jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vfgh Erkenntnis 2004/11/30 B1278/02 ua

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.11.2004

Index

97 Vergabewesen
97/01 Vergabewesen

Norm

B-VG Art83 Abs2
ASVG §342, §343
BundesvergabeG 1997 §3, Anhang IV
JN §1
Richtlinie des Rates vom 18.06.92. 92/50/EWG, über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentl Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie)

Leitsatz

Keine Verletzung im Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch die Zurückweisung von Anträgen auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens betreffend die Vergabe von Kassenverträgen an die beschwerdeführenden Ärzte; kein vergaberechtliches Rechtsschutzverfahren für die Vergabe von Kassenplanstellen; Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte; kein Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht, keine Vorlagepflicht

Spruch

I . Die Beschwerdeführer sind durch die angefochtenen Bescheide weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer verfassungswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerden werden abgewiesen.

II. 1. Der Beschwerdeführer zu B1278/02 ist verpflichtet, der mitbeteiligten Partei Ärztekammer für Wien zuhanden ihrer Rechtsvertreter die mit € 1.962,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

2. Die Beschwerdeführerin zu B1279/02 ist verpflichtet, der mitbeteiligten Partei Ärztekammer für Wien zuhanden ihrer Rechtsvertreter die mit € 1.962,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

3. Der Beschwerdeführer zu B1311/02 ist verpflichtet, der mitbeteiligten Partei Kärntner Gebietskrankenkasse zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 1.962,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

4. Der Beschwerdeführer zu B1442/02 ist verpflichtet, der mitbeteiligten Partei Burgenländische Gebietskrankenkasse

zuhanden ihrer Rechtsvertreter die mit € 1.962,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I . 1. Die Beschwerdeführer haben sich jeweils um die Vergabe einer ihrer Facharztausbildung entsprechenden Kassenplanstelle beworben. In der Folge wurde ihnen aber mitgeteilt, dass die Vergabe der Stellen an andere Bewerber erfolgen würde.

Die Beschwerdeführer beantragten bei der Bundesvergabekontrollkommission (B-VKK) die Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit nach §109 Abs1 Z1 des Bundesvergabegesetzes 1997 (BVergG), BGBl. I 56/1997. Sie führten dabei aus, dass die Vergabe von Kassenverträgen als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Sinne des Anhangs IV des BVergG zu qualifizieren sei: die jeweils zuständige Gebietskrankenkasse würde mit einem Kasseneinzelvertrag nämlich eine Dienstleistung aus dem Gesundheitsbereich von einem Vertragsarzt "einkaufen", um dadurch ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß §23 Abs5 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) nachzukommen. Eine Dienstleistungskonzession im Sinne des §3 Abs2 BVergG liege hingegen nicht vor.

Die B-VKK lehnte die Durchführung von Schlichtungsverfahren mit der Begründung ab, dass die Vergabe von Kassenplanstellen in einem durch ASVG geregelten speziellen Verfahren erfolge: Die Vergabe einer Kassenplanstelle sei kein für das öffentliche Beschaffungswesen "typischer Dienstleistungsauftrag" und unterliege deshalb nicht dem BVergG.

In der Folge stellten die Beschwerdeführer beim Bundesvergabeamt (BVA) gleich lautende Anträge dahin, dass das BVA die Ausschreibung der einzelnen Kassenvertragsstellen im jeweiligen Publikationsorgan der zuständigen Ärztekammer sowie alle Folgeentscheidungen des Auftraggebers und (in den zu B1278/02, B1279/02 und B1311/02 protokollierten Verfahren) die Entscheidung, eine "Ablösevereinbarung" als zusätzliches Zuschlagskriterium heranzuziehen, für nichtig zu erklären. Weiters wurde jeweils die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der das Vergabeverfahren ausgesetzt werden sollte.

Mit Bescheiden des BVA vom 26. Juni 2002 (B1278/02, B1279/02), vom 9. Juli 2002 (B1311/02) sowie vom 13. August 2002 (B1442/02) wurden sämtliche Anträge "wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen".

2. Gegen diese Bescheide richten sich die auf Art144 B-VG gestützten Beschwerden, in denen die Verletzung der Beschwerdeführer in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sowie auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung der Bescheide begehrt wird.

3. Das BVA hat die jeweils Bezug habenden Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung von Gegenschriften aber Abstand genommen.

In den Verfahren haben jeweils die involvierten Gebietskrankenkassen, in den Verfahren B1278/02 sowie B1279/02 auch die Ärztekammer für Wien als mitbeteiligte Partei Äußerungen erstattet. In allen Äußerungen wird den Behauptungen der Beschwerdeführer entgegengetreten und die (teilweise kostenpflichtige) Abweisung der Beschwerden begehrt.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat die Beschwerden gemäß §§187, 404 ZPO iVm §35 Abs1 VfGG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und hierüber wie folgt erwogen:

1. a) Das BVA hat in den zu B1278/02, B1279/02 und B1311/02 angefochtenen Bescheiden die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge wie folgt begründet:

"Wie der Antragsteller selbst mehrfach vorbrachte, werden im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Kassenvertragsstelle für [...] Leistungen des Gesundheitswesens erbracht, welche unter Kategorie 25 des Anhanges IV des Bundesvergabegesetzes zu subsumieren sind.

Vorbehaltlich der Frage, ob die Vergabe einer Kassenplanstelle nicht von vornherein einen Sachverhalt darstellt, auf den das Bundesvergabegesetz nicht anzuwenden ist - beispielsweise deshalb, weil eine dem Bundesvergabegesetz sowie gleichfalls den Vergaberichtlinien ausdrücklich nicht unterliegende Dienstleistungskonzession vorliegt - ist schon aus folgenden Erwägungen keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung der angefochtenen

Entscheidungen gegeben:

Das Bundesvergabeamt ist gemäß §113 Abs2 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers nur zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig, daher ist die Zuständigkeit der Behörde durch den materiellrechtlichen Überprüfungsmaßstab Bundesvergabegesetz eingeschränkt. Die Beurteilung von Verletzungen anderer Rechtsvorschriften als des Bundesvergabegesetzes fällt daher nicht in den Zuständigkeitskreis der Behörde. Unbeschadet der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation, zur allfälligen unmittelbaren Anwendung von Richtlinien und dem einer unmittelbaren Anwendung zugänglichen Primärrecht bzw. der Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Bundesvergabegesetzes bedeutet dies, dass die Verletzungen anderer Rechtsvorschriften, die nicht durch das Bundesvergabegesetz rezipiert werden, vor dem Bundesvergabeamt nicht geltend gemacht werden können.

Für 'nichtprioritäre Dienstleistungen' sieht das Bundesvergabegesetz entsprechend zu Artikel 9 RL 92/50/EWG vor, dass lediglich der erste und vierte Teil des Bundesvergabegesetzes (Schwellenwerte und Rechtschutzteil) sowie §§61 (Allgemeines über die Art der Bekanntmachung), 63 (Pflicht zur Bekanntmachung vergebener Aufträge), 64 (Pflicht zur Verwendung des CPV's bei diesen Bekanntmachungen), sowie 71 (Bestimmungen über die technischen Spezifikationen) Anwendung finden. Demnach erstreckt sich die Entscheidungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes auch nur auf die Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen. Auch daraus, dass der Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes anzuwenden ist, ist nichts anderes abzuleiten. Die §§99 ff des Bundesvergabegesetzes enthalten nämlich keine Verhaltenspflichten für Auftraggeber sondern regeln lediglich die Organisation und das Verfahren der Rechtsschutzeinrichtungen. Diese Bestimmungen finden daher nur Anwendung, insoweit es um die Einhaltung der Überprüfung der §§61, 63, 64 und 71 des Bundesvergabegesetzes geht.

Die erwähnten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. die diesen zugrundeliegenden Artikel 14 und 16 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG sind nicht die einzigen Rechtsvorschriften, die auf die Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungsaufträge Anwendung finden. Vielmehr gilt auch für solche Aufträge das allgemeine Diskriminierungsverbot und die daraus abzuleitenden Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens. Dies ergibt sich bereits aus den Grundfreiheiten des Vertrages (vgl. Artikel 30, 43, 49 EG und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH's, vgl. insbesondere Urteil des EuGH's vom 7.12.2000, C324/98, Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH gegen Telekom Austria AG). Da das Bundesvergabeamt aber nur die Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu überprüfen hat - insbesondere hat der Gesetzgeber die Geltung des §16 BVergG, der zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen würde, für nichtprioritäre Dienstleistungen nicht angeordnet -, fällt die Überwachung der Einhaltung dieser allgemeinen Grundsätze nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes. Mangels einer anderen gesetzlichen Anordnung fällt die Überwachung der Einhaltung dieser Grundsätze vielmehr kraft §1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Auch könnte ein Widerspruch zu den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG darin erblickt werden, dass diese in Artikel 3 Abs2 das allgemeine Diskriminierungsverbot zum Bestandteil des auch für nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge geltenden Richtlinienrechtes erklärt und gemäß Artikel 1, 2 litb der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG idF der Richtlinie 92/50/EWG auch eine Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen, die in Widerspruch zum Diskriminierungsverbot stehen, gefordert ist, wohingegen das Bundesvergabegesetz die dargelegte Einschränkung der Zuständigkeit der zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen berufenen Behörde Bundesvergabeamt enthält und andererseits den ordentlichen Gerichten keine gesetzliche Befugnis zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen zukommt. Doch ist eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation nach der Rechtsprechung des EuGH's nur insoweit geboten, als nach nationalem Recht ein Auslegungsspielraum vorhanden ist (vgl. EuGH Rs C 91192, Faccini Dori/Recreb, Rz 26 uva.). Ein solcher Auslegungsspielraum ist jedoch durch die Verwendung des Wortes 'nur' in §3 Abs3 BVergG nicht gegeben. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie käme zwar auf Grund ihres Inhalts insoweit in Betracht, als die Auftraggeber zur Einhaltung der materiellrechtlichen Grundsätze (Diskriminierungsverbot) verpflichtet sind, doch ergäbe sichvorausgesetzt, das Bundesvergabegesetz wäre auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden - auch aus dieser allfälligen unmittelbaren Anwendung keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Die Richtlinie 89/665/EWG enthält nämlich keine Bestimmung, welche Behörde zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig sein soll. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist es aber mangels einer

gemeinschaftsrechtlichen Anordnung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedsstaates, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in dem es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht (vgl. EuGH 17.9.1997, Rs C54/96; EuGH 24.9.1998, Rs C76/97, Tögel gegen Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, uva.). Aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie ergibt sich daher noch nicht die behördliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, weil dessen Zuständigkeit nach §113 BVergG durch die im Bundesvergabegesetz enthaltenen Bestimmungen beschränkt ist.

Da eine nichtprioritäre Dienstleistung vorliegt, bei der das Bundesvergabeamt aus den oben dargelegten Erwägungen nur die Einhaltung der §§61, 63, 64 und 71 BVergG zu überprüfen hat und der Antragsteller sich in der Begründung seiner Anträge im wesentlichen auf die nicht erfolgte Bekanntmachung, die Verletzung des Transparenz- sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§16 BVergG) bzw. dem Nichtvorliegen von Kriterien berufen hat, fielen die geltend gemachten Rechtsverletzungen auch im Fall, dass das Bundesvergabegesetz auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden wäre, schon aufgrund obenstehender Erwägungen nicht in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes sondern in jene der ordentlichen Gerichte.

Die im Spruch wiedergegebenen Anträge waren daher wegen Unzuständigkeit der Behörde zurückzuweisen.

Angesichts dieser klaren Rechtslage, welche sich aus §3 Abs3 BVergG ergibt, welcher wiederum Artikel 9 der Dienstleistungsrichtlinie umsetzt, kommt die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht in Betracht."

b) In dem zu B1442/02 angefochtenen Bescheid begründet das BVA die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge (hingegen) wie folgt:

"Im gegenständlichen Fall liegt keine der

'Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie)' beziehungsweise dem Bundesvergabegesetz unterliegende Dienstleistung vor, da der Umfang, in dem die Dienstleistungen zu erbringen sind, nicht von der Antragsgegnerin festgelegt wird, sondern das diesbezügliche Risiko ausschließlich den Erbringer der Dienstleistungen trifft."

Das BVA verweist auf einen "Entwurf einer Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum öffentlichen Auftragswesen", ABl. Nr. C 94 vom 7.4.1999, und zitiert daraus wie folgt:

"Die Richtlinie 92/50/EWG enthält keine Definition des Begriffs 'Dienstleistungskonzession' [...]. Die Erkennungsmerkmale des im Rahmen der gemeinschaftlichen Rechtssetzung in der Richtlinie 93/37/EWG definierten Begriffs der Baukonzession gelten jedoch auch für den Begriff der Dienstleistungskonzession. Eine Konzession weist - unabhängig von ihrem Gegenstand - immer dieselben Merkmale auf. So ist zum Beispiel das Kriterium der Nutzung sowohl für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wie auch einer Baukonzession von entscheidender Bedeutung [...]. Entsprechend diesem Kriterium trägt der Unternehmer das Risiko der Nutzung der Dienstleistung, da er sein Entgelt zu einem bedeutenden Teil in welcher Form auch immer über den Benutzer - insbesondere durch die Erhebung von Gebühren - erhält.

...

Diese Mitteilung zu Auslegungsfragen bezieht sich daher auf staatliche Akte, durch die eine Behörde einem Dritten entweder vertraglich oder durch einen einseitigen Akt mit Zustimmung dieses Dritten die vollständige oder teilweise Durchführung von Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in ihre Zuständigkeit fallen und für die der Dritte das Hauptrisiko der Nutzung übernimmt. In der Mitteilung werden nur solche Dienstleistungen berücksichtigt, die in einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Artikel 52 bis 66 EG-Vertrag bestehen. Diese staatlichen Akte werden in der Folge als 'Konzessionen und analoge Formen der öffentlich-privaten Partnerschaft' bezeichnet."

Schließlich gelangt das BVA zu folgendem Schluss:

"Das für Dienstleistungskonzessionen wesentliche Element ist somit, dass der Unternehmer das Risiko für deren Nutzung trägt. Dies ist im gegenständlichen Fall gegeben, da der die Kassenplanstelle innehabende Arzt nicht nur das Haupt-, sondern das alleinige Risiko dafür trägt, wie viele Patienten seine ärztlichen Leistungen in Anspruch nehmen. Bezüglich des Umstandes, dass das Entgelt für die von ihm erbrachten Dienstleistungen seitens der Antragsgegnerin

und nicht direkt seitens der Nutzer erbracht wird, ist zu beachten, dass laut Mitteilung der Kommission 'Fälle, in denen der Preis vom Staat gezahlt wird, sofern er das Risiko nicht zu einem bedeutenden Teil ausschaltet, laut Definition als Konzession zu betrachten sind', 'da das Recht zur Nutzung des Werkes von einem Preis begleitet werden kann'.

Da es sich im gegenständlichen Fall um eine weder von der Dienstleistungsrichtlinie noch dem Bundesvergabegesetz erfasste Dienstleistungskonzession handelt, waren die Anträge spruchgemäß zurückzuweisen."

2. a) In den zu B1278/02, B1279/02 sowie B1311/02 protokollierten Beschwerden begründen die Beschwerdeführer ihre behauptete Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wie folgt:

"Im Rahmen von Kassenvertragsstellen werden Leistungen des Gesundheitswesens erbracht, weiche unter Kategorie 25 des Anhanges IV des BVergG zu subsumieren sind. Dienstleistungen des Anhanges IV des BVergG sind nichtprioritäre Dienstleistungen im Sinne des §3 Abs3 BVergG. Auf nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge sind nach dieser Bestimmung nur die Bestimmungen des ersten und des vierten Teiles des BVergG sowie §61, §63, §64 und §71 BVergG anzuwenden. Demnach erstreckt sich die Entscheidungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes auf die Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen. Dies ergibt sich schon aus der in §3 Abs3 BVergG normierten Anwendbarkeit des vierten Teiles des BVergG, der den Rechtsschutz regelt, auf nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge.

§61 BVergG regelt die Bekanntmachung des zu vergebenden Auftrages durch den Auftraggeber an das Amt für amtliche Veröffentlichung der europäischen Gemeinschaft (Abs1). Ferner hat der Auftraggeber die Bekanntmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, sofern der Auftraggeber ein Bundesministerium ist, anderenfalls jedenfalls im amtlichen Lieferungsanzeiger zu veröffentlichen (Abs3).

§63 BVergG regelt die Bekanntmachung vergebener Aufträge. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung hat jedoch bei nichtprioritären Dienstleistungen nur mit Einverständnis des Auftraggebers zu erfolgen (Abs2).

Ferner hat die Bekanntmachung auch bei Dienstleistungen im Sinne des Anhang IV des BVergG unter Verwendung der CPV zu erfolgen (§64 BVergG).

Letztlich haben die Ausschreibungsunterlagen gemäß §71 Abs1 BVergG auch bei nichtprioritären Dienstleistungen die technischen Spezifikationen zu enthalten.

Die hier einschlägigen Bestimmungen der §§61, 64 und 71 BVergG enthalten sohin Erfordernisse für die entsprechenden Bekanntmachungen und Veröffentlichung der zu vergebenden Aufträge.

[...]

Zudem kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er den öffentlichen Auftraggeber einer nichtprioritären Dienstleistung nicht zur Bekanntmachung und Veröffentlichung der Bekanntmachung (Ausschreibung) verpflichten wollte, gleichzeitig jedoch - abgesehen vom ersten und vierten Teil des BVergG - ausschließlich Bestimmungen über die Art und Weise bzw Form der Ausschreibung für nichtprioritäre Dienstleistung[en] für ausdrücklich anwendbar erklärte (§§61, 63, 64 und 71 BVergG). Dies hätte vor allem zur Konsequenz, dass - für den Fall, dass eine Ausschreibung nicht zu erfolgen hätte - die Teile eins und vier des BVergG nie zur Anwendung kämen. Die Anwendung der §§1 bis 15 in §3 Abs3 BVergG, die den Geltungsbereich regeln, wären inhaltslos.

Ferner wäre auch die Anwendbarkeit des vierten Teiles des BVergG, der die Rechtsschutzbestimmungen enthält, ohne Anwendungsmöglichkeit, da ohne Ausschreibung auch die Verletzung der in den §§61, 63, 64 und 71 BVergG enthaltenen Vorschriften nicht geprüft werden könnten, - da gäbe es eben keine Ausschreibungspflicht. Dies kann jedoch dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Wäre die Rechtsansicht der belangten Behörde zutreffend, wäre die Regelung des §3 Abs3 BVergG nämlich im Ergebnis gegenstandlos und würden nichtprioritäre Dienstleistungen nicht dem BVergG unterliegen."

In ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz erachten sich die Beschwerdeführer weiters dadurch verletzt, dass das BVA den gesetzlichen Grundlagen einen "nicht zusinnbaren" Inhalt unterstellt habe. Das BVA habe auch das Gebot der richtlinienkonformen Interpretation sowie "unmittelbar anwendbare europarechtliche Grundsätze gänzlich unberücksichtigt" lassen. Sollte der Verfassungsgerichtshof der Ansicht sein, dass das BVA zur Überprüfung der Einhaltung des Diskriminierungsverbotes entgegen der Ansicht der

Beschwerdeführer nicht zuständig sei, stünde die in §3 Abs3 BVergG normierte Einschränkung der Zuständigkeit zur Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung im Widerspruch zu den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG.

b) In der zu B1442/02 protokollierten Beschwerde führt der Beschwerdeführer bezogen auf die im dort angefochtenen Bescheid vertretene Ansicht des BVA, wonach die Vergabe eines nicht dem BVergG unterliegenden Dienstleistungskonzessionsvertrages vorliege, Folgendes aus:

"Weder die Richtlinie 92/50/EWG (Dienstleistungsrichtlinie) noch das hier geltende BVergG enthält eine Definition des Begriffes 'Dienstleistungskonzession'. Im allgemeinen wird zur Definition der Dienstleistungskonzessionen auf die vom Europäischen Rat später abgelehnten Kommissionsvorschläge verwiesen. Der Vorschlag der Kommission vom 13.12.1990 definiert in Artikel 1 lith des Richtlinienvorschlages die Dienstleistungskonzession als 'Vertrag [...], der zwischen einem Auftraggeber und einer anderen Stelle geschlossen wird, und aufgrund dessen der Auftraggeber die Ausführung einer Tätigkeit zugunsten der Öffentlichkeit, die seiner Verantwortung untersteht, einer anderen Stelle seiner Wahl überträgt, die die Tätigkeit gegen das Recht zur Nutzung dieser Tätigkeit oder gegen dieses Recht zuzüglich zur Zahlung eines Preises ausführt.'

Über die - sich aus dieser Definition ableitbaren - Merkmale einer Dienstleistungskonzession herrscht weitgehend Einigkeit. So liegt eine Dienstleistungskonzession dann vor, wenn

-

der Auftragnehmer Leistungen an Dritte erbringt,

-

sein Entgelt dafür von Dritten erhält und

-

das mit der Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko

trägt.

In einer Entscheidung hat der EuGH die Merkmale 'Leistungen an Dritte' und 'Bezahlung durch Dritte' bestätigt. Nach dieser Entscheidung liegt ein Dienstleistungskonzessionsvertrag nur dann vor, wenn zwischen dem Konzessionsnehmer und dem Dritten ein Vertrag zustande kommt, in dem sich der Konzessionsnehmer zur Erbringung der Dienstleistung und der Dritte zur Leistung eines Entgeltes verpflichten.

Für den vorliegenden Fall lässt sich hinsichtlich der einzelnen Merkmale folgendes festhalten:

-

Bei einer Dienstleistungskonzession werden die Dienstleistungen nicht dem Auftraggeber, sondern am Vertrag nicht beteiligten Dritten erbracht. Dies ist gegenständlich der Fall, da der in Vertrag genommene Arzt seine Leistung nicht gegenüber der Vergebenden Stelle, sondern gegenüber der Allgemeinheit/Öffentlichkeit erbringt.

-

Hingegen liegt das Kriterium, dass der Auftragnehmer vom Auftrageber kein Entgelt oder nur einen Teil des Entgeltes enthält, gegenständlich nicht vor. Der Auftraggeber entlohnt den Vertragsarzt direkt für die von ihm erbrachten Leistungen am Patienten. Der Kassenvertragsarzt kann von den Patienten für die erbrachte Dienstleistung selbst kein Entgelt (auch nicht bloß teilweise) verlangen. Zwischen Arzt und Patienten liegt bloß ein Behandlungsvertrag vor. Vielmehr erhält die Vergebende Stelle monatlich einen Beitrag von den Patienten (Sozialversicherung). Auch die zu entrichtende Krankenscheingebühr ist an die Vergebende Stelle direkt zu leisten.

Die belangte Behörde stützt ihre Entscheidung auf den Entwurf einer Mitteilung der Kommission (ABl Nr. C 94 vom 7.4.1999), wonach Fälle, in denen der 'Preis' (für die Benützung) vom Staat gezahlt wird, sofern dadurch das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers nicht zu einem bedeutendem Teil ausgeschaltet wird, laut Definition als Konzession zu betrachten ist.

Diese Aussage der Kommission ist aber nur teilweise auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. In dem von der belangten Behörde zitierten Entwurf erörtert die Kommission nämlich den Begriff der Baukonzession. Der Gegenstand

von Baukonzessionen unterscheidet sich aber - auch nach Ansicht der Kommission - naturgemäß wesentlich von dem der Dienstleistungskonzessionen. Die Zahlung eines Preises, daher des Benutzungsentgeltes, durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer ist bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen klassischen Bauauftrag oder eine Baukonzession handelt, von der Bezahlung eines Werklohnes für die Errichtung des Bauwerkes zu unterscheiden. Bei dem von der Kommission im Zusammenhang mit Baukonzessionen genannten Ausnahmefall (Zahlung des gesamten 'Preises') leistet daher der 'Staat' nicht das Entgelt für die ausgeschrieben gewesene Leistung, sondern übernimmt das: vom Leistungsempfänger üblicherweise zu zahlende Benützungsentgelt, um die Allgemeinheit zu entlasten. Es handelt sich hiebei also nicht um eine Gegenleistung (Entgelt), sondern um eine Art von Förderung.

Bei den im Rahmen eines Kassenvertrages zu erbringenden Leistungen handelt es sich um die Erbringung einer Dienstleistung, sodass der von der Kommission für Baukonzessionen erörterte Ausnahmefall - wie bereits ausgeführt - auf den gegenständlichen Fall nicht übertragen werden kann. Dennoch muss auch hier klar zwischen Beteiligung am Nutzungsentgelt ('Förderung') und Entgelt als Gegenleistung für die 'eingekaufte' Dienstleistung unterschieden werden. Fest steht vielmehr, dass der Sozialversicherungsträger (Staat) unmittelbar ein Entgelt für die ausgeschrieben gewesene Dienstleistung leistet; eine 'Nutzung' im eigentlichen Sinn, wonach dem Vertragsarzt das Recht zu[r] Einhebung eines Entgeltes (Gebühren) eingeräumt wird, liegt hier eben nicht vor.

Zudem hat die Kommission in ihrem Entwurf aus dem Jahr 1999 festgehalten, dass es sich dann um öffentliche (Bau-)Aufträge im Sinne des Gemeinschaftsrechts handle, soweit der Auftraggeber die Kosten (= Werklohn) vollumfänglich trage. Aus der Definition des Begriffes der Dienstleistungskonzession ergibt sich daher nicht, dass eine Konzession immer dann vorliegt, wenn der vom öffentlichen Auftraggeber ausgezahlte Betrag die Kosten der Leistung zur Gänze deckt. Diese Auffassung würde dieses Definitionsmerkmal ins Gegenteil verkehren; dieses Unterscheidungsmerkmal wäre nicht mehr gegeben.

Vielmehr kommt es also darauf an, ob der Staat zur Leistung einer adäquaten Gegenleistung für den ausgeschrieben gewesenen Auftrag aus einem zweiseitig verpflichtenden Vertragsverhältnis verpflichtet ist, oder aber einen Anteil an den 'Gebühren' übernimmt. Im ersten Fall liegt ein klassischer Auftrag vor, im zweiten eine Konzession.

Dies hat die belangte Behörde jedoch verkannt. Vielmehr liegt gegenständlich ein Dienstleistungsauftrag vor, da der Auftraggeber dem Vertragspartner für bestimmte Dienstleistungen ein bestimmtes und bestimmbares Entgelt zahlt.

-

Zudem fehlt das für die Qualifikation als Dienstleistungskonzession wesentliche Kriterium des 'wirtschaftlichen Risikos', wenn Auftraggeber und Auftragnehmer schon vorweg ein Entgelt bestimmt haben oder dieses vorweg bestimmbar ist.' Im vorliegenden Fall ist die Höhe des Entgelts das der Arzt für die Behandlung des Patienten erhält im voraus festgelegt.

Ferner wird dem Kassenvertragsarzt durch dieses System ein Mindesteinkommen gesichert, da ihm ein bestimmtes Gebiet zur medizinischen Betreuung der Bevölkerung zugeordnet ist. Die Burgenländische Gebietskrankenkasse kommt durch die Vergabe von Kassenverträgen nämlich ihrem gesetzlichen Auftrag nach, die Bevölkerung ausreichend medizinisch zu versorgen (vgl. §338 Abs2 ASVG). Die Kassenplanstellen sind daher örtlich so zu verteilen, dass die medizinische Versorgung flächendeckend und ausgewogen ist, also keine 'Unter- und Überversorgung' gegeben ist. Durch die in §11 Abs2 Zif 1 des Gesamtvertrages, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Burgenland und der Burgenländischen Gebietskrankenkasse, vorgesehenen verpflichtenden Öffnungszeiten der Ordination von 20 Stunden pro Woche und der Refundierung eines (verminderten) Betrages von 80% des Honorars an sozialversicherte Patienten eines Wahlarztes hat der Staat die wirtschaftliche Position des Kassenvertragsarztes zusätzlich gestärkt. Damit soll sein wirtschaftliches Überleben gesichert werden, um eine kontinuierliche und lückenlose Versorgung der Bevölkerung garantieren zu können.

Entgegen der Ansicht der belangten Behörde trägt der Vertragsarzt nur ein geringeres wirtschaftliches Risiko.

Darüber hinaus sei erwähnt, dass die belangte Behörde in ihren jüngst ergangenen Entscheidungen Leistungen, die im Rahmen einer Kassenvertragsstelle erbracht werden, als Dienstleistungen im Sinne des Anhang IV des BVergG (nichtprioritäre Dienstleistungen) qualifiziert haben.

Warum es sich nunmehr bei der Vergabe von Kassenplanstellen um die Vergabe von Dienstleistungskonzession[en] handeln soll, begründet das Bundesvergabeamt in dem angefochtenen Bescheid nicht nur nicht, sondern erwähnt die zitierten Entscheidungen mit keinem Wort."

3. Die mitbeteiligten Parteien sind dem Beschwerdevorbringen im Einzelnen entgegen getreten. Übereinstimmend wird dabei die Auffassung vertreten, dass die Vergabe von Kassenplanstellen nicht unter das BVergG zu subsumieren sei. Insbesondere seitens der Kärntner Gebietskrankenkasse wird darauf verwiesen, dass nur der Patient im Einzelfall einen Auftrag an den Kassenvertragsarzt erteile. Die Gebietskrankenkasse selbst vergebe keine Dienstleistungsverträge, sondern verpflichte sich dem Vertragsarzt gegenüber nur, die vom Arzt dem Patienten gegenüber erbrachte Leistung entsprechend zu honorieren.

4. a) Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt oder in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt (zB VfSlg. 9696/1983), etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (zB VfSlg. 10.374/1985, 11.405/1987, 13.280/1992).

Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 11.682/1988) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat.

b) Die Beschwerdeführer sind mit ihrem Vorbringen im Ergebnis nicht im Recht:

Das BVA hat in den angefochtenen Bescheiden die Frage offen gelassen, ob die Vergabe einer Kassenplanstelle überhaupt einen Vorgang darstellt, der dem BVergG unterliegt. In den zu B1278/02, B1279/02 sowie B1311/02 protokollierten Beschwerden hat das BVA im Wesentlichen die Meinung vertreten, dass es sich der Sache nach aber um nicht-prioritäre Dienstleistungen im Sinne des Anhangs IV des BVergG handeln würde; diesbezüglich wäre der Prüfungsmaßstab der Behörde in materiell-rechtlicher Hinsicht auf die Überprüfung der Einhaltung allgemeiner Grundsätze beschränkt.

Den Beschwerdeführern ist zunächst zuzustimmen, dass die geleistete Begründung des BVA die Zurückweisung der Anträge nicht zu tragen vermag: Das BVergG 1997 ordnet für Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen gemäß Anhang IV sind, die (bloße) Anwendung der Bestimmungen des ersten und vierten Teiles sowie der §§61, 63, 64 und 71 an (§3 Abs3 BVergG). Durch die Verbindlicherklärung des vierten Teils des BVergG ist klargestellt, dass der Gesetzgeber offenkundig jene zitierten Vorschriften dahin zur Geltung bringen wollte, dass er darin verbriefte Verhaltenspflichten des Auftraggebers einer Kontrolle durch das BVA zugänglich machen wollte. Es wäre nicht verständlich, welcher Sinn der Anordnung des Bundesgesetzgebers beizumessen wäre, dass auf nicht-prioritäre Dienstleistungen auch der vierte Teil des Gesetzes (Bestimmungen über den vergabespezifischen Rechtsschutz) Anwendung finden solle, wenn die für nicht-prioritäre Dienstleistungen geltenden materiellen Bestimmungen nicht so zu verstehen wären, dass diesen widerstreitende rechtswidrige Entscheidungen einer Nichtigerklärung zugänglich gemacht werden können. Vor diesem Hintergrund hätte sich das BVA daher mit der Frage auseinander zu setzen gehabt, ob nicht etwa bereits der mit Spruchpunkt I. der angefochtenen Bescheide zurückgewiesene Antrag der Beschwerdeführer, die Ausschreibung der Kassenvertragsstellen in den jeweiligen Publikationsmedien für nichtig zu erklären, angesichts des Regelungsgehalts des §61 (Vorschriften betreffend die Bekanntmachung) einer meritorischen Erledigung zugänglich gewesen wäre.

Für die Beschwerdeführer ist dadurch aber nichts gewonnen. Das BVA hat die gestellten Anträge nämlich zwar mit unzutreffender Begründung, im Ergebnis aber rechtskonform zurückgewiesen:

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 BVergG: Es obliegt den Krankenversicherungsträgern für die Krankenbehandlung der Versicherten ausreichend Vorsorge zu treffen (§23 Abs5 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 Einzelvertrags determiniert (§342 Abs1 Z2 ASVG). Die Auswahl der Vertragsärzte erfolgt im Anschluss daran im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer. Durch den Abschluss solcher Verträge wird den Leistungsberechtigten die Heilbehandlung in der Regel kostenfrei verschafft. Die dabei anfallenden Kosten werden

nämlich direkt zwischen Krankenversicherungsträger und den einzelnen Leistungserbringern verrechnet (vgl. Mosler, Probleme bei der "Vergabe" von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen, RdA 1996, 430). 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 BVergG 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 (vgl. in diesem Sinne auch VfSlg. 16.697/2002 betreffend Krankentransportdienstleistungen). Mangels Vorliegens eines Dienstleistungsverhältnisses iS des BVergG 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.

Für die Ausübung des im Gesamtvertrag verbrieften Vorschlagsrechtes zur Besetzung einer Kassenvertragsstelle ist im ASVG ein gesondertes Verfahren vorgesehen (§343 ASVG), gegen das aus Anlass der vorliegenden Beschwerden keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Streitigkeiten um die Vertragsarztauswahl und insbesondere die Gleichbehandlung der Bewerber sind kraft §1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten auszutragen (vgl. etwa OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x).

Im Ergebnis haben die Beschwerdeführer vor dem BVA sohin die Nachprüfung von "Vergabevorgängen" begehrt, die dem BVergG nicht unterliegen und folglich auch einem Rechtsschutzverfahren vor dem BVA nicht zugänglich gemacht werden können. Der Zurückweisung der Anträge durch das BVA ist daher nicht entgegen zu treten. Dieses Ergebnis steht auch nicht in einem Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht, dessen sekundärrechtliche Vorgaben auf eben jenen Kriterien beruhen, die auch dem BVergG immanent sind. Auch werfen sich in diesem Zusammenhang keine Fragen auf, die einer Klärung durch den EuGH bedürften und deren Nichtvorlage die Beschwerdeführer in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzen könnten.

Die Beschwerden waren daher abzuweisen.

III. Die Äußerungen der mitbeteiligten Parteien haben zur Rechtsfindung beigetragen, weshalb ihnen Kostenersatz im begehrten Umfang gebührt. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §88 VfGG. Im zugesprochenen Betrag ist jeweils Umsatzsteuer in der Höhe von € 327,-- enthalten.

IV. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne vorangegangene mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

Schlagworte

Behördenzuständigkeit, Bescheidbegründung, EU-Recht Richtlinie, Gericht Zuständigkeit - Abgrenzung von Verwaltung, Sozialversicherung, Ärzte, Vergabewesen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VFGH:2004:B1278.2002

Dokumentnummer

JFT_09958870_02B01278_00

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, http://www.vfgh.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at