festgestellt, dass die deutschen Krankenkassen Aufgaben nichtgewerblicher Art erbringen, da die Leistungen, die sie erbringen, nicht mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.²⁰⁰

Von umfassender Bedeutung für diese Arbeit ist auch die grundsätzliche Fragestellung, um welche Art von Leistungen es sich bei den Leistungen der österreichischen Krankenversicherungsträger handelt. In den vorangegangenen Kapiteln wurde diese Fragestellung bereits teilweise behandelt. Die in weiterer Folge betrachteten Urteile des EuGH und der nationalen Gerichte widmen sich dieser Frage in vertiefender Weise: Im Rahmen der Rechtssache *Oymanns* hat sich der EuGH im Jahr 2009 mit genau dieser Fragestellung befasst: Der Orthopädie-Schuhmacherbetrieb *Hans & Christophorus Oymanns* hat auf eine, in einer Fachzeitschrift veröffentlichte Anzeige der AOK Rheinland/Hamburg über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk zur integrierten Versorgung ein Angebot eingereicht und in weiterer Folge wegen Verstöße gegen deutsches und gemeinschaftliches Vergaberecht gerügt. Eine konkrete Anzahl der zu liefernden Schuhe war nicht festgelegt; die Patientinnen und Patienten, die un-

¹⁹⁷ EuGH 05.03.2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau* Rz 3f.

¹⁹⁸ EuGH 05.03.2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau* Rz 42f.

¹⁹⁹ EuGH 05.03.2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau* Rz 59 iVm Rz 66.

²⁰⁰ EuGH 11.06.2009, C-300/07 *Oymanns*, Rz 49.

ter einem diabetischen Fußsyndrom litten, sollten sich mit einer ärztlichen Verordnung unmittelbar bei der Orthopädie-Schuhtechnikermeisterin bzw dem Orthopädie-Schuhtechnikermeister melden, die bzw der individuell angepasste orthopädische Schuhe – inklusive Beratung und Kontrolle – zu liefern hätte. Die Zahlungen sollten direkt durch die AOK erfolgen, wobei Zuzahlungen der Patientinnen und Patienten vorgesehen waren.²⁰¹ § 2 Abs 2 SGB V (Fünftes Buch des deutschen Sozialgesetzbuchs) regelt, dass die bzw der Versicherte gegen die gesetzliche Krankenkasse keinen Anspruch auf Tragung von Kosten, sondern auf kostenlose Bereitstellung der entsprechenden Leistungen hat und die gesetzlichen Krankenkassen dazu angehalten sind, mit verschiedenen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern Verträge für die Versorgung der Versicherten abzuschließen.²⁰² Im ersten Schritt hatte der EuGH zu klären, ob ein Liefer- oder ein Dienstleistungsauftrag vorliege. Der EuGH hielt fest, dass bei Vorliegen eines gemischten Auftrages, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen betreffe – wie im konkreten Fall – das anzuwendende Kriterium im jeweiligen Wert der in den Auftrag einbezogenen Waren und Dienstleistungen bestünde. Werden Waren individuell nach den Bedürfnissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst und wird der Kunde individuell beraten, so ist dies dem Auftragsteil Lieferung zuzuordnen.²⁰³ Für den Fall also, dass im Rahmen dieser Prüfung festgestellt würde, dass es sich um eine Dienstleistung handle, bliebe zu klären, ob eine Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag vorliege, wobei der EuGH anmerkte, dass die beiden Begriffe sehr ähnliche Merkmale aufweisen, sodass eine Unterscheidung nicht einfach sei: Für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession betont der EuGH die Bedeutung der Übernahme des Betriebsrisikos durch die Dienstleistungserbringerin bzw den Dienstleistungserbringer, wobei der Gerichtshof im konkreten Fall zugestand, dass ein gewisses, allerdings geringes, Risiko durch die Dienstleistungserbringerin bzw den Dienstleistungserbringer getragen würde. So sei weder die Gefahr einer Insolvenz des der Vertragspartnerin bzw des Vertragspartners, noch ein Risiko, dass das vereinbarte Entgelt nicht bezahlt würde, gegeben, da die Krankenkasse alleinige Schuldnerin sei. Obwohl die Orthopädie-Schuhtechnikerin bzw der Orthopädie-Schuhtechniker über eine hinreichende Ausstattung verfügen müsse, seien im Vorfeld keine beträchtlichen Aufwendungen zu tätigen und darüber hinaus wäre die Anzahl der Versicherten, die unter einem diabetischen Fußsyndrom leiden und sich an die Dienstleistungserbringerin bzw den Dienstleistungserbringer wenden würden, bekannt und dadurch die Inanspruchnahme angemessen vorhersehbar. Daraus leitete der EuGH ab, dass das Risiko nicht überwie-

²⁰¹ EuGH 11.06.2009, C-300/07 *Oymanns* Rz 26ff.

²⁰² EuGH 11.06.2009, C-300/07 *Oymanns* Rz 22.

²⁰³ EuGH 11.06.2009, C-300/07 *Oymanns* Rz 66.

gend von der Wirtschaftsteilnehmerin bzw vom Wirtschaftsteilnehmer getragen würde. Da dies aber die Voraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession, sei, liege diese im konkreten Fall nicht vor.²⁰⁴ *Kneihs/Mosler* betonen in Replik auf dieses Urteil, dass die Entscheidung nicht ohne Weiteres auf das österreichische Vertragspartnerrecht übertragbar sei, da es für Österreich durchaus fraglich sei, ob der jeweilige Krankenversicherungsträger Versorgungsleistungen in Auftrag gäbe, oder, ob es nicht die Patientin bzw der Patient sei, der diese Leistungen im Rahmen des Behandlungsvertrages beauftrage.²⁰⁵

Der VfGH hat sich mit der Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Vergabe von Kassenplanstellen im Jahr 2004 ausführlich beschäftigt und mehrere angefochtene Bescheide des Bundesvergabeamtes (BVA) in seine Entscheidung einbezogen. Im Rahmen von drei der angefochtenen Bescheide argumentiert das Bundesvergabeamt, dass seine Aufgabe nur die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des BVergG sei, der Bundesgesetzgeber allerdings bei Vorliegen von nicht prioritären Dienstleistungen die Überwachung der Grundsätze des BVergG aus dem Zuständigkeitsbereich des BVA ausgenommen hätte. Es sei jedenfalls unstrittig, dass es sich bei der Vergabe von Kassenverträgen um nicht prioritäre Dienstleistungen gemäß Kategorie 25 der RL 2004/18/EG – Leistungen des Gesundheitswesens – handle. Darüber hinaus hinterfragte das BVA die Anwendung des BVergG insgesamt, da möglicherweise eine Dienstleistungskonzession vorläge, die sowohl aus den Vergaberichtlinien als auch aus dem BVergG grundsätzlich ausgenommen sei.²⁰⁶ In einem weiteren angefochtenen Bescheid geht das BVA vom Vorliegen einer Dienstleistungskonzession aus, da das wesentliche Element der Dienstleistungskonzession – die Risikotragung durch die Unternehmerin bzw den Unternehmer – im Rahmen eines Kassenvertrages gegeben sei. Der die Kassenstelle innehabende Arzt würde nicht nur das Hauptrisiko, sondern das alleinige Risiko dafür tragen, wie viele Patientinnen und Patienten seine ärztlichen Leistungen in Anspruch nehmen würden.²⁰⁷ Gänzlich anders sieht das der VfGH, der wie folgt festhält:

"Bei der Vergabe von Kassenplanstellen handelt es sich nämlich weder um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags für nicht-prioritäre Dienstleistungen, noch einer Dienstleistungskonzession im Sinne des BVerG: Es obliegt den Krankenversicherungsträgern für die Krankenbehandlung der Versicherten ausreichend Vorsorge zu treffen (§ 23 Abs 5 ASVG). Zum Zwecke dieser Krankenbehandlung schließt der Krankenversicherungsträger mit der ärztlichen Interessenvertretung zunächst einen sog. Gesamtvertrag, der den Inhalt des in der Folge mit dem einzelnen Arzt zu schließenden Einzelvertrag determiniert (§ 342 Abs 1 Z 2 ASVG). Die Auswahl der Vertragsärzte erfolgt im Anschluss daran im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer. Durch den Abschluss solcher Verträge wird den Leistungsberechtigten die

²⁰⁴ EuGH 11.06.2009, C-300/07 *Oymanns* Rz 73ff.

²⁰⁵ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 342 ASVG Rz 15.

²⁰⁶ VfGH 30.11.2004, B 1278/02.

²⁰⁷ VfGH 30.11.2004, B 1278/02.

Heilbehandlung in der Regel kostenfrei verschafft. Die dabei anfallenden Kosten werden nämlich direkt zwischen Krankenversicherungsträgern und den einzelnen Leistungserbringern verrechnet. [...] Weil in dieses System der sog. Sachleistungsvorsorge nicht alle Leistungserbringer einbezogen sind, kann der Versicherte grundsätzlich auch Leistungserbringer in Anspruch nehmen, mit denen der Krankenversicherungsträger keinen Einzelvertrag abgeschlossen hat; im Falle der Behandlung durch einen solchen Arzt entfällt aber (allein) die Direktverrechnung mit dem Krankenversicherungsträger. Jedenfalls wird aber jener Vertrag, dessen Gegenstand die ärztliche Dienstleistung ist, zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossen. Das BVerG regelt demgegenüber die Vergabe einer Leistung, die ein privater Auftragnehmer einem öffentlichen Auftraggeber gegen Entgelt erbringt. Im Fall der Vergabe einer Kassenplanstelle wird eine solche – vom Auftraggeber abzugeltende – Leistung nicht erbracht: Der Abschluss des Einzelvertrages zwischen Versicherungsträger und Facharzt bewirkt allein, dass der Facharzt eine dem Leistungsberechtigten gegenüber – durch ausdrücklich oder konkludent zustande gekommenen Behandlungsvertrag – erbrachte Leistung direkt über den Versicherungsträger abrechnen kann. Ohne Einzelvertrag hat der Leistungsberechtigte zunächst für die Leistung selbst zu bezahlen, kann sich in der Folge aber beim Versicherungsträger zu näher geregelten Bedingungen regressieren. Ein Kassenvertrag betrifft daher nicht eine entgeltliche Dienstleistung, die der Arzt dem Versicherungsträger gegenüber erbringt, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes. [...] Mangels Vorliegen eines Dienstleistungsverhältnisses iS des BVerG zwischen Versicherungsträger und Facharzt ist es auch verfehlt, die Vergabe einer Kassenplanstelle als Vergabe eines Dienstleistungskonzessionsvertrages zu qualifizieren. Ein solcher unterscheidet sich von einem „normalen“ Dienstleistungsvertrag nämlich nur dadurch, dass die Gegenleistung des Auftraggebers nicht in Geld, sondern in der Einräumung des Nutzungsrechtes an den Auftragnehmer besteht.“²⁰⁸

Darüber hinaus betont der VfGH explizit, dass kein Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht besteht und auch keine Fragen aufwerfen werden, die einer Klärung durch den EuGH bedürfen.²⁰⁹

Kneihs kritisiert die Entscheidung des VfGH in Bezug auf das Vorliegen von Direktverrechnungsverträgen im Rahmen der ärztlichen Behandlung umfassend, da es ihmzufolge geradezu typisch sei, dass die eigentliche Dienstleistung nicht dem öffentlichen Auftraggeber, sondern Privaten gegenüber erbracht würde. Dies wäre auch im Rahmen der Abfallentsorgung oder der Energieversorgung der Fall und hier käme niemand auf die Idee, dass diese Dienstleistungen nicht dem Vergaberecht unterliegen würden.²¹⁰

Im Jahr 2005 hat das BVA hinsichtlich eines Nachprüfungsverfahrens zum BVerG betreffend die Auftragsvergabe für elektrische Krankenbetten durch die Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK) seine Zuständigkeit für das Verfahren festgestellt. In der Sache selbst wurde allerdings auch in Bezug auf die Anschaffung elektronischer Krankenbetten davon ausgegangen, dass es sich auch dabei um Direktverrechnungsverträge, also bloß die Abwicklung des der Versicherten bzw dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungs-

²⁰⁸ VfGH 30.11.2004, B 1278/02.

²⁰⁹ VfGH 30.11.2004, B 1278/02.

²¹⁰ *Kneihs*, Vertragsärzterecht 49f.

träger zustehenden Kostenersatzes, handeln würde. Die vertragliche Basis war eine Vereinbarung der OÖGKK mit der Landesinnung XXX, auf deren Basis die bzw der jeweilige Versicherte unter bestimmten Bedingungen ein elektronisches Krankenbett beziehen konnte. Auch hier gilt, dass der Käufer des Krankentettes jeweils der Versicherte ist, der, um in den Genuss des Erhalts des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung bedürfe. Die Vereinbarung selbst regelt ausschließlich bestimmte Fabrikate von Krankentetten sowie die Höhe der Tarife, die als Zuschüsse direkt mit dem Krankenversicherungsträger verrechnet werden, wenn eine Versicherte bzw ein Versicherter ein Krankenbett von einer Vertragsbandagistin bzw einem Vertragsbandagisten bezieht. Folglich stellte das BVA fest, dass der Abschluss des Direktverrechnungsvertrages nicht dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG unterliegt.²¹¹ *Steindl* schreibt in Replik auf ein BVwG-Urteil aus dem Jahr 2016, dass nach ständiger Rechtsprechung Direktverrechnungsverträge keine öffentlichen Aufträge im Sinne des BVergG seien, da im Direktverrechnungsvertrag ausschließlich die Abwicklung des Kostenersatzes zwischen Versichertem und Sozialversicherungsträger geregelt würde. Allerdings könne ein öffentlicher Auftrag begründet werden, wenn über den bloßen Kostenersatz hinausgehende Bestimmungen vereinbart würden, die inhaltliche Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen festlegen. *Steindl* nennt zB Preise, Produkthanforderungen, Abgabemodalitäten, Beratungsverpflichtungen, Lieferfristen und Garantie- und Gewährleistungsfälle. Jedenfalls sei ein funktionaler Auftragsbegriff anzuwenden und somit sei der objektive wirtschaftliche Zweck entscheidend.²¹²

Bereits am Ende des 2. Kapitels der vorliegenden Arbeit wurde auf ein Urteil des VfGH aus dem Jahr 2002 Bezug genommen, dass die Vertragsbeziehungen der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse (NÖGKK) mit dem Roten Kreuz zur Erbringung von Krankentransporten als Direktverrechnungsvertrag qualifizierte.

Im Jahr 2008 hat die EU-Kommission eine Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland zum Themenkomplex öffentliche Rettungsdienste, Notfalltransport und qualifizierter Krankentransport eingebracht. Somit stellt sich die Frage, ob das Urteil des EuGH eine Auswirkung auf die Sichtweise des österreichischen VfGH haben könnte. Sachlich erfasst waren der öffentliche Rettungsdienst, der üblicherweise Notfalltransportleistungen und qualifizierte Krankentransporte erfasst; wobei unter Notfalltransport die Beförderung von lebensbedrohlich verletzten oder erkrankten Personen unter fachgerechter Betreuung mit Notarzt- oder Rettungswagen und unter qualifiziertem Krankentransport die Beförderung von

²¹¹ BVA 20.10.2005, 07N-83/05-33.

²¹² *Steindl*, Ausschreibungspflicht oder -freiheit von Direktverrechnungsverträgen, RPA Zeitschrift für Vergaberecht, Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe 201736 (37).

Kranken, Verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die keine Notfallpatienten sind, unter fachgerechter Betreuung mit Krankentransportwagen zu verstehen sind. Geklagt wurden von der EU-Kommission nur Verträge, die nach dem so genannten „Submissionsmodell“ abgeschlossen wurden. Bei diesem Modell werden die Leistungen direkt von der Auftraggeberin vom Auftraggeber – im konkreten Fall Städte und Kommunen – vergütet.²¹³ Im Rahmen des Verfahrens hat die Bundesrepublik Deutschland weder bestritten, dass es sich um Aufträge handelte, noch dass die Dienstleistungen direkt von der Auftraggeberin bzw vom Auftraggeber oder von einer mit ihr bzw ihm in Verbindung stehenden Finanzierungseinrichtung vergütet wurden. Vielmehr wurde argumentiert, dass die Verträge, mit denen die Aufträge vergeben wurden, dem öffentlichen Recht zurechenbar seien.²¹⁴ Nach umfassender Betrachtung durch den EuGH hat dieser festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe der besagten Dienstleistungen nach dem Submissionsmodell gegen die Vergaberichtlinien verstieß, da sie keine Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Verfahrens zur Auftragsvergabe veröffentlichte.²¹⁵

²¹³ EuGH 29.04.2010, C-160/08, *Kommission/Deutschland* Rz 21ff.

²¹⁴ EuGH 29.04.2010, C-160/08, *Kommission/Deutschland* Rz 88ff.

²¹⁵ EuGH 29.04.2010, C-160/08, *Kommission/Deutschland* Rz 131.

6. Ergebnis/Schlussfolgerungen

Ausgangspunkt dieser Masterarbeit war die Forschungsfrage, inwieweit die Vertragsbeziehungen des Sechsten Teils des ASVG dem europäischen und dem nationalen Vergaberecht unterliegen und was dies konkret für die Vertragsvergabe durch die Träger der sozialen Krankenversicherung bedeutet.

Hinsichtlich der Vorfrage, ob die soziale Krankenversicherung in Österreich grundsätzlich dem europäischen Vergaberecht unterworfen – oder von diesem generell ausgenommen – ist, lässt sich auch nach intensiver Analyse der Rechtslage keine endgültige Aussage treffen. Zum Beispiel sei diesbezüglich an die Erwägungsgründe 4 und 5 der RL 2014/24/EU erinnert, die sowohl ärztliche Dienstleistungen als auch Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung als von der Richtlinie ausgenommen erklären. Ein weiteres Indiz für eine differenzierte Betrachtungsweise ist Art 4 RL 2014/23/EU, der festlegt, dass nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungskonzessionsrichtlinie fallen. In Zusammenschau mit den zitierten Fußnoten von RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU, die es den EU-Mitgliedsstaaten freistellt, die Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren, ergibt sich ein Bild, dass es den nationalen Regierungen freigestellt sein könnte, die Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung ex lege als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen zu organisieren (und zu qualifizieren) und somit eine Ausnahme aus dem Vergaberecht im Rahmen der nationalen Gesetze festzuschreiben. Dahingehend könnte auch der Entwurf zum BVergG 2018 interpretiert werden, der nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ebenfalls als vom (zukünftigen) BVergG ausgenommen erklärt. Leider schaffen die Erläuternden Bemerkungen keine Klarheit, ob die österreichische Sozialversicherung (oder zumindest die soziale Krankenversicherung) in ihrer aktuellen Ausprägung als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen wird. Obwohl zu vermuten gewesen wäre, dass der österreichische Gesetzgeber im Stande sein müsste, diese Frage abschließend zu klären, scheint dies, wie dargelegt, nicht der Fall. Auch die Auslegungshilfen der EU-Kommission – die in Kapitel 3.3 ausführlich behandelt wurden – bieten keine abschließende Klärung. Eine mögliche Orientierung findet sich in Mitteilung 2012/C 8/02 der EU-Kommission, die allerdings auf die Anwendung von Beihilfenvorschriften fokussiert, die in Kapitel 2.1.3 der vorliegenden Arbeit behandelt wurde. In den Ziffern 17 bis 19 dieser Mitteilung wird eine Abgrenzung zwischen solidarischen Systemen und Systemen, die auf wirtschaftlichen Tätigkeiten beruhen, vorgenommen. Eine konsequente Anwendung dieser Abgrenzung würde die Tätigkeiten der österreichischen Kranken-

versicherungsträger mit hoher Wahrscheinlichkeit als nicht wirtschaftlich Tätigkeiten qualifizieren. Allerdings relativiert Ziffer 25 diese Qualifizierung dahingehend, dass niedergelassene Ärzte, die gegen Entgelt und auf eigenes Risiko Dienstleistungen erbringen, eine Tätigkeit ausüben, die als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist. Allerdings stellt sich hier die Frage, ob diese sehr generelle Festlegung, auch auf das österreichische Gesamtvertragssystem in dieser Eindeutigkeit umzulegen wäre.

Abschließend wäre zu klären, ob nicht bereits aus der Tatsache, dass der EuGH die Rechtssache Oymanns behandelte, belegt, dass die Vergaberichtlinien – auf deren Basis das Urteil gefällt wurde – grundsätzlich auf die soziale Krankenversicherung anwendbar sind. Dieses Argument wiegt umso stärker, als der EuGH im Rahmen der Rechtssache Oymanns festgestellt hat, dass die deutschen Krankenkassen Aufgaben nichtgewerblicher Art erbringen. Wiewohl dieses starke Indiz vorliegt, scheint es geboten, dem entgegenzuhalten, dass es dem nationalen Gesetzgeber obliegt, die soziale Krankenversicherung als nicht wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse auszugestalten und zu qualifizieren. Dies gilt insbesondere in Betrachtung von Art 168 AEUV, der die Organisation des Gesundheitswesens – und damit die Ausgestaltung der nationalstaatlichen Krankenversicherungen – kompetenzrechtlich den Mitgliedsstaaten zuordnet. Unterstützung für diese Argumentation biete auch Art 36 GRC, der die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Zusammenhang mit dem Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unterstreicht und primärrechtlich festschreibt. Somit ist festzuhalten, dass eine abschließende Aussage zur Anwendung des europäischen Vergaberechts auf die soziale Krankenversicherung in Österreich nicht getroffen werden kann.

Es stellt sich in weiterer Folge die Frage nach der Anwendung des österreichischen Vergaberechts. Die Ausgestaltung der Vertragsvergabe am Beispiel der Verhandlung der Gesamtverträge zwischen Sozialversicherung und Ärztekammer bzw die Vergabe von Einzelverträgen durch die Träger der sozialen Krankenversicherung an Ärztinnen und Ärzte zeigen deutlich, dass nur sehr schwer von einem klassischen Vergabeverfahren gesprochen werden kann. Vielmehr handelt es sich eher um einen sozialpartnerschaftlichen Verhandlungsprozess, der von Selbstverwaltungskörpern – die für diesen Verhandlungsprozess einen gesetzlichen Auftrag erhalten haben – geführt wird. Beispielsweise sieht *Kletter* diesbezüglich in der Einbeziehung der Ärztekammer einen Widerspruch im Grundkonzept des Vergaberechts, während *Raschauer* die Mitwirkung der Ärztekammer bei der Verhandlung des Gesamtvertrages als öffentliche Aufgabe ebendieser sieht, die einer verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie un-

terliege. Nach ausführlicher Betrachtung liegt die Vermutung nahe, dass es sich beim Sechsten Teil des ASVG um eine österreichische *lex specialis* zum Vergaberecht handelt. Ob die angeführten Argumente und Interpretationen bereits ausreichen, um davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber das Vergaberecht im ASVG implizit in Form einer nicht wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse – im Sinne des Unionsrechts – ausgestalten wollte, kann nur vom EuGH abschließend geklärt werden.

Aus diesem Grund scheint es unumgänglich, die konkrete Rechtsnatur der Verträge gemäß dem Sechsten Teil des ASVG – mit Blick auf die Vergaberichtlinien – herauszuarbeiten. Wie bereits mehrfach ausgeführt, handelt es sich sowohl bei der Organisation von Krankentransporten, bei der Vergabe von Einzelverträgen an Ärztinnen und Ärzte, aber auch bei der Zurverfügungstellung von elektronischen Krankenbetten nach Rechtsansicht des VfGH um Direktverrechnungsverträge, wobei die eigentliche Vertragsbeziehung der so genannte Behandlungsvertrag zwischen der bzw dem Versicherten und der der Gesundheitsdienstleisterin bzw dem Gesundheitsdienstleister besteht. Die Träger der sozialen Krankenversicherung erstatten der bzw dem Versicherten im rechtlichen Sinn nur die entstandenen Kosten. Daraus folgt, dass es sich um keine öffentlichen Aufträge handelt und das Bundesvergabegesetz keine Anwendung findet.

Diese Rechtsansicht des VfGH wird allerdings in der Literatur regelmäßig kritisiert, wobei wahlweise davon ausgegangen wird, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession im Sinn der Vergaberichtlinien handeln würde. Die „Verfechter“ des Dienstleistungsauftrages argumentieren häufig mit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Oymanns – die bereits ausführlich behandelt wurde – und übersehen dabei, dass im österreichischen ASVG der Kostenerstattung eine wesentlich stärkere Rolle in der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zukommt als im deutschen SGB. Darüber hinaus kennt das österreichische – stark sozialpartnerschaftlich geprägte – System der Gesamtvertragsverhandlungen weder Abschlusszwang noch Zwangsschlichtung, sondern nur die Verpflichtung zum Bemühen der Sozialversicherung zum Gesamtvertrag. Aus all diesen Erwägungen sowie aus den Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des BVergGKonz 2018, der das Konkurrenzrisiko, das Nachfragerisiko und das Haftungsrisiko als Indiz für eine Dienstleistungskonzession nennt, könnte vermutlich in Bezug auf die Vergabe von Einzelverträgen nach dem Sechsten Teil des ASVG auch eine Dienstleistungskonzession in Betracht gezogen werden. Jedenfalls scheint ein Umlegen der Oymanns-Entscheidung auf Österreich nur schwer möglich.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Vertragsbeziehungen des Sechsten Teils des ASVG – wie bereits an anderer Stelle ausführlich besprochen – vermutlich als *lex specialis* des Vergaberechts anzusehen sind, wobei auf einzelne Bestimmungen der nationalen Vergabegesetze als Lückenschluss – wo diese zwingendes EU-Recht ausführen – zurückgegriffen werden muss. Inwieweit europarechtliches Sekundärrecht grundsätzlich anzuwenden ist, wird abschließend nur der EuGH klären können.

Literaturverzeichnis

Bücher und Zeitschriften

- Axer*, Europäisierung des Sozialversicherungsrechts, Die Verwaltung/Beihefte 2010, 123.
- Becker*, Die Sozialpolitik im Spannungsverhältnis von Nationalstaat und supranationalen Institutionen, Sozialer Fortschritt 2012, 86
- Berger/Zleptnig* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015)
- Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁶ (2013)
- Grillberger/Mosler*, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012)
- Grillberger/Mosler*, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003)
- Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger*, Die Österreichische Sozialversicherung in Zahlen (2017)
- Höfner-Petrus*, Beschreitung neuer Wege bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen, Soziale Sicherheit 2016, 462
- Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012)
- Kletter* in *Sonntag* (Hrsg.), ASVG³ (2012)
- Kneihs*, Vertragsärzterecht in Österreich und Norwegen, Ein Vergleich vor dem Hintergrund des EG-Binnenmarktes und des EWR (2008)
- Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm § 338 ASVG (2016)
- Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm § 342 ASVG (2016)
- Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm § 343 ASVG (2016)
- Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011)
- Mosler/Rebhahn* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), Der SV-Komm § 349 ASVG (2016)
- Pfeil*, Bessere Leistungen für Menschen: Effizienzpotentiale in der Gesundheitsversorgung und im Bereich der Pensionen, Rechtliche Fragestellungen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (2017)
- Raschauer*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Weiterentwicklung des ärztlichen Vertragspartnerrechts, Recht der Medizin 2016, 240.
- Souhrada*, Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten, Soziale Sicherheit 2017, 104.
- Steindl*, Ausschreibungspflicht oder -freiheit von Direktverrechnungsverträgen, RPA Zeitschrift für Vergaberecht, Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe 2017, 36
- Werschitz/Ragoßnig* in *Jud/Hauser* (Hrsg.), Österreichisches Vergaberecht³ (2012)

Rechtsdokumente

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2012 C326, 47

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2012 C 326/02

RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die
Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und
Dienstleistungsaufträge, ABl 2004 L 134

RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über
Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl 2006 L 376

RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die
Konzessionsvergabe, ABl 2014 L 94

RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die
öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 L
94

RL 89/665/EWG des Rates zur Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der
Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, zuletzt geändert durch Richtlinie, ABl L
395 vom 30.12.1989, 33

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189

Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten BGBl 1957/1

Bundesvergabegesetz 2006 BGBl 2006/17

Erläuternde Bemerkungen zum Bundesvergabegesetz 2006, 1171 BlgNR 22. GP

EuGH, Rs C-79/95, *Kommission/Spanien*

EuGH, Rs C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u.a.*

EuGH, Rs C-141/07, *Kommission/Deutschland*

EuGH, Rs C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*

EuGH, Rs C-169/07, *Hartlauer*

EuGH, Rs 160/08, *Kommission/Deutschland*

EuGH, Rs C-300/07, *Oymanns*

EuGH, Rs C-350/07, *Kattner Stahlbau*

EuGH, Rs C-355/01, *AOK Bundesverband*

EuGH, Rs C-372/04, *Watts*

EuGH, Rs C-385/99, *Müller-Fauré*

EuGH, Rs C-570/07, *Blanco Pérez und Pilar Chao Gómez*

Schlussanträge GA Bot, Rs C-169/07, *Hartlauer*

VfGH 10.10.2008, G20/07

VfGH 30.11.2004, B1278/02

VfGH 25.11.2002, B46/00

BVA 20.10.2005, 07N-83/05-33

Kommissionsdokumente

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

Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (KOM(2001) 566 endg), ABl 2001, C 333, 27

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

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen, ABl 2006 C 179, 2

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl 2000 C121, 2

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 endg)

Mitteilung der Kommission, Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon, Die Sozialleistungen von allgemeinem Interesse der Europäischen Union (KOM(2006) 177 endg)

Gesetzesvorlagen

Ministerratsvortrag vom 21.03.2018 zu Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018), BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018

Entwurf, Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen

(Bundesgesetz Konzessionen 2018 – BvergGKonz 2018) erlassen werden sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird (Vergaberechtsreformgesetz 2018), 69 BlgNR 26. GP

Entwurf, Erläuternde Bemerkungen zum Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesgesetz Konzessionen 2018 – BvergGKonz 2018) erlassen werden sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird (Vergaberechtsreformgesetz 2018), 69 BlgNR 26. GP

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
Art	Artikel
ÄrzteG 1998	Ärztegesetz 1998
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BVA	Bundesvergabebeamte
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVergGKonz	Bundesvergabegesetz-Konzessionen
CPV	Common Procurement Vocabulary
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
Lit	litera
MRV	Ministerratsvortrag
NÖGKK	Niederösterreichische Gebietskrankenkasse
OÖGKK	Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
ÖNORM	Österreichische Norm
ÖSG	Österreichischer Strukturplan Gesundheit
PRIKRAF	Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds
RL	Richtlinie
Rz	Randziffer
SDAI	Sozialleistungen von allgemeinem Interesse

VfGH

Verfassungsgerichtshof

Z

Ziffer