



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Vertragspartnerrecht in der österreichischen
Sozialversicherung -

Die In-Vertragnahme von Kassenärzten“

Verfasser

Mag. iur. Julia Moser

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Walter Schrammel

Der Kopf ist rund, damit die Gedanken ihre Richtung ändern können.

(Francis Picabia, 1879 – 1953)

Vorwort

Zunächst danke ich Herrn *Univ.-Prof. Dr. Walter Schrammel* für die Betreuung der Dissertation, seine wertvollen inhaltlichen Anregungen und die außerordentlich rasche Korrektur der Arbeit.

Erste praktische Erfahrungen in dem der Dissertation zugrunde liegenden Rechtsbereich konnte ich als Rechtsanwaltsanwärtlerin in der Anwaltskanzlei *Spitzauer & Backhausen* sammeln. Mein besonderer Dank gilt daher *Dr. Katharina Langer* und *RA Dr. Georg Backhausen*, die nicht nur die Wahl des gegenständlichen Dissertationsthemas angeregt haben, sondern auch zur stetigen wissenschaftlichen Diskussion bereit waren und von deren langjähriger Erfahrung im Bereich des Medizinrechts ich nicht nur einmal profitieren durfte. Ohne ihre stete Unterstützung wäre das Verfassen der Dissertation in so kurzer Zeit nicht zu bewerkstelligen gewesen. Insbesondere *RA Dr. Georg Backhausen* hat mir auch nach meinem Verlassen der Kanzlei zahlreiche Informationen zukommen lassen, die für die Vollständigkeit der Arbeit unerlässlich waren und für mich eine enorme Erleichterung bei der Stoffsammlung bedeuteten.

Die vorliegende Arbeit entstand schließlich neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärtlerin in der Anwaltssozietät *Graf & Pitkowitz*. Herrn *RA Mag. Jakob Widner LL.M.* möchte ich an dieser Stelle für sein Entgegenkommen und Verständnis für meine wissenschaftlichen Ambitionen meinen Dank aussprechen.

Meiner Schwester *Marlene* danke ich für ihre beständige Zusprache und Motivation und dafür, immer für mich da zu sein.

Ich widme diese Dissertation meinen Eltern, von denen ich - nicht nur in Zusammenhang mit Ausbildung und Beruf - immer wieder lerne und denen ich so Vieles verdanke.

Wien, im September 2009

Julia Moser

Gliederung

Vorwort	iii
Inhaltsverzeichnis	iv
Abkürzungsverzeichnis	8
Einleitung	11
Teil I: GRUNDLAGEN DES VERTRAGSPARTNERRECHTS	19
1 Das System der gesetzlichen Krankenversicherung	19
1.1 Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung	19
1.1.1 Die Krankenversicherungsträger	20
1.1.2 Die Risikogemeinschaft	21
1.2 Das Versicherungsverhältnis	22
1.2.1 Die gesetzliche Pflichtversicherung	23
1.2.2 Die Formalversicherung	24
1.2.3 Die freiwillige Versicherung	25
1.3 Das Leistungsverhältnis	26
1.3.1 Die Aufgaben der Krankenversicherung	26
1.3.2 Die Leistungsvoraussetzungen	27
1.3.3 Überblick über die Versicherungsfälle und die daraus zustehenden Leistungen	27
1.3.4 Versicherungsfall der Krankheit	28
1.3.5 Der Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit	31
1.3.6 Der Versicherungsfall der Mutterschaft	32
1.4 Die Leistungserbringung	32
1.4.1 Das Sachleistungsprinzip	34
1.4.2 Das Kostenerstattungsprinzip	35
1.5 Die gesetzliche Sachleistungsvorsorge	37
1.5.1 Die relevanten Regelungen im ASVG	37
1.5.2 Die Pflicht zur Gewährung von Sachleistungen	39
1.5.2.1 Begriff Naturalleistung vs Sachleistung	40
1.5.2.2 Keine Naturalleistungsverpflichtung der KVTr im ASVG	42
1.5.2.3 Kein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Gewährung von Sachleistungen	46

2	Die Beziehungen zwischen KVTr und Ärzten	47
2.1	Die Organisation der Sachleistungsvorsorge.....	47
2.1.1	Die Sachleistungsvorsorge durch Vertragspartner	47
2.1.2	Die Organisationspflicht der Sozialversicherungsträger	48
2.2	Die privatrechtlichen Verträge iSd §§ 338 ff ASVG.....	49
2.2.1	Der Gesamtvertrag	49
2.2.1.1	Der Abschluss des Gesamtvertrages.....	49
2.2.1.2	Die Rechtsnatur des Gesamtvertrages	51
2.2.1.3	Der Inhalt des Gesamtvertrages.....	56
2.2.1.3.1	Der Stellenplan.....	57
2.2.1.3.2	Die Regeln über die Auswahl der Vertragsärzte	59
2.2.1.4	Die Instrumente der Streitschlichtung	60
2.2.1.4.1	Die Landesschiedskommissionen.....	61
2.2.1.4.2	Die Bundesschiedskommission	62
2.2.1.5	Der Beginn und die Beendigung des Gesamtvertrages	63
2.2.1.6	Der vertragslose Zustand.....	65
2.2.1.7	Die Zulässigkeit von Vereinbarungen während des vertragslosen Zustands.....	67
2.2.1.8	Die Notwendigkeit eines Neuabschlusses von Einzelverträgen nach Ende des vertragslosen Zustands	72
2.2.1.9	Der „kassenfreie Raum“	74
2.2.2	Der Einzelvertrag	79
2.2.2.1	Der Inhalt des Einzelvertrages.....	79
2.2.2.2	Die Rechtsnatur des Einzelvertrages	80
2.2.2.3	Die Beendigung des Einzelvertrages.....	85
2.2.2.4	Der Abschluss eines befristeten Einzelvertrages	88
2.2.2.5	Der Abschluss eines Einzelvertrages unter einer Resolutivbedingung... ..	94
2.2.2.6	Die Instrumente der Streitschlichtung	96
2.2.2.6.1	Die Paritätischen Schiedskommissionen.....	96
2.2.2.6.2	Die Landesberufungskommissionen	98
2.2.2.6.3	Die Qualität der Paritätischen Schiedskommissionen und der Landesberufungskommission als Tribunale iSd Art 6 EMRK.....	99
2.2.3	Die Alternative zum Kassenvertrag: Wahlärzte.....	100

Teil II:	VERGABEVERFAHREN.....	103
3	Der Weg zum praktizierten Auswahlverfahren	103
4	Die Auswahl der Vertragspartner durch die KVTr.....	105
4.1	Das formelle Auswahlverfahren.....	105
4.1.1	Die Rechtsgrundlagen	105
4.1.1.1	Die relevanten vertragspartnerrechtlichen Bestimmungen des ASVG...	105
4.1.1.2	Die gesamtvertraglichen Bestimmungen.....	107
4.1.1.3	Die Bestimmungen der Reihungskriterienverordnung	111
4.1.1.4	Die Reihungsrichtlinien.....	113
4.1.2	Das Verhältnis der Reihungskriterienverordnung zu den gesamtvertraglichen Regelungen	122
4.2	Die materiellen Auswahlkriterien.....	124
4.2.1	Die Bestimmungen der Reihungskriterienverordnung.....	125
4.2.2	Die Bestimmungen der Richtlinien	126
4.2.2.1	Allgemeine und besondere fachliche Eignung	127
4.2.2.2	Wartezeit, Karenzzeiten, soziale Kriterien	130
4.2.2.3	Ausschlussgründe	132
4.2.2.4	Altersgrenzen.....	134
4.2.2.5	Behindertengerechter Zugang.....	135
4.2.3	Die Punkteschemata zur Bewertung der einzelnen Auswahlkriterien.....	136
4.2.3.1	Berufserfahrung.....	138
4.2.3.2	Fachliche Qualifikation	140
4.2.3.3	Wartezeit auf der Interessentenliste.....	141
4.2.3.4	Ernsthafte Bemühung um einen behindertengerechten Zugang	142
4.2.3.5	Karenzzeiten	142
4.3	Das Problem „Ordinationsablöse“	143
4.3.1	Die Bewertungsmethoden	146
4.3.2	Die Stellennachfolge in Wien.....	150
4.3.3	Die Nachfolgepraxis in Oberösterreich.....	154
4.3.4	Die Übergabe- und Nachfolgepraxis in Niederösterreich	157
4.3.4.1	Die Übergabepaxis	157
4.3.4.2	Das Gruppenpraxismodell „Nachfolgepraxis“	161
4.3.5	Eigene Beurteilung.....	165

5	Die Rechtmäßigkeit von Auswahlkriterien	167
6	Der Rechtsschutz	174
6.1	Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte	174
6.2	Die Anspruchsgrundlagen	176
7	Die grundrechtlichen Anforderungen an die Vergabe.....	180
7.1	Die Fiskalgeltung der Grundrechte.....	180
7.2	Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz	185
7.3	Der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern	189
7.4	Die Freiheit der Berufs- und Erwerbsausübung	190
8	Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Vergabe	199
8.1	Die Anforderungen an die gesamtvertragliche Normsetzung.....	199
8.2	Die Anwendbarkeit Bundesvergaberechts.....	202
8.2.1	Der persönliche Geltungsbereich	203
8.2.2	Der sachliche Geltungsbereich	205
8.2.3	Die Auftragsarten	206
8.2.4	Die Folgen einer Anwendung des BVergG 2006.....	208
8.2.5	Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes	217
9	Das Gemeinschaftsrecht.....	221
9.1	Die Niederlassungsfreiheit.....	222
9.2	Die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG)	227
9.3	Die Rechtsschutzrichtlinie (RL 89/665/EWG).....	228
9.4	Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG)	229
Teil III:	ZUSAMMENFASSUNG.....	236
	Literaturverzeichnis.....	251
10	Nationales Recht	251
10.1	Monographien, Aufsätze.....	251
10.2	Elektronische Downloads	260
10.3	Entscheidungen.....	261
10.4	Gesamtverträge und gesamtvertragliche Vereinbarungen	266
10.5	Gesetze und Gesetzesmaterialien	269
11	Gemeinschaftsrecht	272
Anhang	277

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
Abs	Absatz
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld	Burgenland, burgenländisch, -e
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BSK	Bundesschiedskommission
BVA	Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f (ff)	und der (die) folgende(n)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GKK	Gebietskrankenkasse
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Auffassung
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der (des)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit

krit	kritisch, -e
KVTr	Krankenversicherungsträger
LBK	Landesberufungskommission
lit	littera, Buchstabe
LSK	Landesschiedskommission
mAn	meiner Ansicht nach
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
N.N.	Name unbekannt
NÖ	Niederösterreich, niederösterreichisch, -e
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OÖ	Oberösterreich, oberösterreichisch, -e
RGBL	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer, -zahl
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SozVTr	Sozialversicherungsträger
StGBL	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
Stmk	Steiermark, steiermärkisch, -e
stRspr	ständige, -n Rechtsprechung
SV	Sozialversicherung
SVA	Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft
SVB	Sozialversicherungsanstalt der Bauern
Tir	Tirol
uA	und Andere, -r, -s
uU	unter Umständen
va	vor allem
vs	versus
VAEB	Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau
verb	verbunden, -e

VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl	Vergleich, -e
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Wr	Wiener
zB	zum Beispiel
Zif	Ziffer
zT	zum Teil

Einleitung

Das österreichische System der Sozialversicherung beruht auf dem Prinzip der Pflichtversicherung. Die Zugehörigkeit zur Krankenversicherung ist uA eine gesetzlich vorgesehene Folge von beruflicher Tätigkeit: Die Pflichtversicherung tritt kraft Gesetzes, *ex lege* ein, und zwar *ipso iure*, mit der Verwirklichung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes; sie wird daher auch „Zwangsvversicherung“, „*ipso-iure-Versicherung*“ oder „*ex-lege-Versicherung*“ genannt. Der Gesetzgeber hat die Pflichtversicherung vor allem an die Aufnahme einer bestimmten selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit bzw an den Bezug einer Pension geknüpft, wobei diese mit dem Beginn der Beschäftigung, des Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses bzw bei Selbständigen mit Erlangung der entsprechenden Berechtigung oder Aufnahme der versicherungspflichtigen Tätigkeit eintritt,¹ und zwar ganz unabhängig davon, ob eine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgenommen oder unterlassen wurde.²

Diese Regelungen dienen der Rechtssicherheit der Gemeinschaft und garantieren all jenen, die der Gesetzgeber für schutzbedürftig hält, auch bei Verzug oder Nichtanmeldung der meldepflichtigen Personen die entsprechende Sozialversicherung.³ Das Pflichtversicherungssystem erfasst nahezu alle in Österreich Erwerbstätigen und bestimmte ihrer Angehörigen.

Die Leistungserbringung erfolgt in Form von Sach- und Geldleistungen, wobei den Sachleistungen grundsätzlich der Vorzug zu geben ist (Sachleistungsprinzip).⁴ Diese Sachleistungen können entweder durch den KVTr selbst oder aber durch Dritte erbracht werden. Letzteres erfordert Regelungen, mit denen das Leistungssystem bereitgestellt und sein Ablauf organisiert wird. Dieses

¹ Vgl § 10 ASVG; § 6 GSVG. *Resch*, Sozialrecht³, 10 f.

² *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.2.1.1.; 1.2.1.3.; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 30 f; *Resch*, Sozialrecht³, 10 f; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 29 f.

³ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 29.

⁴ § 133 Abs 2 letzter Satz ASVG.

Regelwerk wird durch vertragliche Rechtsgestaltung auf Grundlage gesetzlicher Regelungen⁵ geschaffen.⁶

Dem Sachleistungsprinzip entsprechend, haben die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung nach hM ein Leistungssystem zu organisieren, das den versicherten Personen die Inanspruchnahme medizinischer Versorgung ermöglicht, ohne dass diese im Vorfeld selbst die Kosten der Behandlung zu tragen haben. Die Behandlungskosten werden vielmehr direkt zwischen KVTr und Leistungserbringer verrechnet (Direktverrechnung).⁷ Die Einbindung niedergelassener Ärzte als Leistungserbringer der Krankenbehandlung in das Sozialversicherungssystem erfolgt durch sog Kassen- oder Einzelverträge. Durch den Abschluss eines Kassenvertrages wird der jeweilige Arzt berechtigt und verpflichtet, ärztliche Hilfe für versicherte Personen gegen Direktverrechnung mit dem Träger der Krankenversicherung zu erbringen. Einem ohne Einzelvertrag praktizierenden niedergelassenen Arzt, dem sog Wahlarzt, ist der versicherte Patient aufgrund des individuell abgeschlossenen Behandlungsvertrages zur Zahlung des Honorars für die ärztliche Leistung verpflichtet. Gegenüber dem KVTr besteht gemäß § 131 ASVG bloß ein Anspruch auf teilweise Kostenerstattung.⁸

Genau wegen der Möglichkeit der Direktverrechnung zieht die überwiegende Mehrheit der Versicherten die Inanspruchnahme eines Vertragsarztes jener von Wahlärzten vor. Unter dem Aspekt, dass nahezu die gesamte österreichische Bevölkerung⁹ über eine entsprechende Krankenversicherung verfügt, erklärt sich bereits die generell sehr starke

⁵ §§ 338 ff ASVG.

⁶ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.2.1.; Resch, Sozialrecht³, 63; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 99 ff; Funk, VersRdSch 3/1995, 51 f.

⁷ Krejci, SozSi 1988, 302 ff; Geppert, DRdA 1987, 177.

⁸ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht⁵, 44.

⁹ Vgl Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg), Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2008, Kapitel 2 Krankenversicherung, 2: Im Jahr 2007 waren 8,2 Millionen Personen bzw 98,7 % der österreichischen Bevölkerung durch die soziale Krankenversicherung geschützt. 5,9 Millionen waren beitragsleistende Versicherte, 2,1 Millionen beitragsfrei mitversicherte Angehörige und 0,2 Millionen erhielten Schutz durch eine Krankenfürsorgeanstalt.

Nachfrage nach Kassenverträgen in der Ärzteschaft, welche das Angebot an zu vergebenden Einzelverträgen bei weitem übersteigt.¹⁰

Per Ende des Jahres 2007 waren in Österreich 42.146 Ärzte gemeldet und in die Ärzteliste eingetragen, wobei davon 6.468 noch in Ausbildung standen. Freiberuflich waren davon 15.341 tätig.¹¹ In einem Vertragsverhältnis zu den KVTr standen von diesen 4.146 Ärzte für Allgemeinmedizin und 3.624 Fachärzte. Das bedeutet, dass rund 51 % der freiberuflichen Ärzte im Rahmen der sozialen Krankenversicherung tätig wurden. Die Umsätze dieser Vertragsärzte beliefen sich im Berichtsjahr 2007 auf rund 2 Milliarden Euro. Von den freiberuflichen Zahnärzten standen zum Jahresende 2007 genau 2.883 und damit rund 78 % in einem Vertragsverhältnis zu den KVTr. Die Ausgaben der KVTr für Zahnbehandlung (konservierende und chirurgische Zahnbehandlung sowie Kieferregulierungen) und Zahnersatz betragen circa 745 Millionen Euro.¹²

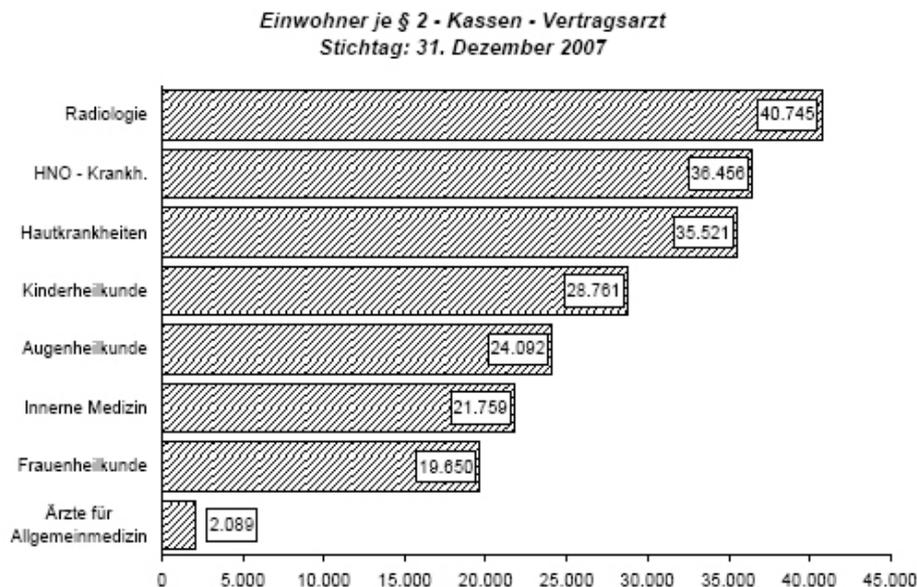


Abbildung 1: Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2008.

¹⁰ Aigner, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, III/33; Binder, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.1.

¹¹ Diese Zahl versteht sich ohne Wohnsitzärzte und ohne Zahnärzte.

¹² Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg), Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2008, Kapitel 2 Krankenversicherung, 4 ff.

Kassenverträge sind für niedergelassene Ärzte von existenzieller Bedeutung, denn sie sichern nicht nur ein regelmäßiges Einkommen, sondern gewährleisten auch eine relativ einfache Abrechnung und dies aufgrund der bestehenden gesetzlichen Regelungen im Grunde bis zu jenem Zeitpunkt, an dem der Kassenarzt seinen Vertrag nach eigener und freier Entscheidung zurücklegt. Obwohl sich Wahlärzte besonders in der finanziell gut situierten Gesellschaft immer größerer Beliebtheit erfreuen, zieht der Großteil der Versicherten die Konsultation eines Kassenarztes in aller Regel dem Wahlarzt vor. Umso bedeutender ist daher ein faires Zulassungsverfahren zur Erlangung eines Kassenvertrages.

Da die Vergabe von Kassenverträgen weder im Belieben des Versicherungsträgers liegt, noch jeder niedergelassene Arzt einen Kassenvertrag erhält,¹³ sieht das Gesetz eine Steuerung der Vergabe vor, wodurch einerseits die Anzahl der zu vergebenden Verträge begrenzt und die örtliche Verteilung geplant, kontrolliert und ausgeglichen wird.¹⁴ Eben diese Steuerungssysteme, deren Entwicklung und deren Rechtmäßigkeit werden Inhalt der vorliegenden Dissertation sein.

Die Beziehungen der SozVTr zu den freiberuflich tätigen Ärzten werden gemäß § 338 Abs 1 ASVG durch privatrechtliche Verträge, die sog Gesamtverträge, geregelt. Sie werden zwischen dem Hauptverband und den örtlich zuständigen Ärztekammern abgeschlossen¹⁵ und stellen das rechtliche Grundinstrument der Steuerung der Vergabe von Kassenverträgen dar. Die Gesamtverträge bestimmen zwingend und allgemeinverbindlich den Inhalt der

¹³ Vgl dazu schon die Materialien zum ASVG, aus denen hervorgeht, dass der Forderung der Ärzteschaft nach Zulassung aller Ärzte zur Kassenpraxis aus finanziellen Gründen nicht entsprochen werden konnte. AB 613 BlgNR VII.GP., 30.

¹⁴ *Funk*, VersRdSch 3/1995, 52.

¹⁵ *Korinek/Leitl-Staudinger*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 4.1.6.D.

Einzelverträge, die zwischen den KVTr und den niedergelassenen Ärzten abgeschlossen werden.¹⁶

Ursprünglich waren die Einzelheiten zum Ablauf des Auswahlverfahrens sowie die Kriterien für die Reihung der Bewerber um Einzelverträge ausschließlich in den Gesamtverträgen bzw in einzelnen auf diesen Gesamtverträgen basierenden Richtlinien, die zwischen den jeweiligen Ärztekammern und den Krankenkassen vereinbart wurden, geregelt. Nach § 342 Abs 1 Zif 1 ASVG hatte der Gesamtvertrag uA die Festsetzung der Zahl und der örtlichen Verteilung der Vertragsärzte zu regeln. Und zwar mit dem Ziel, dass unter Berücksichtigung der örtlichen und Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung im Sinne des § 338 Abs 2 erster Satz ASVG der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten und deren Angehörigen gesichert ist. In der Regel sollte die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten freigestellt sein. Nach § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG hatte der Gesamtvertrag auch eine Regelung über die Auswahl der Vertragsärzte zu enthalten. Gemäß § 343 Abs 1 ASVG sollte die Auswahl und der Abschluss der Einzelverträge zwischen dem zuständigen KVTr und dem Arzt nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages und im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer stattfinden.¹⁷

Nicht zuletzt durch die stetig zunehmende Anzahl der Bewerber um einen Einzelvertrag waren die Vergabesysteme in der Vergangenheit massiver Kritik ausgesetzt. Seitens der Ärzteschaft wurden immer wieder Versuche unternommen, die Vergabeentscheidungen zu torpedieren und sie einer nachprüfenden Kontrolle zu unterziehen.

¹⁶ Vgl §§ 341 Abs 3, 343 Abs 1 ASVG. *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.1., 5.3.3.4.; *Resch*, Sozialrecht³, 65; *Aigner*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, III/33; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 41 ff; Siehe dazu unten Punkt 2.2.1.

¹⁷ §§ 342 ff ASVG idF BGBl. Nr. 189/1955.

Von ihrem Inkrafttreten¹⁸ bis zur 58. Novelle¹⁹ zum ASVG im Jahr 2001 wurden die angeführten Normen über die Beziehungen zwischen den SozVTr und den Ärzten nicht wesentlich verändert, die Vertragsarztauswahl konnte daher im Gesamtvertrag ohne detaillierte Vorgaben des Gesetzgebers geregelt werden. Mit dieser Novelle wurde § 343 Abs 1 ASVG schließlich dahingehend ergänzt, dass der Bundesminister für Soziale Sicherheit und Generationen²⁰ auf Vorschlag der Österreichischen Ärztekammer und nach Anhörung des Hauptverbandes durch Verordnung verbindliche Kriterien für die Reihung der Bewerber festzusetzen hat. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass dabei auch die fachliche Eignung der Bewerber und die zeitliche Reihenfolge der Bewerbungen um Einzelverträge zu berücksichtigen ist; die Reihungskriterien haben jedenfalls dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zu entsprechen.²¹

Intention dieser Änderung der Bestimmung des § 343 Abs 1 ASVG war die nähere Determinierung der Kriterien für die Reihung der Bewerber um Kassenverträge. Dabei sollten *„um der besonderen Sensibilität der Vertragspartnerauswahl Rechnung zu tragen, auch die inhaltlichen Parameter vorgegeben werden, nach denen sich die Auswahl zu richten hat: So müssen – schon von Gesetzes wegen – insbesondere die fachliche Eignung der Bewerber und der Zeitpunkt ihrer Bewerbung Kriterien für die Reihung sein. Als (auch verfassungsrechtlicher) Rahmen für die (weiteren) Kriterien wird deren Übereinstimmung mit dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie der MRK ausdrücklich normiert.“*²²

Die auf Grundlage von § 343 Abs 1 ASVG erlassene *„Verordnung über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit*

¹⁸ BGBl. Nr. 189/1955.

¹⁹ BGBl I Nr. 99/2001.

²⁰ Nunmehr der Bundesminister für Gesundheit.

²¹ § 343 Abs 1 Satz 2 bis 4 ASVG.

²² RV 624 BlgNR XXI.GP.

den Krankenversicherungsträgern“, die sog Reihungskriterien-VO²³, trat mit 1.1.2003 in Kraft und legt nun erstmals verbindliche und bundeseinheitliche Kriterien für die Reihung der Bewerber um Einzelverträge im Verordnungsrang fest.²⁴

Die Reihungskriterien-VO soll für eine gerechte Vergabe der Einzelverträge Sorge tragen. Fraglich ist allerdings, ob damit bereits die von der Ärzteschaft in den letzten Jahren immer häufiger und vehementer eingeforderte Rechtmäßigkeit der Vergabepaxis in ausreichender Weise sichergestellt ist.²⁵

Die vorliegende Arbeit enthält zunächst eine Einführung in das österreichische Sozialversicherungsrecht, einen Überblick über die Regelungen der Krankenversicherung, sowie eine Darstellung des Vertragspartnerrechts zwischen KVTr und niedergelassenen Ärzten. Eingehen werde ich sowohl auf die für die Vergabe von Einzelverträgen relevanten Rechtsgrundlagen, den Ablauf des Vergabeverfahrens an sich, die heranzuziehenden Auswahlkriterien, als auch auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des rechtswidrig übergangenen Bewerbers. Insb wird auch die Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts bei der Besetzung von freien Kassenplanstellen zu prüfen sein.

Besondere Aufmerksamkeit soll sodann dem Problemkreis Stellennachfolge und insb der „Ordinationsablöse“ zukommen. Obwohl nicht als Reihungskriterium genannt, ist für den Erhalt des Einzelvertrages letztlich oft die erfolgreiche Verhandlung zwischen dem Übergeber einer bestehenden Kassenarztstelle und dem bestgereihten Bewerber über die Höhe der Ablöse ausschlaggebend. In diesem Zusammenhang werden insb die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes²⁶ behandelt, die sich mit der Zulässigkeit einer diesbezüglichen Einigung des Übergebers und des Übernehmers einer

²³ BGBl. II Nr. 487/2002.

²⁴ Seit ihrem Inkrafttreten wurde die Reihungskriterien-VO zweimal geändert. Diese Novellen sind jedoch für die in der vorliegenden Dissertation zu behandelnden Fragen nicht von Relevanz.

²⁵ In Wien etwa wurde der Erlass der Reihungskriterien-VO überhaupt gleich zum Anlass genommen, um das Vergabeverfahren einer umfassenden Neuregelung zu unterziehen.

²⁶ Insb. OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 5.8.2003, 7 Ob 165/03w; 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

Kassenplanstelle als Vergabekriterium beschäftigt haben. Ferner wird die Höhe und das Zustandekommen eines „*angemessenen Preises*“ sowie die Möglichkeit einer gesetzlichen Verankerung einer Ablöse besprochen.

Schließlich wird die gegenständliche Dissertation die Frage behandeln, ob die angewandten Reihungskriterien den Anforderungen des § 343 Abs 1 Satz 2 bis 4 ASVG, dem Gleichheitssatz, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention entsprechen, sowie ob sie weiteren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes gerecht werden können.

Teil I: GRUNDLAGEN DES VERTRAGSPARTNERRECHTS

1 Das System der gesetzlichen Krankenversicherung

1.1 Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung

Die Leistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung werden von den Trägern der gesetzlichen Sozialversicherung erbracht. Diese sind juristische Personen und Körperschaften des öffentlichen Rechts, daher mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und erfüllen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Ferner haben sie den teilweisen Charakter einer Anstalt, das heißt das Substrat der juristischen Person ist nicht die Gemeinschaft von Mitgliedern, sondern ein Bestand an sachlichen und persönlichen Mitteln, der dauernd bestimmten Zwecken der öffentlichen Verwaltung gewidmet ist. Der Staat hat die Versicherungsträger durch das Gesetz errichtet und ihre Organisationsform festgelegt. Die Mitglieder ihrer Organe werden von den Interessenvertretungskörperschaften nominiert und entsandt. In diesem Sinne weisen die Versicherungsträger auch Eigenschaften einer Personalkörperschaft auf. Grundsätzlich soll die Verwaltung durch die unmittelbar Betroffenen selbst erfolgen²⁷, weshalb die SozVTr auch Selbstverwaltungskörper sind.²⁸ Der Bund, genauer der zuständige Bundesminister²⁹ hat jedoch ein Aufsichtsrecht, was als Wesensmerkmal der Selbstverwaltung zu bezeichnen ist.³⁰

²⁷ Tatsächlich erfolgt die Organisation nicht durch die unmittelbar Betroffenen, also die Versicherten selbst, sondern vielmehr durch die Interessenvertretungskörperschaften.

²⁸ Vgl dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 927/1.

²⁹ Die Aufsicht über den Hauptverband der SozVTr obliegt nach dem Wortlaut des § 448 Abs 1 ASVG dem Bundesminister für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, nunmehr dem Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAK). Das Aufsichtsrecht über die übrigen Versicherungsträger kommt dem Bundesminister für Gesundheit und Frauen, nunmehr dem Bundesminister für Gesundheit (BMG) zu.

³⁰ §§ 448 ff ASVG; *Resch*, Sozialrecht³, 41; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 221; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 477 ff.

Sämtliche SozVTr sind im Hauptverband³¹ der SozVTr zusammengefasst, dessen Organe aus Vertretern der einzelnen Träger gebildet werden.³² Dieser ist gleichfalls Körperschaft öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltungsrecht.

Die SozVTr sind keineswegs einheitlich gegliedert, so gibt es SozVTr für ganz Österreich genauso wie SozVTr für einzelne Bundesländer oder selbst für einzelne Betriebe. Manche Träger sind für bestimmte Berufsgruppen zuständig, andere sind universell eingerichtet. Schließlich übernehmen einige SozVTr nur einen oder mehrere, manche hingegen alle Versicherungszweige.³³

1.1.1 Die Krankenversicherungsträger

Jene SozVTr, die die gesetzliche Krankenversicherung durchführen, werden als „Krankenversicherungsträger“ oder „Krankenkassen“ bezeichnet.³⁴ Im Falle der Dienstnehmer sind die Rechtsträger der Krankenversicherung hauptsächlich die Gebietskrankenkassen, welche für jedes einzelne Bundesland eingerichtet sind³⁵. Zu diesen kommen noch die Betriebskrankenkassen³⁶, deren Zuständigkeit sich auf den einzelnen Betrieb beschränkt sowie die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB).³⁷ Daneben bestehen sodann noch die sog „kleinen Kassen“, nämlich die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) und die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB).

³¹ Siehe zum Hauptverband ausführlich: *Korinek/Leitl-Staudinger*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 4.1.4.; 4.1.6.

³² *Korinek/Leitl-Staudinger*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 4.1.2.; *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 11, 81f.

³³ *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.2.2.4.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 32 f; *Resch*, Sozialrecht³, 38 ff.

³⁴ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 33; *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 11.

³⁵ § 23 Abs 1 und 2 ASVG.

³⁶ Dies sind nunmehr die BKK Tabakwerke, die BKK der Wiener Verkehrsbetriebe, die BKK Semperit, die BKK Mondi Business Paper, die BKK voestalpine Bahnsysteme (VABS), die BKK Zeltweg und die BKK Kapfenberg. Neue BKK dürfen nicht mehr errichtet werden.

³⁷ § 23 Abs 1 ASVG.

Die Gebiets- und die Betriebskrankenkassen führen ausschließlich die gesetzliche Krankenversicherung durch, während die übrigen SozVTr auch die gesetzliche Unfall- oder Pensionsversicherung bzw teilweise auch alle drei Versicherungen betreuen.

Unter den sog „§ 2-Kassen“ (ASVG-Krankenkassen) sind jene KVTr zu verstehen, die als Vertragsparteien in § 2 der Ärztesgesamtverträge angeführt sind, nämlich grundsätzlich die Gebietskrankenkassen, die Betriebskrankenkassen und die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau mit dem Sitz in Wien.³⁸

1.1.2 Die Risikogemeinschaft

Das Versicherungssystem geht davon aus, dass derjenige, der seine Arbeitskraft zu Erwerbszwecken einsetzt, idR zur Finanzierung seines Lebensunterhaltes auf den daraus gezogenen Erwerb angewiesen ist und dass dieser Erwerb meist nicht ausreicht, vorübergehende oder endgültige Störungen des Arbeitskrachteinsatzes im Falle einer Krankheit, eines Unfalles, der Mutterschaft, des Alters, etc zu überbrücken. Die dadurch drohenden Notsituationen durch den Zusammenschluss aller Gefährdeten in einer Risikogemeinschaft zu verhindern, ist die Hauptaufgabe der gesetzlichen Sozialversicherung. Es findet ein Leistungsaustausch statt, indem die Mitglieder der Risikogemeinschaft aus ihrem Erwerbseinkommen Beiträge zur Sozialversicherung leisten. Umgekehrt erbringt die Risikogemeinschaft bei Eintritt des Leistungsfalles aus der Versicherung Geld- und Sachleistungen. Die Gefahren des Einzelnen werden somit auf die Risikogemeinschaft verteilt. Die Sozialversicherung ist *„kollektive Vorsorge für bestimmte Lebenslagen, die bei einzelnen Mitgliedern der Risikogemeinschaft eintreten können“*.³⁹

³⁸ *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 11.

³⁹ *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.2.1.1.; *Resch*, Sozialrecht³, 10.

1.2 Das Versicherungsverhältnis

Das Sozialversicherungsverhältnis muss grundsätzlich nicht eigens durch Willenserklärung vertraglich begründet werden, die Begründung erfolgt vielmehr entweder „*als automatische Nebenfolge*“ eines in eine andere Richtung zielenden rechtserheblichen Verhaltens des Versicherten, nämlich vor allem der Aufnahme einer bestimmten Erwerbstätigkeit, oder aufgrund einer einseitigen Erklärung des Versicherungsberechtigten. Zwischen dem Versicherungsträger, dem Versicherten und bestimmten Dritten (etwa dem Dienstgeber), besteht ein einheitliches Rechtsverhältnis aus Rechten und Pflichten, das sog. „*sozialversicherungsrechtliche Schuldverhältnis*“⁴⁰. Dieses Rechtsverhältnis entspringt überwiegend dem öffentlichen Recht, nämlich dem materiellen Verwaltungsrecht.⁴¹

Dieses Rechtsverhältnis wird zur erleichterten Darstellung üblicherweise zweigeteilt, und zwar in das Versicherungsverhältnis einerseits und das Leistungsverhältnis andererseits:

Das Versicherungsverhältnis begründet lediglich die Anwartschaft auf Versicherungsleistungen und es bestimmt Beitrags- und Nebenpflichten der Versicherten; es umfasst alle mit der Beitragspflicht zusammenhängenden Rechte und Pflichten. Das Versicherungsverhältnis entsteht an jenem Tag, an dem der Tatbestand verwirklicht wird, an den das Gesetz die Versicherungspflicht knüpft; dies ist idR der Tag der Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit, oder an dem der freiwillige Beitritt zur Versicherung erfolgt. Es endet mit dem Tag, an dem die gesetzlichen Voraussetzungen wieder wegfallen bzw mit dem freiwilligen Austritt des Versicherungsnehmers.

Das Leistungsverhältnis hingegen entsteht mit dem Eintreten der materiellen und formellen Voraussetzungen für die Leistung der Sozialversicherung. Materielle Voraussetzung ist vor allem der Eintritt des Versicherungsfalles,

⁴⁰ *Krejci*, VersRdSch 1973, 210 ff.

⁴¹ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 28.

formelle Voraussetzung die Antragstellung. Das Leistungsverhältnis ist jener Teil des sozialversicherungsrechtlichen Schuldverhältnisses, der die Erbringung von Leistungen zur Abdeckung sozialversicherungsrechtlich geschützter Risiken zum Inhalt hat.⁴²

Das österreichische Sozialversicherungsrecht sieht für das Versicherungsverhältnis drei Grundformen vor: das Pflichtversicherungsverhältnis, das freiwillige Versicherungsverhältnis und das Formalversicherungsverhältnis.⁴³ Für die vorliegende Dissertation steht das Pflichtversicherungsverhältnis aber jedenfalls im Vordergrund der Darstellung.⁴⁴

1.2.1 Die gesetzliche Pflichtversicherung

Wie bereits erwähnt, tritt die Pflichtversicherung nicht als Folge einer Willenserklärung, sondern *ex lege* ein, und zwar *ipso iure* mit der Verwirklichung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes. Ganz unabhängig davon, ob eine Meldung zur Sozialversicherung vorgenommen wird oder nicht, tritt die Versicherungspflicht vor allem mit der Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit bzw mit dem Bezug einer Pension ein. Auch die Beendigung des Pflichtversicherungsverhältnisses ist, unabhängig von einer Willenserklärung des Versicherten, automatische Folge des Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen. Das Pflichtversicherungssystem erfasst damit nahezu alle in Österreich Erwerbstätigen sowie bestimmte ihrer Angehörigen.

Mit der Pflichtversicherung korrespondiert eine gesetzliche Meldepflicht.⁴⁵ Da die Pflichtversicherung *ipso iure* entsteht, ist die An- und Abmeldung zur

⁴² Krejci/Marhold/Karl, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.1.; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.1.1.1.; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 28 ff.

⁴³ Krejci/Marhold/Karl, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.1.

⁴⁴ Zur freiwilligen Versicherung und Formalversicherung siehe eingehend: Krejci/Marhold/Karl, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.3. und 1.4.; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 30 ff.

⁴⁵ §§ 33 ASVG; §§ 11 – 13, 16 B-KUVG.

Sozialversicherung keine notwendige Voraussetzung des Beginnes oder des Endes des Pflichtversicherungsverhältnisses. Aus verwaltungstechnischen Gründen soll der SozVTr aber rechtzeitig von allen Tatsachen, die für Bestand und Inhalt des Versicherungsverhältnisses von Bedeutung sind, Kenntnis erlangen. Die Meldebestimmungen sind daher als Ordnungsbestimmungen aufzufassen.⁴⁶

1.2.2 Die Formalversicherung

Der Vollständigkeit halber soll im Folgenden auch die Formalversicherung⁴⁷ umrissen werden.

Diese dient vorwiegend dem Vertrauensschutz der betroffenen Versicherten. Denn oftmals liegen in der Praxis Zweifelsfälle vor, in denen nicht eindeutig klar ist, ob ein Rechtsverhältnis vorliegt, das eine Pflichtversicherung begründet oder ein solches, das gerade keine Pflichtversicherung auslöst. Daher sieht das Gesetz vor, dass, sofern jemand vorbehaltlos und nicht vorsätzlich unrichtig zur Sozialversicherung gemeldet wird, die Beiträge über einen entsprechenden Zeitraum⁴⁸ geleistet hat und diese vom jeweiligen SozVTr auch unbeanstandet angenommen wurden, die Formalversicherung greift. Dies hat zur Folge, dass der Betroffene jedenfalls bis zur formellen bescheidmäßigen Aufhebung pflichtversichert ist. Mit dem Eintritt einer gültigen Pflichtversicherung bzw einer freiwilligen Versicherung endet die Formalversicherung. Die Formalversicherung ruft im Übrigen genau dieselben Rechtswirkungen wie eine reguläre Pflichtversicherung hervor.⁴⁹

⁴⁶ *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.2.4.1.1.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 55 f.

⁴⁷ §§ 21, 22 ASVG.

⁴⁸ Nach dem ASVG muss die Betragsleistung über einen Zeitraum von mindestens drei Monaten, nach dem B-KUVG, BSVG und GSVG von mindestens sechs Monaten erfolgen, um eine Formalversicherung auszulösen.

⁴⁹ Siehe zur Formalversicherung eingehend: *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.3.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 30 ff; *Resch*, Sozialrecht³, 23 f.

1.2.3 Die freiwillige Versicherung

Die dritte Grundform, das freiwillige Versicherungsverhältnis, können jene Personen eingehen, die nicht unter die gesetzliche Sozialversicherung fallen und daher nicht gesetzlich pflichtversichert sind⁵⁰ bzw jene Personen, die zwar pflichtversichert sind, die Versicherungsleistungen aber ausdehnen wollen. Die freiwillige Versicherung wird also nur in Sonderfällen zugelassen. Wer sie begründen will, muss einen Antrag an den jeweiligen SozVTr stellen. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Rechtsanspruch auf Abschluss der freiwilligen Versicherung. Es gibt vier Typen der freiwilligen Versicherung: Weiter-, Selbst-, Höher- und Zusatzversicherung.

Die Weiterversicherung⁵¹ ermöglicht die Fortsetzung eines bereits beendeten Pflichtversicherungsverhältnisses, sofern die freiwillige Versicherung innerhalb bestimmter Fristen begründet wird. Die Selbstversicherung steht bestimmten Personengruppen frei, von deren Schutzbedürftigkeit zwar ausgegangen wird, die aber bislang nicht in die Pflichtversicherung miteinbezogen wurden. Die Höherversicherung⁵² bewirkt einen höheren Pensionsbezug durch zusätzliche freiwillige Beitragsleistung zur Pensionsversicherung. Die Zusatzversicherung⁵³ dient dazu, dem Versicherten Anspruch auf zusätzliche Leistungen zu schaffen.⁵⁴

⁵⁰ Das sind va unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze tätige „neue“ GSVG-Selbständige oder Personen, die nicht erwerbstätig sind.

⁵¹ Im ASVG ist die Weiterversicherung nur in der Pensionsversicherung, nicht jedoch in der Krankenversicherung möglich. Im GSVG ist sie sowohl in der Pensions-, als auch in der Krankenversicherung zulässig.

⁵² Die Höherversicherung ist nur in der Pensionsversicherung möglich, für Selbständige auch in der Unfallversicherung.

⁵³ Die Zusatzversicherung in der Krankenversicherung ist bloß im GSVG vorgesehen. Das ASVG kennt eine besondere Zusatzversicherung in der Unfallversicherung für bestimmte freiwillige Hilfsorganisationen.

⁵⁴ Siehe zur freiwilligen Versicherung eingehend: *Krejci/Marhold/Karl*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 1.4.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 30 ff; *Resch*, Sozialrecht³, 21 ff.

1.3 Das Leistungsverhältnis

1.3.1 Die Aufgaben der Krankenversicherung

§ 116 Abs 1 ASVG umschreibt den Aufgabenkreis der Krankenversicherung derart, dass diese für die Früherkennung von Krankheiten und die Erhaltung der Volksgesundheit, für die Versicherungsfälle der Krankheit, der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und der Mutterschaft, für Zahnbehandlung und Zahnersatz sowie für die Hilfe bei körperlichen Gebrechen, für medizinische Maßnahmen der Rehabilitation und für die Gesundheitsförderung Vorsorge trifft.⁵⁵ Nach Abs 2 leg cit können aus Mitteln der Krankenversicherung darüber hinaus Maßnahmen zur Festigung der Gesundheit und Maßnahmen zur Krankheitsverhütung gewährt werden.⁵⁶ Die zentralen Versicherungsfälle, in denen die gesetzliche Krankenversicherung leistungspflichtig wird, sind der Versicherungsfall der Krankheit, der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und der Mutterschaft. Diese bilden den „klassischen Bereich“⁵⁷ der Krankenversicherung.

Daran zeigt sich, dass das Leistungsrecht der Krankenversicherung auf zwei Standbeinen aufgebaut ist, nämlich einerseits auf jenem der Vorbeugungsmedizin und andererseits auf jenem der kurativen Medizin. Das Leistungsangebot ist nunmehr auf einem Niveau angelangt, das in Wahrheit nur mehr geringfügige Verbesserungen zulässt, soll das Gesundheitswesen weiter finanzierbar bleiben. Trotz intensivem Ausbau der Prophylaxe, *„ist zu erkennen, dass die Kernaufgabe der sozialen Krankenversicherung weiterhin im kurativen Bereich und nicht in der Vorbeugungsmedizin liegt“*⁵⁸.

⁵⁵ § 116 Abs 1 Zif 1 bis 5 ASVG.

⁵⁶ § 116 Abs 2 Zif 1 bis 2 ASVG.

⁵⁷ Resch, Sozialrecht³, 47.

⁵⁸ Binder, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.1.

1.3.2 Die Leistungsvoraussetzungen

Als Verwaltungsbehörde erbringt die Sozialversicherung Leistungen selbstverständlich nicht nach Belieben. Zu prüfen sind vielmehr die Voraussetzungen der Leistungsgewährung, also ob überhaupt ein Leistungsberechtigter vorhanden ist und ob alle im Gesetz normierten materiellen (vor allem ein eingetretener Versicherungsfall) und formellen (Antragstellung) Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind. Sobald sämtliche Leistungsvoraussetzungen vorliegen, entsteht die Leistungspflicht der SozVTr dem Grund und der Höhe nach; man spricht hier vom sog „Leistungsanfall“⁵⁹ ⁶⁰.

1.3.3 Überblick über die Versicherungsfälle und die daraus zustehenden Leistungen

Nur kurz sollen im Folgenden die einzelnen Versicherungsfälle und die erbrachten Leistungen dargestellt werden:

Unterschieden werden der Versicherungsfall der Krankheit⁶¹, der Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit⁶² sowie der Versicherungsfall der Mutterschaft⁶³. Die entsprechenden Leistungen aus der Krankenversicherung werden entweder in Form von Sachleistungen (Heilbehandlung, Heilbehelfe, Anstaltspflege, Hauskrankenpflege, Vorsorgeuntersuchungen, Zahnbehandlung und Zahnersatz, ärztlicher Beistand und Hebammen-Beistand bei Mutterschaft, etc) oder in Form von Geldleistungen (Krankengeld, Taggeld, Wochengeld, Kostenzuschüsse) zur Verfügung gestellt.⁶⁴

⁵⁹ § 86 ASVG; § 51 BSVG; § 55 GSVG.

⁶⁰ Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 73 ff.

⁶¹ § 120 Abs 1 Zif 1 ASVG.

⁶² § 120 Abs 1 Zif 2 ASVG.

⁶³ § 120 Abs 1 Zif 3 ASVG.

⁶⁴ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht⁵, 32 ff; Binder, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.2.; Resch, Sozialrecht³, 47.

Rechtliche Konsequenzen zeigt diese Unterscheidung insofern, als – insb bei Mehrfachversicherung⁶⁵ – Geldleistungen aus jeder der in Betracht kommenden Versicherungen, Sachleistungen jedoch nur einmal gebühren.⁶⁶

1.3.4 Versicherungsfall der Krankheit

Der Versicherungsfall der Krankheit wird definiert als jeder „regelwidrige Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung notwendig macht“⁶⁷. Die Regelwidrigkeit wird anhand eines von Medizinern vorausgesetzten Modells des gesunden Menschen beurteilt. Eine Krankenbehandlung ist notwendig, wenn dadurch der regelwidrige Zustand in irgendeiner Form günstig beeinflusst werden kann, was auch dann der Fall ist, wenn sie das Leiden nur erträglicher gestalten und der Verlängerung des Lebens dienen kann.⁶⁸ Kann eine Krankenbehandlung nicht einmal mehr das, so liegt keine Krankheit im Sinne der KV vor. Dies hat zu Folge, dass auch kein Anspruch gegen den KVTr besteht. Es wird daher von der Krankheit das Gebrechen⁶⁹ unterschieden, also der gänzliche und teilweise Ausfall normaler Körperfunktionen, aber auch bleibende Verunstaltungen und Verstümmelungen oder Altersfolgen. Personen, die „nur“ pflegebedürftig sind, sind daher nicht krank im Sinne der Krankenversicherung^{70 71}.

Völlig irrelevant hingegen ist die Ursache der Krankheit sowie welcher Sphäre diese zuzuordnen ist (Privat- oder Berufssphäre). Auf individuelle

⁶⁵ Siehe dazu ausführlich: *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.2.

⁶⁶ §§ 128 ASVG, 87 GSVG, 80a BSVG, 57 B-KUVG; *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.2.; *Resch*, Sozialrecht³, 47; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 91.

⁶⁷ §§ 120 ASVG, 80 GSVG, 76 BSVG, 53 B-KUVG.

⁶⁸ SSV 11963/53. *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 33; *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung, 36; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 94; *Resch*, Sozialrecht³, 49.

⁶⁹ §§ 154 ASVG, 93 GSVG, 96 BSVG.

⁷⁰ In Frage kommen aber Leistungen nach dem BPGG bzw den Landespflegegeldgesetzen.

⁷¹ *Resch*, Sozialrecht³, 49; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 33; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 94.

Gegebenheiten wird grundsätzlich keine Rücksicht genommen - vorherrschend ist in Österreich vielmehr das sog „Finalprinzip“⁷².

Zu den entsprechenden Leistungen: Liegt eine Krankheit im obigen Sinne vor, so besteht für die Versicherten ein Anspruch auf Gewährung einer Krankenbehandlung.⁷³ Zur Krankenbehandlung zählt die ärztliche Hilfe, die Gewährung von Heilmitteln und Heilbehelfen. Ziel der Krankenbehandlung ist es „die Gesundheit, Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebensnotwendigen Bedürfnisse selbst zu sorgen, nach Möglichkeit wieder herzustellen, zu festigen oder zu bessern“⁷⁴. Die Behandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen jedoch nicht überschreiten.⁷⁵ Entscheidend ist ein günstiger Einfluss auf die Krankheit, daher kommen auch die bloße Linderung des Leidens oder eine Verhinderung von Verschlimmerungen bzw die bloße Lebensverlängerung als Maßnahmen der Krankenbehandlung in Betracht.⁷⁶

Wenn und solange es die Art der vorliegenden Krankheit erfordert, besteht Anspruch auf Anstaltspflege in der allgemeinen Gebührenklasse einer Krankenanstalt, die über einen Landesgesundheitsfonds finanziert wird.⁷⁷ Im Wesentlichen sind dies öffentliche Krankenanstalten.⁷⁸ Ein Anspruch besteht dann, wenn die Anstaltspflege durch die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung bedingt ist.⁷⁹

⁷² Abweichendes gilt aber für den Anspruch auf das Krankengeld; Siehe ausführlich zum Finalprinzip: *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.5.; mwN; *Resch*, Sozialrecht³, 48; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 33; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 91.

⁷³ *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.3.2.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 98 ff; *Resch*, Sozialrecht³, 50 ff.

⁷⁴ §§ 133 ASVG, 90 GSVG, 83 BSVG, 62 B-KUVG.

⁷⁵ Vgl. dazu §§ 135 ff ASVG. *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 95.

⁷⁶ *Resch*, Sozialrecht³, 50; *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.3.1.B.

⁷⁷ § 144 Abs 1 ASVG. *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 111; *Resch*, Sozialrecht³, 53.

⁷⁸ Welche Einrichtungen als öffentliche Krankenanstalten gelten, richtet sich nach dem KAG und den Ausführungsgesetzen der Bundesländer.

⁷⁹ § 144 Abs 3 ASVG.

Eine an Bedeutung immer mehr gewinnende Leistung ist die medizinische Hauskrankenpflege⁸⁰. Diese stellt nunmehr eine Pflichtleistung dar und ist auf ärztliche Anordnung auf die Dauer von maximal vier Wochen⁸¹ zu gewähren. Anspruch besteht im Rahmen dessen auf medizinische Leistungen und qualifizierte Pflegedienste.⁸²

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch Zahnbehandlung und Zahnersatz anzuführen. Diese sind grundsätzlich als Krankenbehandlung zu werten. *„Zahnbehandlung ist nach Maßgabe der Bestimmungen der Satzung zu gewähren. Als Leistungen der Zahnbehandlung kommen chirurgische Zahnbehandlung, konservierende Zahnbehandlung und Kieferregulierungen, letztere, soweit sie zur Verhütung von schweren Gesundheitsschädigungen oder zur Beseitigung von berufsstörenden Verunstaltungen notwendig sind, in Betracht.“*⁸³ Pflichtleistung ist also nur die (chirurgische und konservierende) Zahnbehandlung. Diese Pflichtleistung ist allerdings durch die Satzung des Versicherungsträgers näher zu regeln. Unentbehrlicher Zahnersatz kann unter Kostenbeteiligung des Versicherten gewährt werden, wobei an Stelle der Sachleistung auch Zuschüsse zu den Kosten eines Zahnersatzes geleistet werden können.⁸⁴

Zur finanziellen Entlastung der KVTr sehen alle Krankenversicherungsgesetze Kostenbeteiligung der Leistungsbezieher vor. Als Beispiele einer Kostenbeteiligung kann an dieser Stelle die Rezeptgebühr für Heilmittel oder etwa auch der Selbstbehalt von zehn Prozent bei Heilbehelfen angeführt werden. Dies bedeutet eine gewisse Einschränkung des Sachleistungsprinzips.⁸⁵

⁸⁰ §§ 140 ff, insb 151 ASVG.

⁸¹ Eine Verlängerung bedarf der cheförzlichen Bewilligung; § 151 Abs 5 ASVG.

⁸² *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 110; *Resch*, Sozialrecht³, 54.

⁸³ § 153 Abs 1 ASVG.

⁸⁴ § 153 Abs 2 ASVG. *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 106 f; *Resch*, Sozialrecht³, 55.

⁸⁵ §§ 136 Abs 3, 137 Abs 2 ASVG; §§ 92 Abs 3, 93 Abs 2 GSVG; §§ 86 Abs 3, 87 Abs 2 BSVG; §§ 64 Abs 3, 65 Abs 2 B-KUVG.

1.3.5 Der Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Eine Krankheit zieht einerseits Aufwendungen und Kosten für die Krankenbehandlung nach sich, andererseits verursacht sie auch einen Einkommensausfall aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit des Versicherten. Dieses Risiko besteht typisch bei Dienstnehmern und bei Erwerbstätigen, die nur ihre eigene Arbeitskraft verwerten. Die gesetzliche Krankenversicherung sieht den Anspruch auf Krankengeld vor, der den Lebensunterhalt des Versicherten und seiner Angehörigen sichern soll.⁸⁶ Der sog Krankenstand liegt vor, wenn der Versicherte infolge der Krankheit *„nicht oder doch nur mit Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, in der Lage ist, seine bisher ausgeübte Erwerbstätigkeit zu verrichten“*⁸⁷.

Anspruchsberechtigt auf Krankengeld sind die nach dem ASVG pflichtversicherten Personen⁸⁸ und unter Umständen solche, die bereits aus der Pflichtversicherung ausgeschieden sind⁸⁹. Freie, dienstnehmerähnlich Beschäftigte haben dagegen keinen Anspruch. Nach dem GSVG Versicherte haben nur einen Anspruch, wenn sie eine Zusatzversicherung abgeschlossen haben⁹⁰.⁹¹ Nach dem BSVG Versicherte haben diesen Anspruch nicht und auch nicht die Möglichkeit, durch eine Zusatzversicherung einen solchen zu erwerben. Beamte haben aufgrund ihres Dienstrechts einen Anspruch auf unbeschränkte Auszahlung ihrer Bezüge, weshalb auch im B-KUVG kein Anspruch auf Krankengeld verankert ist.⁹²

⁸⁶ §§ 138 ff ASVG, 106 ff GSVG. Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 113 ff; Resch, Sozialrecht³, 56 ff; Binder, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.4.

⁸⁷ OGH 26.2.1991, 10 ObS 52/91 = SSV-NF 5/19 = SVSlg 37.287; 6.12.1994, 10 ObS 267/94= SVSlg 40.040; 22.10.1996, 10 ObS 2172/96a = SSV-NF 10/108.

⁸⁸ § 138 Abs 1 ASVG. Anspruchsberechtigt sind hauptsächlich Dienstnehmer sowie geringfügig Beschäftigte, die eine Selbstversicherung nach § 19a Abs 6 ASVG abgeschlossen haben.

⁸⁹ § 122 ASVG.

⁹⁰ §§ 2, 79 Abs 2 und 105 ff GSVG.

⁹¹ Binder, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.4.2.

⁹² Vertragsbedienstete des Bundes haben einen Anspruch auf Krankengeld.

1.3.6 Der Versicherungsfall der Mutterschaft

Bei normalem Verlauf stellt eine Schwangerschaft und die Entbindung keine Krankheit dar; diese bilden deshalb einen eigenen Versicherungsfall. Ziel der Krankenversicherung ist es, finanzielle Belastungen, die durch eine Schwangerschaft entstehen, auszugleichen. Eine Entbindung liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn das Kind lebend geboren wird oder wenn die totgeborene Leibesfrucht ein Gewicht von zumindest 500 Gramm⁹³ erreicht hat.⁹⁴

Der Versicherungsfall muss während bestehender Versicherung eingetreten sein, es muss daher acht Wochen vor der Entbindung eine Versicherung bestanden haben.⁹⁵ Auch bei Mutterschaft gilt aber eine dreiwöchige Schutzfrist nach Ende der Pflichtversicherung⁹⁶.

Als Pflichtsachleistungen sind der Beistand von Ärzten und Hebammen, Heilmittel und Heilbehelfe, sowie die Pflege in einer Krankenanstalt oder in einem Entbindungsheim vorgesehen.⁹⁷ Als Geldleistung wird das sog „Wochengeld“ gewährt, das den Einkommensausfall ausgleichen soll, der durch arbeitsrechtliche Mutterschutzvorschriften bedingt ist. Anspruchsberechtigt sind deshalb nur Versicherte nach dem ASVG.⁹⁸

1.4 Die Leistungserbringung

Auf all jene eben im Zusammenhang mit den verschiedenen Versicherungsfällen erwähnten Leistungen, haben die Personen, die in der gesetzlichen Sozialversicherung versichert sind, im Falle des Eintritts des

⁹³ Begriff der Leibesfrucht nach dem § 8 Abs 1 Zif 2 HebammenG, BGBl. Nr. 310/1994 idgF.

⁹⁴ *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.6.1.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 119 ff; *Resch*, Sozialrecht³, 59 ff.

⁹⁵ § 120 Abs 1 ASVG; OGH 12.1.1999, 10 Obs 312/98 = SSV-NF 13/1 = SVSlg 45.169.

⁹⁶ § 122 Abs 2 ASVG. *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 90.

⁹⁷ §§ 159 f ASVG.

⁹⁸ §§ 162 ff ASVG. *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.6.3. ff; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 120 f; *Resch*, Sozialrecht³, 60 f.

jeweiligen Versicherungsfalles einen durchsetzbaren gesetzlichen Anspruch. Dies folgt aus der rechtlichen Konstruktion der Pflichtleistungen, die als Regelfall von den sog „satzungsmäßigen Mehrleistungen“ zu differenzieren sind.⁹⁹

Die Pflichtleistungen werden im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverfahrens gewährt, mit dessen Hilfe der Anspruch durchgesetzt werden kann. Rechtsgrundlage für den individuellen Rechtsanspruch auf die Gewährung der Pflichtleistungen ist entweder das Gesetz selbst oder die Satzung des KVTr – diese sind dann eben sog „satzungsmäßige Mehrleistungen“. Eine Ausnahme sind die sog freiwilligen Leistungen, die im Rahmen der Hoheitsverwaltung gewährt werden. Die Leistungserbringung erfolgt jeweils aus dem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis, lediglich auf die Gewährung der Pflichtleistungen hat der Einzelne aber einen Rechtsanspruch, der im Verwaltungsweg durchsetzbar ist. Bei den freiwilligen Leistungen besteht ein solcher Rechtsanspruch nicht.¹⁰⁰ Bedingt durch die öffentlich-rechtliche Leistungserbringung und im Hinblick auf das Legalitätsprinzip besteht jedoch Anspruch auf Überprüfung der gesetzmäßigen Ermessensübung durch die ordentlichen Gerichte.¹⁰¹

Allgemein ist für die Leistungsarten zwischen Sach- und Geldleistungen zu differenzieren. In der Krankenversicherung werden vor allem Sachleistungen gewährt. Der Versicherungsträger kann die Sachleistungen entweder selbst unmittelbar zur Verfügung stellen, etwa in kasseneigenen Ambulatorien, oder auch durch dritte Vertragspartner, also freiberuflich tätige Ärzte, Apotheker, Spitäler, etc erbringen lassen.¹⁰²

⁹⁹ § 121 ASGV.

¹⁰⁰ OGH 26.4.1994, 10 ObS 113/94 = SSV-NF 8/44.

¹⁰¹ *Naderhirn*, DRdA 2004/22; *Resch*, Sozialrecht³, 47.

¹⁰² *Resch*, Sozialrecht³, 47; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 79; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.1.1.2.

1.4.1 Das Sachleistungsprinzip

§ 133 Abs 2 letzter Satz ASVG sieht wortwörtlich vor, dass Leistungen der Krankenbehandlung als „Sachleistungen“ zu erbringen sind. Der Versicherte soll nicht nur allfällige Kosten ersetzt bekommen, sondern ein von den KVTr zu schaffendes Leistungssystem zur Verfügung haben, das ihm die unmittelbare Inanspruchnahme medizinischer Leistungen ermöglicht.¹⁰³

Das ASVG legt den KVTr ferner die Verpflichtung auf, ausreichend für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen Vorsorge zu treffen.¹⁰⁴ Dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung können die KVTr wie eben erwähnt durch die Errichtung und den Betrieb eigener Einrichtungen (Krankenanstalten, Kurheime, Ambulatorien, etc) nachkommen, wozu sie jedoch nur in gesetzlich eng determiniertem Rahmen¹⁰⁵ befugt sind. Die eigenen Einrichtungen spielen in der Praxis, ausgenommen bei der Zahnbehandlung, daher auch bloß eine untergeordnete Rolle. In erster Linie sollen Gesundheitsleistungen durch dem Versicherungsträger fremde Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden. Diese versicherungsfremden Dritten, die zur Leistungserbringung herangezogen werden, sind freiberuflich tätige Ärzte, freiberuflich tätige Hebammen, freiberuflich tätige Optiker, Zahnärzte, Dentisten, klinische Psychologen, Psychotherapeuten, Apotheker, udgl.

Als Instrument, mit dem der KVTr seiner gesetzlichen Sachleistungspflicht nachkommen kann, sieht § 338 ASVG privatrechtliche Verträge vor.¹⁰⁶ Das heißt, zum Zweck der Leistungserbringung schließt der KVTr privatrechtliche Verträge ab, nämlich die Gesamtverträge und darauf basierend die Einzelverträge¹⁰⁷. Die anfallenden Kosten werden auf deren Grundlage direkt zwischen dem KVTr und den einzelnen Leistungserbringern verrechnet. Diese Direktverrechnung der

¹⁰³ Vgl dazu etwa *Krejci*, SozSi 1988, 302.

¹⁰⁴ § 23 Abs 5 ASVG.

¹⁰⁵ § 23 Abs 6 ASVG.

¹⁰⁶ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 28 ff; *Schrammel*, ZAS 1994, 73.

¹⁰⁷ Vgl § 338 Abs 1 ASVG. Siehe zu diesen Verträgen sogleich unten Punkt 2.2.

Behandlungskosten wiederum ist ein Wesensmerkmal der Sachleistungsvorsorge.¹⁰⁸ Durch den Abschluss der Verträge mit den in Betracht kommenden Leistungserbringern wird die für die versicherten Personen kostenlose Inanspruchnahme der medizinischen Leistungen realisiert. Man spricht in diesem Zusammenhang vom sog. „Sachleistungsprinzip“, von dem das österreichische Sozialversicherungsrecht beherrscht wird.¹⁰⁹

Eingeschränkt wird das Sachleistungsprinzip dadurch, dass alle Krankenversicherungsgesetze immer wieder eine Kostenbeteiligung der Leistungsbezieher normiert, etwa in Form der Rezeptgebühr, als Zuzahlungen zu Heilbehelfen oder Krankenhausaufenthalten (Verpflegungskostenzuschlag), etc.¹¹⁰

Als Sachleistungen werden daher allgemein Leistungen bezeichnet, die von dem KVTr durch einen seiner Vertragspartner gegen direkte Verrechnung der Kosten oder durch eine eigene Einrichtung erbracht werden. In aller Regel handelt es sich um Sachgüter, also etwa die Zurverfügungstellung von Heilmitteln oder Dienstleistungen, wie eben ärztliche Untersuchung und Heilbehandlung.¹¹¹

1.4.2 Das Kostenerstattungsprinzip

Festzuhalten ist, dass das Sachleistungsprinzip vorherrschend im System der österreichischen Krankenversicherung ist. Grundsätzlich besteht aber ebenso die Möglichkeit, dass sich der Versicherte die von ihm benötigte Leistung selbst besorgt, wobei die Sozialversicherung dabei keinerlei Hilfe zur Verfügung stellt. Ihre Aufgabe beschränkt sich in diesem Fall darauf, die vom Versicherten für die

¹⁰⁸ Mosler, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 38.

¹⁰⁹ Mosler, DRdA 1996, 430; Binder, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 2.2.1.4.; Mosler, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 28; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.1.1, der im Übrigen davon ausgeht, dass das Sachleistungsprinzip bis zur Naturalleistungspflicht der KVTr reicht. Siehe dazu sogleich unten Punkt 1.4.1.

¹¹⁰ Resch, *Sozialrecht*³, 53; Tomandl, *Grundriss des österreichischen Sozialrechts*⁵, 93.

¹¹¹ Geppert, DRdA 1987, 177; Funk, *VersRdSch* 3/1995, 51; Mosler, DRdA 1996, 430.

Inanspruchnahme von Gesundheitsgütern aufgewendeten Kosten im Nachhinein bis zu einem gewissen Höchstbetrag zurückzuerstatten.¹¹²

Im Fall, dass sich der Patient dafür entscheidet, sich die Leistung selbst zu beschaffen, so muss die rechtliche Beziehung unmittelbar zwischen dem Versicherten und dem Leistungserbringer auf der einen Seite und jene zwischen dem Versicherten und dem KVTr auf der anderen Seite unterschieden werden. Der Versicherte schließt mit dem Leistungserbringer einen privatrechtlichen Vertrag, der sowohl den Leistungsumfang als auch die dafür geschuldete Vergütung festlegt (sog Behandlungsvertrag). Der sozialversicherungsrechtliche Leistungsanspruch des Versicherten besteht im Prinzip völlig unabhängig von dem so geschlossenen Behandlungsvertrag. Daher muss in diesem Fall der Versicherte mit den Behandlungskosten vorerst in Vorlage treten. Ob die zwischen ihm und dem Leistungserbringer vertraglich vereinbarte Leistung im Umfang jener entspricht, die das Sozialversicherungsrecht vorzeichnet und deren Kosten damit erstattet werden können, wird erst im Nachhinein geprüft. Ersetzt werden nur 80 % jener Kosten, die dem KVTr bei Inanspruchnahme eines Vertragsarztes, einer Vertragseinrichtung bzw einer eigenen Einrichtung des KVTr entstanden wären.¹¹³ Das Kostenerstattungsprinzip birgt daher ein gewisses wirtschaftliches Risiko für den Versicherten, da er im Vorhinein nicht beurteilen kann, ob die von ihm organisierte Leistung auch dem sozialversicherungsrechtlich gewährten Leistungsanspruch entspricht.¹¹⁴ Das Kostenerstattungsprinzip ist daher *„nicht zwingend, aber doch typischerweise auch mit einer Kostenbeteiligung des Versicherten verbunden“*¹¹⁵.

¹¹² Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 28; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.1.1.

¹¹³ § 31 Abs 1 ASVG.

¹¹⁴ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.1.1.

¹¹⁵ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 31. Obwohl eine Kostenbeteiligung des Versicherten im ASVG bei Inanspruchnahme der ärztlichen Hilfe grundsätzlich nicht vorgesehen ist.

1.5 Die gesetzliche Sachleistungsvorsorge¹¹⁶

Im Regelfall erfolgt die Leistungserbringung in der Krankenversicherung also durch Sachleistungen. Eine Legaldefinition der Sachleistung findet sich im ASVG jedoch nicht.¹¹⁷ Die relevanten Regelungen, die zur Definition herangezogen werden können, werden im Folgenden dargestellt.

1.5.1 Die relevanten Regelungen im ASVG

Ganz allgemein werden in § 23 Abs 5 ASVG die Aufgaben der KVTr umschrieben. Das Gesetz verpflichtet die Träger der Krankenversicherung insbesondere dazu, *„für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen.“*¹¹⁸

Vor allem die systematische Stellung der Bestimmung¹¹⁹ lässt schließen, dass es sich dabei um eine Zuständigkeitsregelung handelt.¹²⁰ Es sollte damit also die äußere Organisation der Versicherungsträger geregelt werden.¹²¹ Was § 23 ASVG jedoch nicht regelt, ist das Verhältnis zwischen dem Versicherungsträger und dem Versicherten. Abs 5 leg cit schafft daher auch keinen Anspruch auf Krankenbehandlung bzw entsprechende ausreichende Vorsorge.

Die Ansprüche der Versicherten und ihrer Angehörigen auf Krankenbehandlung werden vielmehr in den §§ 116 ff ASVG geregelt. Wie

¹¹⁶ Im Folgenden wird dem Thema der Dissertation entsprechend der Versicherungsfall der Krankheit iSd § 117 ASVG, die Leistung der Krankenbehandlung iSd §§ 133 bis 137 ASVG und davon besonders die ärztliche Hilfe iSd § 133 Abs 1 Zif 1 ASVG im Vordergrund der Untersuchung stehen.

¹¹⁷ Sehr wohl findet sich eine solche Legaldefinition jedoch im GSVG, und zwar in § 85 Abs 3 GSVG. Demnach sind Sachleistungen Leistungen, die vom Versicherungsträger durch einen Vertragspartner gegen direkte Verrechnung der vertragsmäßigen Kosten oder durch eigene Einrichtung erbracht werden.

¹¹⁸ § 23 Abs 5 ASVG.

¹¹⁹ Erster Teil („Allgemeine Bestimmungen“), Abschnitt III („Versicherungsträger und ihre Zuständigkeit; Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger“), 1. Unterabschnitt („Träger der Versicherung und ihre Aufgaben“) des ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF.

¹²⁰ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 29.

¹²¹ RV 599 BlgNR VII.GP., 16.

bereits ausgeführt, besteht im Falle einer Krankheit Anspruch auf Leistungen der KV, wie uA auf Krankenbehandlung und im Rahmen dieser wird wiederum uA die ärztliche Hilfe gewährt.¹²² Erbracht wird diese ärztliche Hilfe als Sachleistung, und zwar durch Vertragsärzte, Wahlärzte sowie durch Ärzte in Vertragseinrichtungen oder in eigenen Einrichtungen.¹²³

*„Im Idealfall deckt die Sachleistungsvorsorge die Ansprüche der Versicherten auf notwendige ärztliche Hilfe zur Gänze ab.“*¹²⁴ Durch Verträge mit den versicherungsfremden Leistungserbringern *„ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen“*¹²⁵. Auch die §§ 338 ff ASVG sind jedoch keine Vorschriften, die Ansprüche der Versicherten selbst begründen. Hier geht es um die Beziehung zwischen den Versicherungsträger zu ihren Leistungserbringern. Auch das ergibt sich wiederum anhand der systematischen Einordnung in das Regelungswerk des ASVG¹²⁶. Die Norm gibt das Ziel vor, das durch Abschluss der Gesamtverträge erreicht werden soll. Durch die Gesamtverträge können auch die Ansprüche der Versicherten weder erweitert noch eingeschränkt werden.¹²⁷ Aus diesem Grund ist auch *„nicht exakt, in Zusammenhang mit § 338 Abs 2 [ASVG] von einem Auftrag an die SVTr zu sprechen, eine ausreichende Sachleistungsvorsorge durch den Abschluss von GV sicherzustellen. Ein solcher Auftrag ergibt sich allenfalls aus § 23 Abs 5 iVm § 338 Abs 2 ASVG, wobei § 338 Abs 2 [ASVG] die Art und Weise der Ausführung des Auftrages konkretisiert.“*¹²⁸

Es ergibt sich daher aus den Regelungen des ASVG, dass dieses jedenfalls *„eine ausreichende Versorgung der Versicherten mit Sachleistungen als*

¹²² Siehe zum Versicherungsfall der Krankheit und den daraus zustehenden Leistungen oben Punkt 1.3.4.

¹²³ §§ 133 Abs 2 letzter Satz, 135 Abs 1 ASVG.

¹²⁴ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 31.

¹²⁵ § 338 Abs 2 ASVG.

¹²⁶ Sechster Teil („Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des Hauptverbandes) zu den Angehörigen des ärztlichen Berufs, [...]“) des ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF.

¹²⁷ Vgl. etwa Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 32; Schrammel, ZAS 1986, 146.

¹²⁸ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 32.

wünschenswert ansieht¹²⁹. Die KVTr haben daher im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dafür zu sorgen, dass jedem Versicherten bei Bedarf ärztliche Hilfe als Sachleistung zuteil wird. Dabei soll dem Versicherten nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auch die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten oder einem Vertragsarzt und einer Vertrags-Gruppenpraxis freistehen.¹³⁰

Es zeigt sich jedenfalls auch eine gewisse Präferenz des Gesetzgebers der Sicherstellung der Versorgung der Leistungsberechtigten durch den Abschluss von Verträgen mit Dritten gegenüber der Versorgung durch eigene Einrichtungen der KVTr. Die Kostenerstattung soll im Bereich des ASVG Ausnahme und nicht Regel sein.¹³¹ „Freilich zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass das Gesetz keine Vorsorge trifft, um diesem Modell zwingend zum Durchbruch zu verhelfen. § 131a ASVG sieht nämlich auch dann nur einen Anspruch auf Kostenerstattung vor, wenn Vertragsärzte wegen des Fehlens vertraglicher Regelungen gemäß § 338 ASVG nicht zur Verfügung stehen. Das ist die Konsequenz daraus, dass die Sachleistungserbringung vom Abschluss von Verträgen abhängt, die nicht erzwungen werden können bzw sollen. Der Gesetzgeber nimmt also bewusst in Kauf, dass Verträge uU nicht zustande kommen und dadurch auch keine ausreichende Sachleistungsvorsorge besteht.“¹³²

1.5.2 Die Pflicht zur Gewährung von Sachleistungen

Es ist strittig, wie diese Bestimmungen zu deuten sind und ob daraus abzuleiten ist, dass der Versicherungsträger dem einzelnen Versicherten aus dem zwischen ihnen bestehenden Leistungsverhältnis unmittelbar die Leistung als

¹²⁹ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 33.

¹³⁰ § 342 Abs 1 Zif 1 letzter Satz ASVG.

¹³¹ Ein Vorrang der Sachleistungsvorsorge gegenüber der Kostenerstattung ist auch im Bereich des B-KUVG und mit Abstrichen im BSVG erkennbar. Im GSVG hingegen ist die Geldleistung die Regel und die Sachleistung Ausnahme. Siehe dazu ausführlich: Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 33 ff.

¹³² Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 33.

Naturalleistung schuldet, oder ob er (nur) die organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen hat, dass die Versicherten die benötigten Gesundheitsleistungen auf ihre Rechnung erhalten können.

Ginge man tatsächlich von einer Pflicht der Sachleistungsgewährung als Naturalleistung seitens der KVTr aus, so hätte dies zur Folge, dass im Falle der Nichterfüllung aufgrund eines sog vertragslosen Zustandes¹³³, die Versicherungsträger auf Erfüllung bzw auf Schadenersatz geklagt werden könnten. Ferner würden Fehler bei der Leistungserbringung grundsätzlich zur Haftung der SVTr führen, wenn auch die Leistung von einem Dritten erbracht werden würde, da der Leistungserbringer zum Erfüllungsgehilfen des KVTr würde und dieser daher gemäß § 1313a ABGB für dessen Verschulden wie für eigenes einzustehen hätte.¹³⁴

1.5.2.1 Begriff Naturalleistung vs Sachleistung

Es entspricht grundsätzlich der hM, dass dem ASVG keine solche Naturalleistungsverpflichtung der KVTr, in dem Sinne, dass diese die Krankenbehandlung selbst schulden, zu entnehmen ist. Die hM geht vielmehr davon aus, dass die KVTr nur die Organisation ärztlicher Dienste zur Verfügung stellen, die Krankenbehandlung anbieten und bei deren Inanspruchnahme die Kosten vergüten müssen.

Klarzustellen ist vorweg, dass das Gesetz den Begriff der Naturalleistung nicht verwendet, die Rede ist bloß von „Sachleistung“, deren maßgebliches Element in der Direktverrechnung der Kosten mit den Leistungserbringern besteht.

¹³³ Siehe zum vertragslosen Zustand sogleich unten Punkt 2.2.1.6.

¹³⁴ *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.4.; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 93; aA *Schrammel*, ZAS 1977, 163 ff; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.1.2.; *Oberndorfer/Muzak*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 6.1.3.5.

Der Begriff der Naturalleistung oder einer Leistung „*in natura*“ wird zwar manchmal synonym mit Sachleistung verwendet, jedoch bestehen zwischen diesen beiden *Termini* wesentliche inhaltliche Unterschiede. *„Die Sachleistung wird danach nur durch den Gegensatz zur Geldleistung definiert, ist aber im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung des Dreiecksverhältnisses zwischen KVTr, Arzt und Versichertem neutral. Der Ausdruck Naturalleistung oder Leistung in natura wird dagegen meist mit einer bestimmten Intensität von Verpflichtungen des SVTr im Rahmen des Dreiecksverhältnisses verknüpft“*¹³⁵.

Der Begriff Sachleistung darf daher keinesfalls ohne weiteres durch Naturalleistung ersetzt oder mit diesem gleichgesetzt werden. *Schrammel* führt dazu aus: *„Unterstellt man einmal einen Anspruch des Versicherten gegen die KV auf Leistung in natura, so wird der Arzt nur als eine Art ‚Mittelsperson‘ anzusehen sein, bei dem die geschuldete Leistung zu beziehen ist. Meint man hingegen, die KV habe nur die Kosten der Behandlung zu tragen, so wird der Arzt nicht nur Abgabestelle von Gesundheitsgütern sein. Für deren Bereitstellung wird eine rechtliche Verbindung zwischen Arzt und Patient gefunden werden müssen.“*¹³⁶

*Mosler*¹³⁷ führt den Gedanken fort und meint, dass die Erbringung einer Sachleistung nur bedeutet, dass der Versicherte die ärztliche Leistung selbst kostenfrei durch einen Vertragspartner des KVTr oder ein Kassenambulatorium erhält und nicht auf eine Geldleistung verwiesen wird, während der Begriff der Naturalleistung in seiner nunmehr gängigen Verwendung auch etwas über das Wesen und die Rechtsfolgen dieser Verpflichtung aussagen soll. Setze man die Begriffe Natural- und Sachleistung gleich, so unterstelle man dem Gesetzgeber *„ein Vorverständnis, das nicht in seiner Absicht lag“*¹³⁸. Wenn nämlich das ASVG in § 133 Abs 2 anordnet, dass die Leistungen der Krankenbehandlung

¹³⁵ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 38 f.

¹³⁶ *Schrammel*, ZAS 1977, 163 ff.

¹³⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 39; mit Verweis auf *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.4.

¹³⁸ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 39.

grundsätzlich als Sachleistung erbracht werden, ist damit nicht automatisch eine Leistungserbringung *in natura* gemeint.

1.5.2.2 Keine Naturalleistungsverpflichtung der KVTr im ASVG

Die Reichweite der Sachleistungsvorsorge und das Bestehen oder Nichtbestehen einer Naturalleistungsverpflichtung der KVTr ist umstritten und wurde in der Vergangenheit durch etliche Autoren diskutiert¹³⁹.

*Schrammel*¹⁴⁰ geht davon aus, dass die Sachleistungsvorsorge über die bloße Direktverrechnung der Kosten weit hinausreichen und ebenso gut bedeuten könne, dass die KVTr die gesetzlich vorgesehenen Leistungen *in natura* zur Verfügung zu stellen haben (Naturalleistungserbringung). In diesem Fall sei der KVTr selbst Schuldner der Leistung. Der Leistungserbringer (Arzt, Apotheker, etc) trete dem Versicherten gegenüber rechtlich gesehen als bloße „Abgabestelle“ für Gesundheitsgüter auf. Ein selbständiges Rechtsverhältnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Versicherten bestehe daher nicht. Beschränkt sich die Sachleistungserbringung hingegen auf die Direktverrechnung der Behandlungskosten, so müsse für die Bereitstellung der Gesundheitsgüter eine rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Leistungserbringer und dem Patienten gefunden werden. Nach überwiegender Auffassung treffe die KVTr keine Naturalleistungsverpflichtung, geschuldet sei nur die Deckung des

¹³⁹ Zur Frage, ob eine Naturalleistungsverpflichtung der KVTr besteht zustimmend: *Schrammel*, ZAS 1977, 163 ff; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.1.2.; *Oberndorfer/Muzak*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 6.1.3.5.; ablehnend hingegen: *Welser*, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht, 108 ff; *Selb*, ZAS 1976, 96 f; *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.4.; *Geppert*, DRdA 1987, 180; *Krejci*, VersRdSch 1973, 229 ff; *Krejci*, SozSi 1988, 305; *Krejci*, ZAS 1989, 117ff; *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 4 ff; *Marhold*, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in Schrammel (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung, 4 ff; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 38 ff; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 93; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 32; *Rill*, Die rechtliche Problematik des Dreiecks „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht, 90.

¹⁴⁰ *Schrammel*, in FS Tomandl, 685f; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.1.2.

Heilbehandlungsbedarfes, nicht jedoch die Heilbehandlung selbst. Nach der Ansicht *Schrammels* würde der Unterschied zwischen Kostenerstattung und Sachleistungsvorsorge bei dieser Sicht jedoch marginalisiert, da er nur mehr darin gesehen werde, dass die Sozialversicherung im Rahmen der Sachleistungsvorsorge lediglich zur Bereitstellung von Gesundheitsgütern, also zur Organisation von ärztlichen Diensten, verpflichtet sein soll.

*Binder*¹⁴¹ vertritt die Auffassung, dass die KVTr eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung treffe, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Angehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen und sie dieser Pflicht nachkommen, wenn sie die Erbringung der Gesundheitsgüter organisieren. *Binder* jedoch geht davon aus, dass das Sachleistungsprinzip nicht bis zur Naturalleistungspflicht der KVTr reiche und der KVTr daher nicht die Erbringung der ärztlichen Dienste selbst schulde. Sofern der KVTr nicht in der Lage ist, ärztliche Dienstleistungen zu organisieren, so treten an die Stelle der Sachleistungen die Geldleistungen in Form der Kostenerstattung.

Oberndorfer und *Muzak*¹⁴² pflichten der eben dargestellten Auffassung *Schrammels* bei und folgern weiter daraus, dass der aus dem Sozialversicherungsverhältnis resultierende Sachleistungsanspruch bewirke, dass die Realakte den hoheitlichen Charakter des Versicherungsverhältnisses teilen. Die Realakte bestehen im Sozialversicherungsrecht in der Erbringung von Sachleistungen, also darin, dass der KVTr auf eigene Kosten dem Versicherten Dienste oder Gegenstände verschafft. „Wird im Zuge des Realaktes, etwa bei ärztlicher Behandlung, dem Versicherten ein Schaden zugefügt, haftet der SVTr daher nach den Vorschriften des Amtshaftungsgesetzes.“

¹⁴¹ *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.1.4.

¹⁴² *Oberndorfer/Muzak*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 6.1.3.5.

Diese Ansicht kritisieren *Mosler*¹⁴³ und auch *Funk*¹⁴⁴; *Mosler* meint, dass durch in Betrachtziehung dieser These, dass nämlich die Naturalleistungspflicht nicht zur zivilrechtlichen Haftung nach ABGB, sondern zur Amtshaftung führe, der Widerspruch zwischen weitgehender organisatorischer Freiheit des Vertragsarztes und Haftung des SVTr noch deutlicher werde. Wenn nämlich Realakte, wie die ärztliche Behandlung, den hoheitlichen Charakter des Versicherungsverhältnisses teilen, so resultiere daraus die Organstellung des Arztes. Für das Organ Vertragsarzt hafte der KVTr somit nach dem Amtshaftungsrecht. Es werde zu Recht bezweifelt, dass dieses Modell vor dem Hintergrund der freien Berufsausübung der Ärzteschaft vom Gesetzgeber gewollt sei. Die im Zusammenhang mit der Anwendung von § 1313a ABGB geäußerten Bedenken wegen der organisatorischen Ferne der Vertragsärzte zum KVTr gelten für die Organstellung des Arztes erst Recht¹⁴⁵. Der eigentlich weite Organbegriff, der durchaus auch Personen umfassen kann, die als selbständige Unternehmer in einem Naheverhältnis zum Rechtsträger stehen, setzt bei einer Amtshaftung doch ein gewisses Naheverhältnis zum haftpflichtigen Rechtsträger voraus. Der Rechtsträger muss jedenfalls über „ausreichende rechtliche Ingerenzmöglichkeiten verfügen, um ein Fehlverhalten der für ihn tätigen Personen abwenden zu können“¹⁴⁶. Solche Ingerenzmöglichkeiten sind aber zwischen dem KVTr und dem Arzt so gut wie überhaupt nicht vorhanden.¹⁴⁷

¹⁴³ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 42 f.

¹⁴⁴ *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), *Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung*, 6 f.

¹⁴⁵ Der Zweck der Erfüllungsgehilfenhaftung liegt ja darin, dass derjenige, der Dritte zu seinem eigenen Vorteil einsetzt, auch das damit verbundene Risiko tragen soll. Es soll eine Schlechterstellung des Gläubigers verhindert werden, wenn der Schuldner sich eines Gehilfen bedient. Der KVTr bedient sich des Arztes zur Erfüllung eines gesetzlichen Auftrages. Der KVTr hat dabei nur sehr geringen Einfluss auf die Leistungserbringung des Arztes und er kann auch kaum eine vertragliche Vorsorge zur Verminderung des Haftungsrisikos treffen. Abschluss, Inhalt und Beendigung des Kassenvertrages sind nämlich von Gesetz und Gesamtvertrag vorbestimmt. Fachliche Weisungen sind aufgrund der generellen Eigenverantwortlichkeit der ärztlichen Berufsausübung gemäß § 3 Abs 2 ÄrzteG unzulässig und können daher auch nicht gesamtvertraglich festgelegt werden; so *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 41; mwN; vgl auch *Aigner/Kierein/Kopetzki*, *Ärztegesetz*³, § 3 Anm 3.

¹⁴⁶ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 43.

¹⁴⁷ In diesem Sinne auch: *Krejci*, ZAS 1989, 118; *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), *Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung*, 4 ff.

*Funk*¹⁴⁸ geht grundsätzlich auch von der herrschenden Auffassung aus, dass die KVTr gegenüber den Anspruchsberechtigten nicht zur Naturalleistung verpflichtet sind und sich deren Leistungspflicht vielmehr in der Pflicht zur Vorsorge und Bereitstellung der zu erbringenden Leistung erschöpft. Er meint jedoch, dass in der Diskussion der Aspekt der Amtshaftung zu kurz gekommen sei. Er pflichtet der oben dargestellten Ansicht *Oberndorfers* und *Muzaks*¹⁴⁹ bei, dass eine Haftpflicht der SozVTr unter dem Titel der Amtshaftung angenommen werden müsse, wenn man sich der Meinung anschließe, dass der die Leistung erbringende Dritte eine Pflicht des SozVTrs erfüllt. Denn der Dritte handelt in diesem Fall als Erfüllungs- und Vollzugsgehilfe und werde nach dieser Auffassung als „*Organ des Sozialversicherungsträgers*“ tätig. Auch *Funk* stellt aber fest, dass den KVTr die ausreichende rechtliche Ingerenzmöglichkeit fehlt, um ein haftpflichtauslösendes Fehlverhalten der vertraglich zur Erbringung von Sachleistungen herangezogenen Dritten als deren Organe abwenden zu können. Dem KVTr fehle die entsprechende Kontroll- und Beeinflussungsmöglichkeit gegenüber den Dritten und damit die geforderte „*Symmetrie von Haftpflicht und Einflussbefugnis*“, weshalb eine Erfüllungsgehilfen- und Organstellung des zur Sachleistungserbringung herangezogenen Dritten doch eher zweifelhaft erscheine.¹⁵⁰

Zusammenfassend kommt *Mosler*¹⁵¹ daher zum Ergebnis, dass die KVTr keine Naturalleistungspflicht trifft, eine solche im Rahmen des bestehenden Modells der Sachleistungsvorsorge sogar „*inkonsequent*“ und „*ein ausgesprochener Fremdkörper*“ sei. Denn einerseits bleibe die organisatorische Freiheit der Ärzte bestehen, andererseits werde aber die typische Konsequenz unternehmerischer Freiheit, die volle Haftung für das eigene Handeln, weitgehend auf die SVTr verlagert. Konsequenterweise müsse die Naturalleistungspflicht

¹⁴⁸ *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 4 ff.

¹⁴⁹ *Oberndorfer/Muzak*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 6.1.3.5.

¹⁵⁰ *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 4 ff.

¹⁵¹ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 44.

auch auf die anderen Vertragspartner übertragen werden und damit die SVTr uA auch für Apotheker, Optiker, Rettungsfahrer, etc haften. Diese Position würde zur „Schaffung eines Superhaftungsträgers SV für einen riesigen Lebensbereich führen“¹⁵².

1.5.2.3 Kein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Gewährung von Sachleistungen

Die Frage eines durchsetzbaren Rechtsanspruchs der Versicherten auf die Gewährung bestimmter Sachleistungen kann in Anbetracht des eben zur Naturalleistungsverpflichtung der KVTr Gesagten kurz und bündig beantwortet werden: Wenn die KVTr die zu erbringenden Sachleistungen nicht *in natura* schulden, kann es folglich auch keinen durchsetzbaren, individuellen Rechtsanspruch auf die Gewährung der Sachleistung geben. Als Erfüllungsanspruch wäre ein solcher auch nicht durchführbar. Denn ganz allgemein wird von der hL auch im Arbeitsrecht die exekutive Durchsetzung von Dienstleistungen trotz § 1162a ABGB abgelehnt.¹⁵³ Trotz vorhandener Verpflichtung aus dem Einzelvertrag kann die Leistungserbringung durch den Vertragsarzt weder vom SozVTr, noch vom Versicherten selbst mittels Exekutionsmaßnahmen erzwungen werden. Vielmehr besteht bloß ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung.¹⁵⁴

¹⁵² Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 44.

¹⁵³ Krejci, in Rummel, ABGB³, § 1162a, Rz 19 f.

¹⁵⁴ Krejci, ZAS 1989, 118; Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 45; 179; Krejci, in Rummel, ABGB³, § 1162a, Rz 20.

2 Die Beziehungen zwischen KVTr und Ärzten

2.1 Die Organisation der Sachleistungsvorsorge

2.1.1 Die Sachleistungsvorsorge durch Vertragspartner

Wie bereits ausgeführt, obliegt es nach § 23 Abs 5 ASVG den SVTr, für die Krankenbehandlung des versicherten Personenkreises sowie deren Angehöriger ausreichend Vorsorge zu treffen und erfolgt die Sachleistungserbringung vorwiegend durch die In-Vertragnahme von freiberuflich tätigen Ärzten bzw Gruppenpraxen, von Dentisten, Hebammen, Apotheker, etc. Für all diese Rechtsverhältnisse müssen natürlich entsprechende Regelungen getroffen werden, wobei das Gesetz bestimmt, dass die Beziehungen zwischen den KVTr und den Leistungserbringern, also den freiberuflich tätigen Ärzten und Gruppenpraxen, Hebammen, Apothekern, etc durch privatrechtliche Verträge zu regeln sind, durch die die ausreichende Versorgung der Anspruchsberechtigten mit den gesetzlichen und satzungsmäßigen Leistungen sicherzustellen ist.¹⁵⁵ Die Beziehung zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen Ärzten bzw Gruppenpraxen werden jeweils durch die Gesamtverträge geregelt.¹⁵⁶

Diese Gesamtverträge sind das wichtigste Konkretisierungsinstrument bezüglich der den Versicherten als Sachleistung zur Verfügung zu stellenden ärztlichen Hilfe.¹⁵⁷ Die KVTr müssen dafür Sorge tragen, dass alle zur Behandlung der Krankheiten ausreichenden und zweckmäßigen Maßnahmen als vertragsärztliche Leistungen in die Gesamtverträge aufgenommen werden. All jene Leistungen, auf die der Versicherte einen Rechtsanspruch hat, müssen zum Gegenstand der vertragsärztlichen Tätigkeit werden. Man spricht hier von der sog

¹⁵⁵ § 338 Abs 1 und 2 ASVG.

¹⁵⁶ § 341 Abs 1 ASVG.

¹⁵⁷ *Geppert*, DRdA 1987, 177 ff.

Organisationspflicht der SozVTr. Die KVTr haben nach der hM den Abschluss derartiger Verträge zu „organisieren“.¹⁵⁸

Die einschlägigen Bestimmungen über die genannten privatrechtlichen Verträge enthalten die §§ 338 ff ASVG, wobei diese kraft Verweisung auch im übrigen Bereich des Sozialversicherungsrechts gelten und den zulässigen Inhalt der Gesamtverträge determinieren. Die Verpflichtung der KVTr, die ausreichende Versorgung der anspruchsberechtigten Personen mit den gesetzlichen und satzungsmäßigen Leistungen durch den Abschluss privatrechtlicher Verträge sicherzustellen, ist in § 338 Abs 2 ASVG ausdrücklich vorgesehen. Durch die Vertragsabschlüsse mit den in Betracht kommenden Leistungserbringern wird die kostenlose Inanspruchnahme der geschuldeten medizinischen Leistungen für die versicherten Personen realisiert.

2.1.2 Die Organisationspflicht der Sozialversicherungsträger

Mit Ausnahme der landesfondsfinanzierten öffentlichen Krankenanstalten, die verpflichtet sind, für die KVTr tätig zu werden, kann die Tätigkeit der übrigen Leistungserbringer für die KVTr nur im Verhandlungsweg erreicht werden. Diese müssen daher nicht für die Sozialversicherung tätig werden. Denn der gesetzliche Auftrag zur Sachleistungsvorsorge richtet sich ausschließlich an die SozVTr.¹⁵⁹ Durch das Vertragsarztsystem sollte dem Bestreben der Ärzteschaft, ihre freiberufliche Tätigkeit auch im Rahmen der vertraglichen Beziehungen mit den SozVTr gewahrt zu sehen, weiterhin entsprochen werden.¹⁶⁰ Dementsprechend sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Gesamtvertrag auch das „*Ergebnis eines freien Spiels der Kräfte*“ sein.¹⁶¹ Es sollte dem „*freien Vertragwillen beider Teile*“ überlassen bleiben, die sich aus der Zusammenarbeit

¹⁵⁸ *Krejci*, ZAS 1989, 118; *Marhold*, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in Schrammel (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung, 4 ff; *Resch*, Sozialrecht³, 63; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 93. Siehe zum Meinungsstreit ausführlich oben Punkt 1.5.2.2.

¹⁵⁹ Vgl. § 148 ASVG. So auch *Selb*, ZAS 1976, 43.

¹⁶⁰ AB 613 BlgNR VII.GP.

¹⁶¹ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.2.2.

und dem zweckentsprechenden Ausbau der Beziehungen zwischen der Sozialversicherung und ihren Vertragspartnern ergebenden Fragen zu regeln.¹⁶²

Dem österreichischen Vertragsarztsystem, wie es dem ASVG zugrunde liegt, ist eine Zwangsschlichtung daher grundsätzlich fremd.¹⁶³ Lediglich § 342 Abs 1 Zif 1 und 2 ASVG sehen die kurzfristige Möglichkeit für beide Gesamtvertragsparteien vor, im Falle der Aufkündigung des Gesamtvertrages die Bundesschiedskommission anzurufen, die den Inhalt des aufgekündigten Vertrages für weitere drei Monate festsetzen kann. Darüber hinaus besteht aber keine Möglichkeit, das heißt, am Ende einer nicht lösbaren Konfliktsituation steht jedenfalls der sog vertragslose Zustand.¹⁶⁴

Ein Abschlusszwang besteht daher weder für die SozVTr, noch für die Ärztekammern.¹⁶⁵ Die Vertragsparteien sollen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers im Ringen über den Abschluss eines Vertrages „*mit den ihnen gegebenen wirtschaftlichen und politischen Mitteln zu einem primär aus den widerstreitenden Interessen resultierenden Ergebnis kommen*“.¹⁶⁶ Das Grundkonzept des Gesamtvertrages ist daher eindeutig liberalistisch. Diese Sichtweise hat auch der Oberste Gerichtshof bestätigt.¹⁶⁷

2.2 Die privatrechtlichen Verträge iSd §§ 338 ff ASVG

2.2.1 Der Gesamtvertrag

2.2.1.1 Der Abschluss des Gesamtvertrages

Der privatrechtliche Vertrag iSd § 338 ASVG, der die Beziehungen zwischen den KVTr und den freiberuflich tätigen Ärzten regelt, ist also nach

¹⁶² AB 613 BlgNR VII.GP., 30.

¹⁶³ *Selb*, ZAS 1976, 45.

¹⁶⁴ Siehe zum vertragslosen Zustand sogleich unten Punkt 2.2.1.6.

¹⁶⁵ *Selb*, ZAS 1976, 44; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.2.2.

¹⁶⁶ *Selb*, ZAS 1976, 44.

¹⁶⁷ OGH 16.12.1992, 2 Ob 20/92 = VersRdSch 1993, 137.

§ 341 Abs 1 ASVG der Gesamtvertrag. Dessen Abschluss ist der „*erste Schritt zur Verwirklichung des Sachleistungsprinzips*“¹⁶⁸.

Abschlussberechtigt ist auf Seite der KVTr der Hauptverband, wobei jedoch die Zustimmung der jeweiligen KVTr, für den der Vertrag abgeschlossen wird, zum Vertrag notwendig ist. Dass der Hauptverband den Gesamtvertrag abschließt und nicht jeder KVTr selbst, hat den Sinn und Zweck, die verschiedenen und zahlreichen KVTr zu koordinieren.¹⁶⁹ Auf Seiten der Ärzteschaft sind die örtlich zuständigen Ärztekammern abschlussberechtigt. Mit Zustimmung der jeweiligen Ärztekammer kann auch die Österreichische Ärztekammer den Gesamtvertrag abschließen.¹⁷⁰ Selbstverständlich setzt der Abschluss eines Gesamtvertrages wie jeder Vertrag übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus. Der Abschluss des Gesamtvertrages kann demnach auch gänzlich¹⁷¹ bzw teilweise¹⁷², also in gewissen Bereichen, scheitern.

Durch den Gesamtvertrag wird jedoch noch kein Arzt zur Behandlung der Versicherten verpflichtet, ebenso wenig kann der Arzt aufgrund des Gesamtvertrages Honoraransprüche stellen. Hierzu ist vielmehr der Abschluss eines Einzelvertrages, der jedoch in untrennbarem Zusammenhang mit dem Gesamtvertrag steht, notwendig. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gibt es ohne Gesamtvertrag keinen Einzelvertrag.¹⁷³ Dies unterstreicht auch der Wortlaut der relevanten Bestimmung des ASVG, wonach der „*Inhalt des Gesamtvertrages auch Inhalt des zwischen dem Träger der Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis abzuschließenden Einzelvertrages*“¹⁷⁴ ist. Verstoßen Vereinbarungen zwischen dem KVTr und dem einzelnen Arzt gegen den Inhalt

¹⁶⁸ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.1.

¹⁶⁹ Resch, Sozialrecht³, 41.

¹⁷⁰ § 341 Abs 1 ASVG. Resch, Sozialrecht³, 41, 64; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 100; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.1.

¹⁷¹ Es tritt der sog vertragslose Zustand ein. Siehe dazu sogleich unten Punkt 2.2.1.6 .

¹⁷² Es entsteht ein sog kassenfreien Raum. Siehe dazu sogleich unten Punkt 2.2.1.9 .

¹⁷³ Krejci, ZAS 1989, 109 ff.

¹⁷⁴ § 341 Abs 2 1.Satz ASVG.

des jeweils für den Niederlassungsort des Arztes geltenden Gesamtvertrags, so sind diese Vereinbarungen rechtsunwirksam.¹⁷⁵

2.2.1.2 Die Rechtsnatur des Gesamtvertrages

Der ärztliche Gesamtvertrag zählt zu den privatrechtlichen Normenverträgen. Er ist jedoch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und Teilen der Lehre eine Rechtsquelle *sui generis*, die Ähnlichkeit mit dem privatrechtlichen Normenverträgen des Arbeitsrechts, nämlich dem Kollektivvertrag und der Betriebsvereinbarung, aufweist.¹⁷⁶

Ebenso wie die Normenverträge des Arbeitsrechts, weist auch der Gesamtvertrag eine Unterscheidung in einen normativen und einen schuldrechtlichen Teil auf.¹⁷⁷ Der schuldrechtliche Teil hat nur zwischen den Vertragsparteien des Gesamtvertrages, also Ärztekammer und KVTr unmittelbare Wirkung; der normative Teil wirkt über die Vertragspartner hinaus und bestimmt den Inhalt der Einzelverträge, die zwischen den KVTr und den niedergelassenen Ärzten geschlossen werden.¹⁷⁸

Gegenüber den Normenverträgen des Arbeitsrechts zeigt der Gesamtvertrag allerdings die Besonderheit auf, dass die normative Wirkung des Gesamtvertrages zwingenden Charakter hat.¹⁷⁹ Wie bei den Normenverträgen des Arbeitsrechts handelt es sich beim Gesamtvertrag um einen Normvertrag, dessen Bindungswirkung über den Kreis der Vertragspartner hinausreicht. Die

¹⁷⁵ § 341 Abs 2 2.Satz ASVG. *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen, 81; *Tomandl*, in FS Schmitz II, 479; *Krejci*, ZAS 1989, 109 ff; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 150, 157; *Resch*, Sozialrecht³, 64.

¹⁷⁶ OGH 14.3.2006, 4 Ob 198/05d. Vgl auch *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.1.; *Tomandl*, in FS Schmitz II, 479; *Pfeifer*, JZ 1963, 505 ff; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 104; *Steinbach*, SozSi 1951, 41.

¹⁷⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 234; *Welser*, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht, 107; *Souhrada*, JBl 1982, 519.

¹⁷⁸ *Mosler*, DRdA 1996, 430.

¹⁷⁹ OGH 14.3.2006, 4 Ob 198/05d.

Gesamtverträge haben daher jedenfalls teilweise heteronome Wirkung. Wird im Rahmen eines bestehenden Gesamtvertrages etwa eine neue Honorarordnung vereinbart, so wirkt diese Veränderung auch auf die bestehenden Einzelverträge, ohne dass diese neu abgeschlossen werden müssen.¹⁸⁰ Eine solche heteronome Wirkung ergibt sich ebenfalls aus den Regelungen des Gesamtvertrages, die die Auswahl und die rechtliche Position der Bewerber um Kassenverträge gegenüber den KVTr gestalten; sie tun dies nämlich, ohne dass die Bewerber Vertragsparteien des Gesamtvertrages sind.¹⁸¹ Ebenso wird der Inhalt der Einzelverträge durch den für den Niederlassungsort des abschließenden Arztes geltenden Gesamtvertrag mit zwingender Wirkung allgemeinverbindlich geregelt.¹⁸² Den Einzelvertragsparteien kommt eine individuelle Gestaltungsmacht nur innerhalb des vom Gesamtvertrag vorbestimmten Geltungsbereichs zu.¹⁸³ Dabei wirken die Regelungen des Gesamtvertrages unmittelbar auf den Einzelvertrag, ohne dass eine ausdrückliche vertragliche Aufnahme des Gesamtvertragsinhaltes in den Einzelvertrag erforderlich ist. Es wird daher durch den Gesamtvertrag das Verhalten Dritter normiert, die am Vertragsabschluss nicht beteiligt waren. Die Gesamtverträge haben damit *„zumindest teilweise eine fremdbestimmende Wirkung, die für den betroffenen einzelnen nicht durch eigene Mitwirkung, dh autonom entstanden ist, sondern vielmehr durch Willensentscheidung anderer, also heteronom vorgegeben wurde. In dieser Hinsicht entsprechen Gesamtverträge weniger dem Normtypus des Vertrages, der im allgemeinen nur iur inter partes schafft, als vielmehr der Rechtsatzform des Gesetzes und der Verordnung, die unabhängig vom Willen ihrer Adressaten Geltung haben“*.¹⁸⁴ Geht man von der Offenheit des

¹⁸⁰ Funk, VersRdSch 3/1995, 51 (53); Mosler, DRdA 1996, 430.

¹⁸¹ Funk, VersRdSch 3/1995, 51 ff; Krejci, ZAS 1989, 109 ff; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 100.

¹⁸² § 341 Abs 1 2.Satz ASVG.

¹⁸³ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 140 ff.

¹⁸⁴ Funk, VersRdSch 3/1995, 51 ff. Vgl auch Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.1.; Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 110 ff; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen, 81 f; Nauta, Das Recht der freien Berufe, 55.

Rechtsquellensystems¹⁸⁵ aus, so sind andere heteronome, generelle Rechtsquellen neben dem Gesetz und der Verordnung durchaus zulässig. In diesem Sinne lässt sich der Gesamtvertrag eben als privatrechtlicher Normenvertrag interpretieren.

Dass der Gesamtvertrag jedenfalls dem Privatrecht und nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, entspricht grundsätzlich der hL und ist vor allem auch vom Obersten Gerichtshof anerkannt.¹⁸⁶ Insbesondere *Mosler*¹⁸⁷ hat gezeigt, dass sich der privatrechtliche Charakter der Gesamtverträge aus dem Gesetz selbst ergibt. Nach § 338 Abs 1 ASVG sind nämlich die Beziehungen zwischen den SozVTr und den Ärzten ausdrücklich durch „*privatrechtliche Verträge*“ zu regeln und dies gelte nicht nur für die Einzel-, sondern auch für die Gesamtverträge.¹⁸⁸ Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Einordnung des Gesamtvertrages in das Gesamtsystem der Rechtsordnung, also in das öffentliche Recht bzw in das Privatrecht, hat insbesondere für den Bereich des Rechtsschutzes wesentliche Bedeutung. Der Stellenplan etwa könnte bei einer öffentlichrechtlichen Deutung wohl nur als Verordnung verstanden werden und wäre damit einer unmittelbaren Bekämpfung vor dem Verfassungsgerichtshof nach Art 139 B-VG zugänglich.¹⁸⁹ Diese Überlegungen sind nun insofern hinfällig, als es der stRspr des Obersten Gerichtshofes entspricht, dass es sich bei den Gesamtverträgen um öffentlichrechtliche Rechtsquellen *sui generis* handelt.¹⁹⁰ Auch nach der Ansicht des Verfassungsgerichtshofes sind die Gesamtverträge nach §§ 338 ff ASVG privatrechtliche Verträge, die nicht als Rechtsverordnungen iSd Art 139 B-VG qualifiziert werden können.¹⁹¹

¹⁸⁵ Zur Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellenkataloges: *Öhlinger*, ÖBl 1976, 89; *Öhlinger*, DRdA 1982, 281; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 236; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 538 ff; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 (53); *Funk*, FS Antoniolli, 172; *Mayer*, ÖStZ 1975, 151; *Mayer*, JBl 1976, 636; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht², Rz 468 ff.

¹⁸⁶ OGH 27.2.1992, 2 Ob 7/95; 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; Statt vieler *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 34 f.

¹⁸⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 120 ff.

¹⁸⁸ So auch der OGH 27.2.1992, 2 Ob 7/95.

¹⁸⁹ Vgl *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 34.

¹⁹⁰ RIS-Justiz RS0115620; OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 21.12.2006, 2 Ob 128/06x.

¹⁹¹ VfGH 24.2.1997, V 49/96, V 50/96 = VfSlg 14.740.

Wie auch schon *Kopetzki* gezeigt hat, erübrigen sich angesichts der unmissverständlichen Anordnung des ASVG-Gesetzgebers in § 338 Abs 1 aber ohnehin alle theoretischen Überlegungen nach der privatrechtlichen Einordenbarkeit eines solchen Normenvertrages: *„Der Gesetzgeber kann eben neue Strukturelemente finden, die den Rahmen des bisher im Privatrecht Vorstellbaren sprengen, und diese dennoch dem Privatrecht zuordnen. Die Schwierigkeiten der Lehre, diese Phänomene mit der Privatautonomie in Einklang zu bringen, hindern daran nicht. Mangels eines grundsätzlichen theoretischen Unterschieds zwischen privatem und öffentlichem Recht bedeutet diese privatrechtlich Etikettierung ja ohnehin nicht mehr und nicht weniger als eine implizite gesetzliche Anordnung behördlicher Zuständigkeiten sowie des auf solche Verträge anwendbaren rechtssystematischen Umfelds des ABGB. Im übrigen sind die Konsequenzen aus der privatrechtlichen bzw öffentlichrechtlichen Einordnung – zumindest auf der Ebene des materiellen Rechts – weit weniger krass als vielfach angenommen.“*¹⁹²

Aus alledem folgt, dass der Gesamtvertrag dem Privatrecht zugehört¹⁹³ und die Vertragspartner diesbezüglich im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Verwaltung handeln,¹⁹⁴ ihnen dabei aber nicht jene Vertragsfreiheit zukommt, wie sie dem Vertragsschluss *inter privatos* immanent ist. Vielmehr sind gesetzliche und vor allem verfassungsrechtliche Bindungen zu beachten. So hat auch der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit den kassenärztlichen Honorarordnungen ausgesprochen, dass die gesamtvertragliche Rechtsetzung nicht dem freien Ermessen der Vertragspartner unterliegt, sondern den Grundsätzen der Billigkeit und der Wahrung von Treu und Glauben verpflichtet ist.¹⁹⁵

¹⁹² *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 35.

¹⁹³ VfGH 30.9.1993, B 1136/92 = VfSlg 13.553; RIS-Justiz RS0115620; OGH 27.2.1992, 2 Ob 7/95; 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 21.12.2006, 2 Ob 128/06x; jeweils mwN. *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, § 341, Anm 2a.

¹⁹⁴ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 34.

¹⁹⁵ OGH 16.12.1992, 2 Ob 20/92 = VersRdSch 1993, 137.

Die obigen Feststellungen führen nämlich wiederum zu verfassungsrechtlichen Problemstellungen, insbesondere zur generellen Frage nach der Zulässigkeit von Normenverträgen sowie zur Frage, ob denn diese gesetzliche Einordnung der Gesamtverträge in das Privatrecht im Hinblick auf die nicht unbegrenzte Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen hoheitlichen und privatrechtsförmigen Handlungsformen¹⁹⁶ verfassungskonform ist.¹⁹⁷

Aufgrund ihrer einseitig normativen Wirkung kommt den Normenverträgen nämlich generell-rechtssetzender Charakter zu und bringt sie daher in eine gewisse Konkurrenzstellung zur hoheitlichen Rechtsform der Verordnung.¹⁹⁸ Jede einseitige Rechtsgestaltung verlangt aber grundsätzlich nach einer hoheitlichen Ausgestaltung, um die daran anknüpfenden Rechtsschutzeinrichtungen und sonstigen verfassungsrechtlichen Sicherungen nicht leerlaufen zu lassen.¹⁹⁹ In diesem Sinne sind Gesamtverträge mit normsetzender Wirkung für Dritte nur zulässig, wenn sie auch diesen rechtstaatlichen Anforderungen entsprechen.²⁰⁰ Erforderlich ist jedenfalls eine inhaltlich ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage. Ferner muss die Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über gesamtvertraglich geregelte Rechtsverhältnisse durch Behörden wahrgenommen werden, die den Anforderungen des Art 6 EMRK gerecht werden.²⁰¹ Der Verfassungsgerichtshof hat die privatrechtlichen Verträge iSd § 338 Abs 1 ASVG dem Kernbereich des

¹⁹⁶ Vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 184 ff; *Raschauer*, ÖZW 1977, 1.

¹⁹⁷ *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Der Vertragsarzt, 35.

¹⁹⁸ *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht 2, 353 ff; *Mosler*, in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 104 ff; *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 55; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 (52 ff).

¹⁹⁹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 190; *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Der Vertragsarzt, 36.

²⁰⁰ Vgl *Mosler*, in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 124 ff; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 (54); *Krejci*, Untergang der Kassenärzte?, 36; *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 55.

²⁰¹ OGH 27.2.1992, 2 Ob 7/95; VfGH 30.9.1993, B 1136/92 = VfSlg 13.553. Das Verfahren vor den Schiedskommissionen entspricht den Vorgaben und Anforderungen des Art 6 EMRK.

Zivilrechts iSd Art 6 EMRK zugeordnet und deren ausdrückliche gesetzliche Zuordnung zum Privatrecht bisher akzeptiert.²⁰²

2.2.1.3 Der Inhalt des Gesamtvertrages

§ 342 ASVG zählt beispielhaft Regelungsinhalte der Gesamtverträge auf. Danach haben diese uA den sog Stellenplan (Abs 1 Zif 1 leg cit), der die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen festlegt, weiters Bestimmungen über die Auswahl der Einzelvertragspartner (Abs 1 Zif 2 leg cit), über Rechte und Pflichten der Vertragspartner (Abs 1 Zif 3 leg cit), über die Vorsorge zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Behandlung und Verschreibweise (Abs 1 Zif 4 leg cit) sowie Bestimmungen über die Kündigungs- und Auflösungsmöglichkeiten des Gesamtvertrages (Abs 1 Zif 7 leg cit) zu enthalten. Ferner beinhalten Gesamtverträge auch die Honorarordnung (Abs 2 leg cit), die die Vergütung der Vertragspartner betrifft.²⁰³ Die Vereinbarung der Honorierung der ärztlichen Leistungen zählt zu den *essentialia negotii* eines Gesamtvertrages. Nach § 342 Abs 2 ASVG hat die Vergütung der Tätigkeit von Vertragsärzten und Vertrags-Gruppenpraxen „grundsätzlich“²⁰⁴ nach Einzelleistungen zu erfolgen.²⁰⁵ Aus dieser Formulierung ist zu schließen, dass das Einzelleistungssystem jedoch keine Ausschließlichkeit für sich beanspruchen kann. Der Gesetzgeber akzeptiert auch Honorarpauschalierungen, da diese aus praktischen Gründen oft nicht vermeidbar sind. Allerdings müssen sie quantitativ die Ausnahme bleiben.²⁰⁶

²⁰² VfGH 30.9.1993, B 1136/92 = VfSlg 13.553; 20.06.1989, G 228/88, G 3/89, G 4/89, V 202/88, V 1/89, V 2/89 = VfSlg 12.083; 14.6.1988, G 48/87, V 14/87 = VfSlg 11.729; 23.3.1993, B 759/92 = VfSlg 13.407; 24.2.1997, V 49/96, V 50/96 = VfSlg 14.740.

²⁰³ *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 647; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 100; *Resch*, Sozialrecht³, 64; *Seiss*, SozSi 2000, 927.

²⁰⁴ § 342 Abs 2 1.Satz ASVG.

²⁰⁵ Vgl auch *Resch*, Sozialrecht³, 65; *Seiss*, SozSi 2000, 927.

²⁰⁶ *Schrammel*, DRdA 2007, 347.

2.2.1.3.1 Der Stellenplan

Wie die Gegenüberstellung der Gesamtzahlen von zur Berufsausübung berechtigten und daher in die Ärzteliste²⁰⁷ eingetragenen Ärzten einerseits und in einem Vertragsverhältnis zu den KVTr stehenden freiberuflich tätigen Ärzten andererseits gezeigt hat,²⁰⁸ sind Einzelverträge ein knappes Gut. Deren Vergabe muss daher rechtlich gesteuert werden, wofür das Gesetz eine Art „Planstellenbewirtschaftung“²⁰⁹ vorsieht. Gemäß § 342 Abs 1 Zif 1 ASVG haben die Gesamtverträge die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen unter Bedachtnahme auf die regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) mit dem Ziel festzusetzen, dass unter Berücksichtigung der örtlichen und Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung iSd § 338 Abs 2 erster Satz ASVG des in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personenkreises gesichert ist. Dabei soll in der Regel die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbarer Vertragsärzte oder einem Vertragsarzt und einer Vertrags-Gruppenpraxis freigestellt sein.²¹⁰ Diese Verteilung erfolgt im sog „Stellenplan“, der die Kassenplanstellen nach Arztkategorien und Verwaltungsbezirken festsetzt. Die Verteilung der Ärzte soll so ausgewogen sein, dass die Leistungsbereitstellung keine regionale Disproportionalität aufweist. Genauer ist dem Gesetzeswortlaut nicht abzugewinnen.²¹¹ Jedenfalls aber wird die regionale Verteilung der Vertragsarztstellen von Bundesland zu Bundesland recht

²⁰⁷ Vgl § 27 ÄrzteG 1998.

²⁰⁸ Siehe dazu oben die Einleitung.

²⁰⁹ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 32.

²¹⁰ Vgl den Gesamtvertrag vom 1.1.2004, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Wien einerseits und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger für die im § 2 angeführten Krankenversicherungsträger andererseits. Folgezitat: wrGV. § 4 wrGV legt die Zahl der Vertragsärzte für Allgemeinmedizin mit 880 und die Zahl der Vertragsfachärzte (ausgenommen Vertragsfachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde und Zahnärzte) einschließlich der Vertragsfachärzte für medizinische und chemische Labordiagnostik (Vertragslaboratorien) sowie der Vertragsfachärzte für Pathologie mit 970 fest.

²¹¹ *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, § 342, Anm 3; *Marhold*, *Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten*, in Schrammel (Hrsg), *Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung*, 4 ff; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 32, mit Verweis auf *Funk*, *VersRdSch* 3/1995, 51 (52).

unterschiedlich sein, da Einzelverträge stets im Hinblick auf die individuelle Versorgungssituation am Ordinationsort geschlossen werden.²¹²

Da, wie eben gezeigt wurde, der Gesamtvertrag *de lege lata* und auch in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als privatrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist,²¹³ trifft dies auch auf den Stellenplan zu.²¹⁴ Ferner zählt der Stellenplan, ebenso wie die Bestimmungen über die Auswahl der Vertragsärzte, zum schuldrechtlichen Teil des Gesamtvertrages und entfaltet daher unmittelbare Rechtswirkungen nur zwischen den Gesamtvertragsparteien.²¹⁵

Abweichungen vom Stellenplan sind grundsätzlich nur mit Zustimmung des Hauptverbandes und der zuständigen Landesärztekammer bzw ersatzweise der Österreichischen Ärztekammer zulässig. Ein freier Abschluss von Einzelverträgen ist daher bei Bestehen eines Gesamtvertrages nicht möglich, denn dieses Zulassungssystem ist zwingender Inhalt des Gesamtvertrages. Es steht nicht im Ermessen der Gesamtvertragsparteien, ob sie einen Stellenplan vereinbaren oder ob sie etwa eine Regelung treffen, dass mit allen geeigneten und abschlusswilligen Ärzten Einzelverträge abgeschlossen werden.²¹⁶

Der Stellenplan ist zwar keine „echte“ Berufszugangsbeschränkung, weil die Möglichkeit der freiberuflichen Berufsausübung dadurch rechtlich nicht berührt wird,²¹⁷ dennoch greift aber jede an Verhältniszahlen orientierte Zulassungsbeschränkung intensiv in die Berufsfreiheit der Ärzte ein. Sowohl der Gesetzgeber als auch die Vertragsparteien der Gesamtverträge sind - wie oben ausgeführt - an die Grundrechte gebunden. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob das Zulassungssystem das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verletzt. Das

²¹² Souhrada, JBl 1982, 519. Vgl LSK Tirol 25.5.1994, SSV-NF 8/B 6 (zum Wechsel der Ordinationsstätte).

²¹³ Siehe dazu auch oben Punkt 2.2.1.2.

²¹⁴ Kopetzki, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 37.

²¹⁵ Mosler, DRdA 1996, 430.

²¹⁶ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 237 f; Schrammel, DRdA 2007, 347.

²¹⁷ Nauta, Das Recht der freien Berufe, 54; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.1.; Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 112, 249; Kopetzki, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 41 f.

geltende Stellenplansystem enthält also keine absolute Zugangssperre für niedergelassene Ärzte, stellt aber nach Teilen der Lehre eine Beschränkung der Erwerbsausübung dar.²¹⁸

2.2.1.3.2 Die Regeln über die Auswahl der Vertragsärzte

Nach § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG haben die Gesamtverträge auch die Auswahl der Vertragsärzte zu regeln. Die Auswahl der Vertragsärzte und der Abschluss der Einzelverträge erfolgt nach den Gesamtverträgen im Einvernehmen mit den örtlich zuständigen Ärztekammern.²¹⁹ Der Gesetzgeber räumt damit den Ärztekammern entscheidenden Einfluss bei der Besetzung von Kassenarztstellen ein. Hinzu kommt, dass die Einzelverträge nur im Rahmen des Stellenplanes und der Zulassungsordnung der Gesamtverträge abgeschlossen werden dürfen, die ja ebenfalls zwischen den Ärztekammern und dem Hauptverband der SozVTr abgeschlossen wird. Außerhalb der vereinbarten Zahl und örtlichen Verteilung geschlossene Einzelverträge würden ebenfalls die Zustimmung der Vertragsparteien des Gesamtvertrages benötigen, um überhaupt wirksam werden zu können; es sind also wiederum Hauptverband und die jeweilige Landesärztekammer bzw im Falle der Nichteinigung die Österreichische Ärztekammer involviert.²²⁰

Ansonsten regeln die Gesamtverträge aber auch nur die wesentlichsten Elemente des Auswahlverfahrens, wie die Ausschreibung des Vertrages oder die Antragstellung über die Ärztekammern.²²¹ Daher werden die Bestimmungen der Gesamtverträge ganz entscheidend durch die Reihungskriterien-VO sowie durch von den Landesärztekammern festgelegte Richtlinien zur Reihung der Bewerber ergänzt. Teilweise werden die Reihungsrichtlinien auch direkt in den

²¹⁸ So etwa *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.1. Siehe zu dieser Frage ausführlich unten Punkt 7.4.

²¹⁹ § 343 Abs 1 ASVG.

²²⁰ § 343 Abs 1 ASVG.

²²¹ Vgl §§ 4 und 5 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83.

Gesamtvertrag eingebunden.²²² Die Richtlinien müssen in besonderem Maße die Qualität der Bewerber berücksichtigen, denn durch die Einzelvertragsvergabe soll ja die ausreichende qualitative Versorgung der Versicherten sichergestellt werden. Die Sicherung der Qualität der medizinischen Versorgung ist ein wesentliches Anliegen des Vertragspartnerrechtes. Der Versicherte hat zwar „*keinen Rechtsanspruch auf die jeweils weltbeste medizinische Versorgung, die Behandlung muss jedoch, sofern in Österreich eine entsprechende Behandlungsmöglichkeit besteht, dem jeweiligen österreichischen Standard entsprechen*“²²³.

Praktisch nimmt die Ärztekammer zunächst eine Reihung aller Bewerber nach einem Punktesystem vor. Die Kriterien, für die Punkte erworben werden können, und die entsprechende Punkteanzahl ergeben sich aus der Reihungskriterien-VO und werden in den eben erwähnten Richtlinien der Ärztekammern konkretisiert. Aufgrund eines Vorschlags der Ärztekammer trifft der KVTr die Entscheidung über seinen künftigen Vertragspartner und Leistungserbringer.²²⁴

2.2.1.4 Die Instrumente der Streitschlichtung

Zur Entscheidung über Streitigkeiten zwischen den Gesamtvertragsparteien ist in erster Instanz die jeweilige Landesschiedskommission, in zweiter Instanz die Bundesschiedskommission berufen.²²⁵

²²² Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 265 ff; Resch, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 149 ff.

²²³ RIS-Justiz RS0073059; OGH 22.5.2001, 10 ObS 315/00x = DRdA 2001, 567; Vgl auch Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.2.

²²⁴ Siehe ausführlich zum Auswahlverfahren unten Teil II, Punkt 3 ff.

²²⁵ §§ 345a, 346 ASVG.

2.2.1.4.1 Die Landesschiedskommissionen²²⁶

Gemäß § 345a Abs 1 ASVG sind die Landesschiedskommissionen für jedes Bundesland auf Dauer einzurichten. Sie setzen sich zusammen aus einem Richter des Ruhestandes als Vorsitzenden und vier weiteren Beisitzern. Der Vorsitzende soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers über längere Zeit hindurch in Arbeits- und Sozialrechtssachen tätig gewesen sein. Der Vorsitzende wird von dem Bundesminister für Justiz auf 5 Jahre bestellt. Die Beisitzer werden von der zuständigen Ärztekammer und dem Hauptverband jeweils im Einzelfall entsendet.²²⁷

Sachlich sind die Landesschiedskommissionen zuständig zur Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Parteien des Gesamtvertrages über die Auslegung oder die Anwendung eines bestehenden Gesamtvertrages sowie zur Entscheidung über die Wirksamkeit einer Kündigung eines Einzelvertrages gemäß § 343 Abs 4 ASVG^{228, 229}.

Handelt es sich um Streitigkeiten aus dem Gesamtvertrag, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Sitz der am Verfahren beteiligten Ärztekammer. Davon besteht eine Ausnahme, denn obwohl die Ärztekammer für Niederösterreich ihren Sitz in Wien hat, ist dennoch für Streitigkeiten, an denen diese beteiligt ist, die Landesschiedskommission Niederösterreich zuständig. Handelt es sich um eine Entscheidung über die Wirksamkeit einer Kündigung eines Einzelvertrages, bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Berufssitz des Vertragsarztes, der Partei des Verfahrens ist.²³⁰

²²⁶ Vgl dazu insb *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 661 f; *Souhrada*, SozSi 1990, 18; *Reif*, SozSi 1991, 594.

²²⁷ § 345a Abs 1 ASVG.

²²⁸ Siehe zu diesem Kündigungsgrund sogleich unter Punkt 2.2.1.5.

²²⁹ § 345a Abs 2 Zif 1 und 2 ASVG.

²³⁰ § 22 Abs 2 SchKV.

Gegen die Entscheidungen der Landesschiedskommissionen kann das ordentliche Rechtsmittel der Berufung an die Bundesschiedskommission erhoben werden.²³¹

2.2.1.4.2 Die Bundesschiedskommission²³²

Gemäß § 346 Abs 1 ASVG setzt sich die Bundesschiedskommission aus einem aktiven Richter des Obersten Gerichtshofes als Vorsitzenden und aus sechs Beisitzern zusammen, wobei die Beisitzer ebenfalls Richter des Obersten Gerichtshofes sein müssen. Sie und der Vorsitzende werden vom Bundesminister für Justiz bestellt. Je zwei der Besitzer werden vom Hauptverband und der Österreichischen Ärztekammer entsendet. Die Mitglieder der Bundesschiedskommission werden für eine Funktionsperiode von 5 Jahren bestellt, wobei Wiederbestellungen zulässig sind. Eine Amtsenthebung eines Mitgliedes kann unter bestimmten Umständen durch den Bundesminister für Justiz vorgenommen werden.²³³

Die Mitglieder der Bundesschiedskommission sind in der Ausübung ihres Amtes unabhängig und genießen Weisungsfreiheit. Alle Entscheidungen der Bundesschiedskommission können im Verwaltungsweg weder aufgehoben noch abgeändert werden. Die Gerichte, die Verwaltungsbehörden, die Versicherungsträger sowie der Hauptverband, die Österreichische Ärztekammer und die Ärztekammern in den Bundesländern sind an die im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches getroffenen Entscheidungen der Landesschiedskommissionen und der Bundesschiedskommission gebunden.²³⁴

²³¹ § 345a Abs 3 ASVG.

²³² Vgl dazu insb *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 662 ff; *Schuster/Bennott*, ZAS 1970, 51; *Souhrada*, SozSi 1984, 423; *Souhrada*, SozSi 1990, 18; *Reif*, SozSi 1991, 594; *Grillberger*, ZAS 1994, 81.

²³³ § 346 Abs 2 und 4 ASVG.

²³⁴ § 347 Abs 7 und 3 ASVG.

Dies gilt im Übrigen auch für die Entscheidungen der Paritätischen Schiedskommission und der Landesberufungskommission.²³⁵

Bei der Bundesschiedskommission handelt es sich um eine sog weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag, gegen deren Entscheidung eine Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes nach Art 133 Zif 4 B-VG ausgeschlossen ist. Allerdings kann gegen Bescheide der Bundesschiedskommission eine Bescheidbeschwerde gemäß Art 144 B-VG beim Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Bundesschiedskommission ist als Tribunal iSd Art 6 EMRK anzusehen.²³⁶

2.2.1.5 *Der Beginn und die Beendigung des Gesamtvertrages*

Aufgrund des normativen, generell-rechtssetzenden Charakters von Gesamtverträgen müssen sie den Normunterworfenen zur Kenntnis gebracht werden. Da gesetzlich kein besonderes Verfahren vorgesehen ist, hat der Gesamtvertrag selbst Regelungen über seine Verlautbarung zu treffen.²³⁷ Nachdem Abschlusspartner der Ärztekammern zwar der Hauptverband ist, jedoch letztlich die Zustimmung des jeweiligen KVTr erforderlich ist, damit ihm gegenüber Bindungswirkung entsteht, hat die Verlautbarung des Gesamtvertrages erst nach Zustimmung aller Beteiligten zu erfolgen.²³⁸

Ebenso wenig wie über das Inkrafttreten der Gesamtverträge enthält das Gesetz detaillierte Regelungen über deren Beendigung.²³⁹ Insbesondere Kündigungsfristen und Kündigungstermine haben die Gesamtverträge daher

²³⁵ Siehe zu diesen sogleich unten Punkte 2.2.2.6.1 und 2.2.2.6.2.

²³⁶ VfGH 14.6.2000, B 1245/98 = VfSlg 15.803; 5.12.2000, B 1813/97 = VfSlg 16.039; 8.3.2006, B 3303/05 = VfSlg 17.788. *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 663.

²³⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 222 ff.

²³⁸ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.3.

²³⁹ *Resch*, *Sozialrecht*³, 64.

autonom zu bestimmen.²⁴⁰ Im Regelfall werden Gesamtverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, jeweils mit einer Kündigungsmöglichkeit zum Ende eines jeden Kalenderjahres unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist. Da es sich bei einem Gesamtvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, können ebenso die allgemeinen Regeln über deren Beendigung angewendet werden.

Im Falle der Kündigung eines Gesamtvertrages besteht die Möglichkeit, dass die Bundesschiedskommission diesen auf Antrag einer der beiden Gesamtvertragsparteien für höchstens drei Monate in seiner Geltung verlängert, um das sofortige Ausbrechen eines vertragslosen Zustandes mit all seinen rechtlichen Konsequenzen zu vermeiden bzw zumindest hinauszuzögern. Der Antrag kann gestellt werden, wenn sechs Wochen vor Ablauf der Geltungsdauer des Gesamtvertrages ein neuer noch nicht geschlossen wurde und die Geltungsdauer des aufgekündigten Gesamtvertrages noch nicht abgelaufen ist. Wird der Antrag fristgerecht gestellt, so bleibt der aufgekündigte Gesamtvertrag jedenfalls vorläufig bis zur Entscheidung der Bundesschiedskommission in Kraft.²⁴¹ So soll den Vertragsparteien ein zeitlicher Rahmen für Verhandlungen verschafft werden. Bleiben die Verhandlungen jedoch erfolglos und kann keine Willensbildung über einen Neuabschluss erzielt werden, so tritt der sog vertragslose Zustand ein. Mit Ablauf der Geltungsdauer des vorläufig weiter in Geltung gesetzten Gesamtvertrages erlöschen die von seinem Geltungsbereich erfassten Einzelverträge.²⁴² Eine Nachwirkung des Gesamtvertrages ist ausgeschlossen.²⁴³ Dies hat zur Folge, dass die Kassenärzte nicht mehr verpflichtet sind, die Versicherten auf Rechnung des KVTr zu behandeln. In diesem Fall kommt das Kostenerstattungsprinzip zum Tragen - die versicherten Personen haben selbst das Honorar des behandelnden Arztes aus dem

²⁴⁰ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 411 ff, mwN; *Resch*, *Sozialrecht*³, 64.

²⁴¹ § 348 Abs 1 und 2 ASVG.

²⁴² § 348 Abs 3 ASVG. *Tomandl*, *Grundriss des österreichischen Sozialrechts*⁵, 102; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 144 ff; *Tomandl*, in FS Schmitz II, 484.

²⁴³ *Tomandl*, in FS Schmitz II, 481 ff.

Behandlungsvertrag zu bezahlen und erhalten die Kosten vom KVTr in der Höhe der außer Kraft getretenen Honorartarife, also nur zum Teil, ersetzt.²⁴⁴

Da Gesamtverträge einen bestimmten notwendigen Inhalt haben müssen, sind Teilkündigungen der *essentialia negotii* jedenfalls unzulässig. Da der Gesamtvertrag mit all seinen Bestandteilen iSd § 343 ASVG eine Einheit darstellt, kann er auch nur einheitlich bestehen und beendet werden.²⁴⁵

2.2.1.6 Der vertragslose Zustand

Der Abschluss eines Gesamtvertrages kann nicht erzwungen werden. Vielmehr sollen die Vertragspartner „nach den Vorstellungen des Gesetzgebers beim Kampf um den Abschluss mit den ihnen gegebenen wirtschaftlichen und politischen Mitteln zu einem primär aus den widerstreitenden Interessen resultierenden Ergebnis kommen“.²⁴⁶ Wie oben ausgeführt, wird von einem vertraglosen Zustand gesprochen, wenn kein Gesamtvertrag in Geltung steht, auf den sich die Einzelverträge stützen könnten. Da die Gesamtverträge grundsätzlich selbst Regelungen über ihre Beendigung enthalten, können sie etwa durch Zeitablauf auslaufen oder von einem der Vertragspartner gekündigt werden, ohne dass ein neuer Gesamtvertrag abgeschlossen wird. Mit dem Wegfall des Gesamtvertrages erlöschen gleichzeitig all jene Einzelverträge, die vom Geltungsbereich des Gesamtvertrages erfasst waren.²⁴⁷

Sofern die Vertragsparteien eine gemeinsame Willensbildung über einen Neuabschluss eines Gesamtvertrages nicht erzielen können und ein vertragsloser Zustand droht, gibt es im österreichischen Sozialversicherungsrecht prinzipiell keine Zwangsschlichtung. Die einzige Möglichkeit, den Eintritt des vertragslosen Zustands hinauszuzögern, ist die oben ausgeführte kurzfristige Verlängerung des

²⁴⁴ § 131 a ASVG.

²⁴⁵ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.3.

²⁴⁶ Schrammel, DRdA 2007, 347; mwN.

²⁴⁷ § 348 Abs 3 ASVG. Vgl dazu Tomandl, in FS Schmitz II, 483. Siehe dazu oben Punkt 2.2.1.6.

Gesamtvertrages auf Antrag der Vertragsparteien nach § 348 Abs 1 ASVG. Dass der Antrag frühestens sechs Wochen vor Ablauf der Geltungsdauer, spätestens aber unmittelbar vor dem Ablauf gestellt werden muss, soll verhindern, dass der vertragslose Zustand unverhofft und plötzlich eintritt. Für die Dauer, die die Bundesschiedskommission zur Entscheidungsfindung benötigt, bleibt der Gesamtvertrag in Kraft und mit ihm auch die auf seiner Grundlage geschlossenen Einzelverträge. Verlängert die Bundesschiedskommission den Gesamtvertrag, so bleiben die Einzelverträge ebenfalls für den Zeitraum dieser Verlängerung in Geltung. Sobald diese Frist, die wie erwähnt höchstens drei Monate betragen darf, jedoch abgelaufen ist, erlöschen nach § 348 Abs 3 ASVG auch alle Einzelverträge – der vertragslose Zustand tritt ein.²⁴⁸

Der vertragslose Zustand hat zur Folge, dass die Vertragsärzte der Krankenkassen einerseits nicht mehr verpflichtet sind, mit anspruchsberechtigten Patienten Behandlungsverträge zu schließen, sie andererseits aber auch nicht mehr berechtigt sind, ihre Honoraransprüche aus der Behandlung sozialversicherter Patienten gegen die KVTr geltend zu machen.²⁴⁹ Es tritt im vertragslosen Zustand also – jedenfalls in Bezug auf Leistungen freiberuflich tätiger Ärzte – das Prinzip der Kostenerstattung an die Stelle des Sachleistungsprinzips.²⁵⁰ „Die ‚Bereitstellungsverpflichtung‘ der KVTr reduziert sich im vertragslosen Zustand auf die bloße Kostenerstattung, die sich wie beim Wahlarzt an den Tarifen des eben ausgelaufenen Gesamtvertrages orientiert.“²⁵¹ Für diesen Zeitraum kann jedoch die jeweilige Satzung des KVTr auch einen höheren Kostenersatz vorsehen.²⁵²

Das bisher Gesagte gilt jedoch nur für den Fall, dass der Gesamtvertrag erlischt. Ist die Ursache für den Eintritt des vertragslosen Zustandes eine andere,

²⁴⁸ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6.; Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 102; Resch, Sozialrecht³, 64.

²⁴⁹ Schrammel, DRdA 2007, 347; Resch, Sozialrecht³, 64.

²⁵⁰ § 131a ASVG.

²⁵¹ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6.

²⁵² Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 99; Resch, Sozialrecht³, 64; Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6.

nämlich dass überhaupt noch nie ein Gesamtvertrag mit dem jeweiligen Vertragspartner einer bestimmten Berufsgruppe geschlossen wurde, so bestimmt § 131 b ASVG dass der KVTr Kostenzuschüsse zu gewähren hat, wenn „andere Vertragspartner“ nicht zur Verfügung stehen, weil noch keine Verträge für den Bereich einer Berufsgruppe zustande gekommen sind. Das Ausmaß der Kostenerstattung hat der KVTr unter Bedachtnahme auf seine eigene finanzielle Leistungsfähigkeit und das wirtschaftliche Bedürfnis der Versicherten festzusetzen.²⁵³ Mit diesen „anderen Vertragspartnern“ sind vor allem freiberuflich tätige Psychotherapeuten und freiberuflich tätige klinische Psychologen gemeint.²⁵⁴ Die Bestimmung wird jedoch analog auch auf Ärztegesamtverträge angewandt.²⁵⁵

2.2.1.7 Die Zulässigkeit von Vereinbarungen während des vertragslosen Zustands

Fehlt ein ärztlicher Gesamtvertrag, so können grundsätzlich auch keine Einzelverträge mit freiberuflich tätigen Ärzten geschlossen werden. Das Einzelvertragsverbot während des vertragslosen Zustands ist in der Lehre seit dem Inkrafttreten des ASVG heftig umstritten. Nach der hL wird die Zulässigkeit von Einzelvertragsschlüssen bei Fehlen eines Gesamtvertrages seit dem Inkrafttreten des ASVG abgelehnt.²⁵⁶ Der KVTr und die niedergelassenen, freiberuflich tätigen Ärzte dürfen im vertragslosen Zustand keine individuellen Abreden über Inhalte treffen, die grundsätzlich der Regelung durch einen Gesamtvertrag vorbehalten sind. Das bedeutet, dass weder Direktverrechnungsübereinkommen, noch Vereinbarungen über sonstige Pflichten des Vertragsarztes (wie

²⁵³ Vgl VfGH 18.3.2000, G 24/98 ua, V38/98 ua – V62/99 = VfSlg 15.787 – 15.865 = JBl 2000, 502 = SozSi 2000, 738; 25.06.1992, G 245/91, V 189/91 = VfSlg 13.133.

²⁵⁴ Vgl EB zur RV 284 BlgNR XVIII.GP. Mazal, RdM 2001, 35.

²⁵⁵ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6; Kletter, SozSi 1994, 27 ff; Schrammel, in FS Tomandl, 695.

²⁵⁶ Vgl zur hL die Auflistung bei Kietaiabl, ZAS 2007/9.

Behandlungspflicht oder wirtschaftliche Verschreibweise) geschlossen werden dürfen.²⁵⁷

Die hL bringt für das Einzelvertragsverbot ohne bestehenden Gesamtvertrag, wie man sehen wird, vor allem Argumente wie den Gesetzeswortlaut und die Entstehungsgeschichte der entsprechenden Normen zum Vertragspartnerrecht des ASVG aufs Tapet.

*Schrammel*²⁵⁸ weist darauf hin, dass bei der ärztlichen Hilfe das Wesentliche der Sachleistungsvorsorge ausschließlich im Gesamtvertrag, nicht im Einzelvertrag geregelt werde, nämlich die Festlegung der Leistungspflichten der Vertragsärzte und der KVTr. Der Abschluss des Einzelvertrages erfolge alleine nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages. Bei anderen Leistungserbringern der KVTr hingegen, wie etwa den Psychologen und Psychotherapeuten, sei zwar eine gesamtvertragliche Regelung anzustreben, jedoch können während eines allfälligen vertragslosen Zustands Einzelverträge abgeschlossen werden, wobei die Abschlussbefugnis in diesem Fall statt dem KVTr selbst, dem Hauptverband der SozVTr zukommt.²⁵⁹ Bei allen „sonstigen“ Leistungserbringern im Sinne des § 349 Abs 3 ASVG können entweder Gesamtverträge zwischen dem Hauptverband und der jeweiligen beruflichen Interessenvertretung des Leistungserbringers oder individuelle Einzelverträge zwischen dem KVTr und dem jeweiligen Leistungserbringer selbst abgeschlossen werden. Der Gesetzgeber differenziere also zwischen ärztlicher Hilfe an sich und Leistungen, die der ärztlichen Hilfe gleichgestellt sind, und sonstigen zur Krankenbehandlung zählenden Leistungen. Nur die letzte Gruppe könne vom KVTr frei und ohne Einschaltung kollektiver Mächte ausgehandelt werden. *„Bei ärztlichen Leistungen hat der Gesetzgeber demgegenüber ein ordnungspolitisches Konzept verwirklicht, das zwingend eine kollektive Regelung der Beziehungen zwischen Arzt und KV voraussetzt.“*

²⁵⁷ *Kietaiabl*, ZAS 2007/9.

²⁵⁸ *Schrammel*, DRdA 2007, 347.

²⁵⁹ § 349 Abs 2 ASVG.

In diesem Sinne nimmt auch *Mazal*²⁶⁰ zur Frage Stellung, ob der SozVTr aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit auch andere Verträge mit Dritten abschließen könne, die auf die Erbringung von Sachleistungen gerichtet sind. Er stellt mE ganz richtig fest, dass dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, für die Erbringung bestimmter Leistungen ein detailliertes Regelwerk zu etablieren, wenn es den Versicherungsträgern am Ende ohnehin freistünde, anstelle der durch dieses Regelwerk gebundenen Leistungserbringung unter Berufung auf ihre Rechtspersönlichkeit andere Verträge zu schließen. Es sei absurd, dem Gesetzgeber - der für die Erbringung von ärztlicher Hilfe als Maßnahme der Krankenbehandlung jenes detaillierte Regelwerk schafft, das die Leistungserbringung im Zusammenwirken von Einzel- und Gesamtvertrag vorsieht - zu unterstellen, es stünde den Versicherungsträgern gleichzeitig frei, mit beliebigen Interessenten Verträge abzuschließen, in denen sich diese verpflichten, gegenüber den sozialversicherten Personen ärztliche Leistungen kostenfrei zu erbringen. *„Aus der Gesetzessystematik ergibt sich vielmehr zweifelsfrei, dass die Möglichkeit, Verträge zur Erbringung von Leistungen neben dem Regelwerk zu schließen, das gesetzlich geregelt ist, nur für jene Bereiche der Leistungserbringung offensteht, die nicht einer detaillierten Regelung über die Leistungserbringung unterworfen sind.“*

*Tomandl*²⁶¹ hat darauf aufmerksam gemacht, dass die Einbindung der Interessenvertretungen durch den Gesetzgeber (konkret in die Honorarregelung zwischen Vertragspartner und KVTr) ganz offenkundig den Sinn habe, dass diese dabei im Rahmen der ihnen durch Gesetz übertragenen Aufgaben handeln sollen, die darin bestünden, Gesamtinteressen zu vertreten. Könnten jedoch im vertragslosen Zustand Einzelverträge abgeschlossen werden, so würde genau dieses System des Interessenausgleichs erheblich gestört werden.²⁶²

²⁶⁰ *Mazal*, RdM 2001, 35.

²⁶¹ *Tomandl*, ecoloex 1993, 328.

²⁶² *Schrammel*, DRdA 2007, 347; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 157.

*Selb*²⁶³ vertrat die Auffassung, „dem KVTr bleibe es unbenommen, bei Misslingen eines Gesamtvertragsabschlusses im Rahmen des allgemeinen Sicherstellungsauftrages mit Mitteln des Privatrechts den unerwünschten vertragslosen Zustand zu beseitigen. Der KVTr habe sich primär um den Abschluss eines Gesamtvertrages zu bemühen; der Gesamtvertrag sei daher die erwünschte Lösung. Dies bedeute aber nicht, dass dem Sozialversicherungsträger jede Möglichkeit privatautonomer Gestaltung genommen sei.“

*Mosler*²⁶⁴ betont ebenso, dass die Unzulässigkeit des Abschlusses von Einzelverträgen im vertragslosen Zustand nicht bedeute, dass es zwischen den KVTr und den Ärzten überhaupt keine Vereinbarungen in diesem Zustand geben darf und nennt als Beispiel etwa Verrechnungsübereinkommen zur Direktverrechnung der ärztlichen Honorare. Wie ausgeführt, hat der vertragslose Zustand zur Folge, dass die Vertragsärzte der Krankenkassen einerseits nicht mehr verpflichtet sind, mit anspruchsberechtigten Patienten Behandlungsverträge zu schließen und andererseits aber auch nicht mehr berechtigt, ihre Honoraransprüche aus der Behandlung sozialversicherter Patienten gegen die KVTr geltend zu machen. Daher hat der Versicherte bei nachträglicher teilweiser Kostenerstattung durch den KVTr den Arzt zumindest vorerst selbst zu honorieren. Der Inhalt der genannten Verrechnungsübereinkommen besteht im Wesentlichen darin, das im vertragslosen Zustand bestehende Kostenerstattungsprinzip an jenes der Sachleistungserbringung anzunähern. Im Ergebnis sollen die zwischen sozialversichertem Patient und dem Arzt ausgehandelten Honorare bis zu einem bestimmten Betrag direkt zwischen dem KVTr und dem behandelnden Arzt verrechnet werden.²⁶⁵

²⁶³ *Selb/Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6.C; mit Verweis auf die Voraufgabe.

²⁶⁴ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 157.

²⁶⁵ Vgl auch *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.6.C.

Ob der Abschluss von solchen Verrechnungsübereinkommen zulässig ist, ist ungewiss, da sie das kollektivrechtliche Modell der ärztlichen Leistungserbringung in Frage stellen.²⁶⁶

*Kietaibl*²⁶⁷ kommt überhaupt zu dem Ergebnis, dass die von der hL ins Treffen geführte Schutzbedürftigkeit der niedergelassenen Ärzte kein Einzelvertragsverbot im vertraglosen Zustand mehr erfordere. Es habe sich zwar nicht viel an den Regelungen des ASVG seit deren Inkrafttreten geändert, wohl aber an den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen. Auch während eines vertraglosen Zustands unterliege die Auswahl der KVTr zwischen mehreren Einzelvertragsbewerbern dem Willkür- und Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes, sodass jeder Arzt ein Recht auf Gleichbehandlung bei der Auswahlentscheidung und auf Anwendung sachlich gerechtfertigter Auswahlkriterien durch den KVTr habe. Ein zu Unrecht übergangener Bewerber könne Unterlassung und bei Verschulden auch Schadenersatz verlangen, wenn sich die Rechtswidrigkeit unmittelbar aus einer Verletzung des Gleichheitssatzes ergibt, der ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zu Gunsten aller potenzieller Einzelvertragspartner darstellt.²⁶⁸ Die Überlegung der Notwendigkeit des Schutzes des einzelnen Arztes vor der wirtschaftlichen Übermacht der KVTr habe zur Zeit des Inkrafttretens des ASVG einiges für sich gehabt, da damals die Fiskalgeltung der Grundrechte und damit die Bindung der Privatwirtschaftsverwaltung an den Gleichheitssatz²⁶⁹ noch nicht im gleichen Ausmaß wie heute entwickelt gewesen sei; dies treffe auch auf das Vergaberecht zu, von dessen Anwendbarkeit auf die Vergabe von Kassenplanstellen im vertraglosen Zustand jedenfalls auszugehen sei.²⁷⁰ „*Angesichts der Entwicklung dieser Rechtsinstitute in den letzten Jahrzehnten kann aber heute nicht mehr gesagt werden, dass die einzelnen Ärzte der Marktmacht der*

²⁶⁶ Siehe dazu eingehend *Schrammel*, DRdA 2007, 347.

²⁶⁷ *Kietaibl*, ZAS 2007/9; *Kietaibl*, SozSi 2008, 68.

²⁶⁸ Vgl OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

²⁶⁹ Siehe zur Fiskalgeltung der Grundrechte unten Punkt 7.1 und 7.2.

²⁷⁰ Siehe dazu eingehend unten Punkt 8.2.

*Krankenversicherungsträger ohne Gesamtvertrag schutzlos ausgeliefert wären.*²⁷¹

2.2.1.8 Die Notwendigkeit eines Neuabschlusses von Einzelverträgen nach Ende des vertragslosen Zustands

Da mit dem Eintritt eines vertragslosen Zustands auch alle auf Grundlage des außer Kraft getretenen Gesamtvertrages geschlossenen Einzelverträge erlöschen,²⁷² stellt sich die Frage, ob diese nach Beendigung des vertragslosen Zustands nach dem Verfahren des § 343 ASVG wieder neu abgeschlossen werden müssen.

*Krejci*²⁷³ geht davon aus, dass Einzelverträge, die unter Missachtung des Zulassungssystems des ASVG geschlossen wurden, grundsätzlich gesamtvertragswidrig und unzulässig sind. Anders als beim Kollektivvertrag bleibe bei Beendigung des Gesamtvertrages der Einzelvertrag nicht weiter aufrecht und der Gesamtvertragsinhalt wirke auch nicht nach.²⁷⁴ Der Einzelvertrag erlösche vielmehr unmittelbar mit dem Ende des Gesamtvertrages.²⁷⁵ Wird in weiterer Folge wieder ein neuer Gesamtvertrag geschlossen, so führe dies nicht zu einem automatischen Aufleben der bisherigen Einzelverträge. Diese sind vielmehr neu abzuschließen. Gegen den Willen eines Arztes könne diesem daher kein neuer Gesamtvertrag aufoktroiert werden.

*Schrammel*²⁷⁶ schließt aus der Argumentation *Krejcis*, die Pflicht zum Neuabschluss der Einzelverträge ergebe sich aus dem Schutz des Arztes, dass ihm gegen seinen Willen keine neuen Vertragspflichten aufgezwungen werden könne,

²⁷¹ *Kietaibl*, ZAS 2007/9.

²⁷² Siehe dazu oben Punkt 2.2.1.6.

²⁷³ *Krejci*, ZAS 1989, 109.

²⁷⁴ Zulässig ist aber die Vereinbarung einer Nachwirkung durch die Gesamtvertragsparteien. So *Kietaibl*, ZAS 2007/9; mit Verweis auf *Mosler*, in Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 150 f.

²⁷⁵ So auch *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 55.

²⁷⁶ *Schrammel*, DRdA 2007, 347.

dass *Krejci* es offenbar für zulässig erachte, dass der KVTr dem bisherigen Vertragsarzt den Neuabschluss eines Einzelvertrages ohne Durchführung des förmlichen Zulassungsverfahrens anbietet. *Schrammel* meint jedoch, die Pflicht zum Neuabschluss ergebe sich nicht nur wegen des Schutzes der Privatautonomie des einzelnen Arztes. Denn sehe der neue Gesamtvertrag eine Reduktion der Stellen vor, könne es nicht im Belieben des KVTr stehen, welche der ehemaligen Kassenärzte wieder mit einer Vertragsarztstelle bedacht werden. Die Vergabe derart reduzierter Kassenplanstellen könne nur im Rahmen eines objektiven Auswahlverfahrens erfolgen. Grundsätzlich seien ja nach § 343 Abs 1 ASVG die am besten qualifizierten Ärzte unter Vertrag zu nehmen. Daher müssten bei der Neuvergabe die weniger qualifizierten ehemaligen Vertragsärzte ausgeschieden, dh das Vertragsverhältnis mit diesen aufgelöst werden. *Schrammel* weist aber darauf hin, dass die Existenz eines besser qualifizierten Arztes nicht als „*schwerwiegende Verletzung des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten*“ angesehen und damit nicht als Begründung zur Kündigung eines Einzelvertrages herangezogen werden könne. Eine solche Begründung ist jedoch nach § 343 Abs 4 ASVG notwendig. Dieser Kündigungsschutz sei auch bei Unterbrechungen gesamtvertraglicher Regelungen zu beachten. Der vertragslose Zustand, der zwar zu automatischen Beendigung führt, solle jedoch keine „*Austauschkündigungen*“ der Vertragsärzte durch die KVTr ermöglichen. Blicke hingegen der Stellenplan unverändert oder würde die Zahl der Stellen erweitert, so sei die Situation anders. § 343 Abs 1 ASVG besage ausdrücklich, dass die Auswahl der Vertragsärzte und der Abschluss der Einzelverträge nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages zu erfolgen haben. Daher stehe es den Gesamtvertragsparteien frei, beim Neuabschluss eines Gesamtvertrages vorzusehen, dass die KVTr sämtlichen ehemaligen Kassenärzten den abermaligen Abschluss eines Einzelvertrages anzubieten haben. Eine Neuverteilung der Kassenplanstellen sei nur dann „*gerechtfertigt und geboten, wenn der vertragslose Zustand bereits längere Zeit angedauert hat und sich der neue Gesamtvertrag inhaltlich vom früheren Gesamtvertrag unterscheidet.*“²⁷⁷

²⁷⁷ *Schrammel*, DRdA 2007, 347.

Die bisherige Praxis im Vertragspartnerrecht, wonach bei Aufkündigung des Gesamtvertrages und Neuabschluss bzw bei Neuabschluss eines Gesamtvertrages mit einem geänderten Stellenplan die alten Einzelvertragsverhältnisse ohne Neuvergabe nach den Regeln der Reihungskriterien-VO fortgeführt werden, dürfte jedoch unzulässig sein.²⁷⁸

2.2.1.9 Der „kassenfreie Raum“

Unter dem sog „kassenfreien Raum“ versteht man *„die Forderung vor allem in der Ärzteschaft, nur einen Teil der möglichen Gesundheitsleistungen „durch Krankenschein“ abzudecken, während der restliche Teil der Leistungen separat mit dem Patienten auf der Basis des Privathonorars verrechnet werden soll.“*²⁷⁹ Es soll also der Kassenvertrag nur die Standardleistungen abdecken und Mehrleistungen „kassenfrei“ auf Basis eines Privathonorars erbracht werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es für die Vertragspartner der KVTr - also für die Kassenvertragsärzte - gesetzliche oder vertragliche Verbote gibt, derartige private Zusatzleistungen gegen direkte Verrechnung dem Versicherten gegenüber zu erbringen. Für den Versicherten wird es im Gegenzug von Bedeutung sein, ob ein Anspruch auf Kostenerstattung dieser Direktzahlungen gegen den KVTr besteht.²⁸⁰

Zunächst stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn eine Behandlung erst nach der Schaffung des Gesamtvertrages zum medizinischen Standard wurde und daher im Gesamtvertrag und damit in der Honorarordnung überhaupt nicht aufscheint.²⁸¹ Der Oberste Gerichtshof²⁸² geht davon aus, dass die Versicherten in

²⁷⁸ So *Kietaibl*, DRdA 2007, 449.

²⁷⁹ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 70. Vgl auch *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.6.C; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 105; *Resch*, Sozialrecht³, 65.

²⁸⁰ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 90.

²⁸¹ *Resch*, Sozialrecht³, 65; *Kiesl*, DRdA 2000/16.

²⁸² OGH 30.03.1999, 10 ObS 403/98g. Vgl auch schon OGH 14.4.1994, 10 ObS 264/93 = SSV-NF 8/33; 28.11.1995, 10 ObS 166/94 = SSV-NF 9/100.

diesem Fall die Leistung - sofern diese notwendig und zweckmäßig ist - von einem Vertragsarzt als Wahlarzt in Anspruch nehmen können, die Leistung zunächst selbst mit dem Arzt verrechnen und sodann einen Kostenerstattungsanspruch gegen den KVTr haben.²⁸³ Da die Unvollständigkeit des Gesamtvertrages nicht zulasten des Versicherten gehen dürfe, bestehe eine Erstattungspflicht des KVTr, die sich an den für vergleichbare Pflichtleistungen bestehenden Tarifen zu orientieren hat.²⁸⁴ Nur in Ausnahmefällen könne es auch zu einer Erstattung der Marktpreise kommen.²⁸⁵ Diese Auffassung des Obersten Gerichtshofes und auch der Bundesschiedskommission wurden in der Literatur heftig kritisiert.²⁸⁶

In seiner Entscheidung 10 ObS 403/98g²⁸⁷ bringt der Oberste Gerichtshof zum Ausdruck, dass sich sein bisheriges Anerkenntnis eines „kassenfreien Raumes“ immer nur auf Einzelfälle bezog, in denen es um neue Leistungen ging, die erst nach der Schaffung des Gesamtvertrages medizinischer Standard wurden und die im Gesamtvertrag daher nicht berücksichtigt sind. *Resch*²⁸⁸ meint, diese Feststellung könne wohl nur so verstanden werden, dass nur solche „neuen“ Leistungen in einen kassenfreien Raum fallen, die im Gesamtvertrag überhaupt nicht berücksichtigt sind. Im Umkehrschluss ergebe sich daraus, dass ein kassenfreier Raum für alle vertragsärztlichen Leistungen ausscheidet, die entweder im Gesamtvertrag geregelt sind oder bei denen es sich um „alte“ Leistungen handelt, die bereits im Zeitpunkt der Schaffung des Gesamtvertrages medizinischer Standard waren, aber dennoch keinen Einzug in den Gesamtvertrag fanden.

²⁸³ Krit *Mosler*, DRdA 1995, 501 (506); aA *Grillberger*, ZAS 1994, 81; *Kiesl*, SozSi 1995, 322 (325).

²⁸⁴ *Resch*, DRdA 2001/18.

²⁸⁵ OGH 21.6.2004, 10 ObS 68/04d.

²⁸⁶ Vgl *Grillberger*, SozSi 1991, 526; *Grillberger*, ZAS 1994, 81; *Grillberger*, DRdA 1995, 101; *Kletter*, SozSi 1994, 613; *Kiesl*, SozSi 1995, 322 und 418; *Mosler*, DRdA 1995, 501 (506); *Grillberger*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 365 ff und 416 ff; *Mosler*, DRdA 1996/51. Zustimmung fand der OGH bei *Schrammel*, ZAS 1986, 145; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung*, 70; *Schrammel*, ZAS 1994, 73.

²⁸⁷ OGH 30.03.1999, 10 ObS 403/98g.

²⁸⁸ *Kiesl*, DRdA 2000/16.

Das Gesetz enthält kein ausdrückliches Verbot für die Vertragspartner, einem Versicherten gegenüber Zusatzdienste über die von der Sozialversicherung honorierten Sachleistungen hinaus zu leisten, die dann von dem Versicherten privat zu bezahlen sind. Ganz im Gegenteil werden Zuzahlungen des Versicherten grundsätzlich als möglich angesehen, zum Teil sind diese sogar gesetzlich vorgeschrieben.²⁸⁹ „Der Gesetzgeber geht also ganz offenkundig nicht von einem strikten „Entweder – Oder“ – dh nur Leistungen in natura oder nur Privathonorar – aus; ein kombinatorisches Modell ist durchaus zulässig.“²⁹⁰

Auch der historische Gesetzgeber ging grundsätzlich von der Zulässigkeit von Eigenleistungen des Versicherten aus. Der Sozialausschuss des Nationalrates hat ausdrücklich dargelegt, dass es keine Vertragsverletzung des Vertragsarztes darstellt, wenn er vom Anspruchsberechtigten, der bei einer Privatkrankenversicherungsanstalt eine freiwillige Zusatzversicherung abgeschlossen hat, eine Leistung für die ärztliche Inanspruchnahme erhält.²⁹¹ Daraus ergibt sich ganz deutlich, dass ein *gesetzliches* Verbot von Zuzahlungen seitens des Patienten nicht beabsichtigt war.²⁹²

Die Gesamtverträge beschäftigen sich mit der Frage der Honorierung von Zusatzdiensten ausführlicher.²⁹³ Die Ärzte-Gesamtverträge sehen zum Teil ausdrücklich vor, dass die ärztliche Geburtshilfe nur dann mit der Krankenkasse verrechnet werden darf, wenn die Zuziehung eines Arztes durch den pathologischen Geburtsverlauf notwendig ist. Im Falle eines gewöhnlichen

²⁸⁹ Vgl § 135 Abs 2 ASVG, der bestimmt dass insoweit Zuzahlungen zu den Leistungen vorgesehen sind, diese in Ambulatorien, bei freiberuflich tätigen Vertragsärzten und in Vertrags-Gruppenpraxen gleich hoch sein müssen; §§ 136 und 137 ASVG, die Zuzahlungen für Heilmittel und Heilbehelfe vorsehen.

²⁹⁰ Schrammel, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 90.

²⁹¹ AB 613 BlgNR VII.GP.

²⁹² Schrammel, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 91.

²⁹³ Vgl § 9 Hebammen-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 248 ff. § 5 Optiker-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 253 ff. § 5 Orthopädienschuhmacher-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 255 ff.

Verlaufs der Entbindung ist die Leistung hingegen privat zu verrechnen.²⁹⁴ Ferner sind Zuzahlungen bei Weggebühren und Hausbesuchen vorgesehen.²⁹⁵

*Schrammel*²⁹⁶ zeigt durch eine Analyse verschiedener Gesamtverträge, dass Zuzahlungen des Versicherten durch diese dann ausgeschlossen sind, wenn durch die Zahlung die vertragliche Leistung selbst abgegolten werden soll. In jenem Rahmen also, in dem sich der Vertragspartner zur Sachleistung verpflichtet hat, darf die Erbringung dieser Sachleistung nicht durch eine Zuzahlung des Patienten ergänzt werden. Wenn die Leistung des Vertragspartners durch dessen Honoraranspruch gegenüber dem KVTr gedeckt ist, darf keine Zusatzzahlung des Versicherten mehr gefordert werden. Daher bedarf die oben erwähnte Stellungnahme des Sozialausschusses des Nationalrates²⁹⁷, es stelle keine Vertragsverletzung dar, wenn der Vertragsarzt Leistungen einer privaten Zusatzversicherung entgegennehme, nach *Schrammel* einer Einschränkung: Ist die Leistung der Privatversicherung - oder auch des Patienten selbst - Entgelt für die Vertragsleistung des Arztes, so dürfe sie der Arzt nicht entgegennehmen, da es andernfalls zu einer unzulässigen Doppelliquidation der Vertragsleistungen käme. Entscheidend sei daher einzig und alleine, ob die Leistung des Vertragspartners durch das Kassenhonorar abgegolten ist. Zuzahlungen zu außervertraglichen Leistungen seien jedoch unproblematisch,²⁹⁸ da die Vertragspartner der KVTr auch privat tätig werden dürfen. *Schrammel* geht weiters davon aus, dass eine Gleichbehandlungspflicht²⁹⁹ für Kassen und Privatpatienten nur Sinn macht, wenn man die private Tätigkeit als zulässig ansieht. Seiner Ansicht nach lassen es die

²⁹⁴ Vgl § 23 Ärzte-GV der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 133 ff. § 23 Ärzte-GV der Versicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 175 ff.

²⁹⁵ Vgl § 12 Abs 5 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 86.

²⁹⁶ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 92 f.

²⁹⁷ AB 613 BlgNR VII.GP.

²⁹⁸ In diesem Sinne auch *Füszl*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, IV/128.

²⁹⁹ Vgl etwa das Verbot getrennter Wartezimmer und unterschiedlicher Ordinationszeiten für Kassen- und Privatpatienten und der generellen Bevorzugung von Privatpatienten in § 11 Abs 1 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 85.

Gesamtverträge auch zu, dass ein Vertragspartner vom Versicherten zum Teil als Kassenarzt und zum Teil privat in Anspruch genommen wird. Auch die Gesamtverträge gehen daher nicht von einem „strikten ‚Entweder – Oder‘“ in Bezug auf Vertrags- und Privatleistungen aus. Dabei könne es sich bei den nach den Gesamtverträgen privat zu verrechnenden Leistungen sowohl um Leistungen handeln, auf die der Versicherte sozialversicherungsrechtlich keinen Anspruch hat, als auch um Leistungen, die nach dem Gesetz oder der Satzung von der Sozialversicherung zu gewähren sind. *Schrammel* nennt hier als Beispiel die Leistungen der ärztlichen Geburtshilfe. Aus dem Versicherungsfall der Mutterschaft werde nach § 177 Zif 4a ASVG uA ärztlicher Beistand und Hebammenbeistand gewährt. Nach der Formulierung des Gesetzes ist der ärztliche Beistand nicht subsidiär zu gewähren, wenn der Hebammenbeistand nicht ausreicht. *„Wenn daher die Ärzte-Gesamtverträge vorsehen, dass die Leistung der normalen Hausentbindung privat zu verrechnen ist, muss dies als Anerkennung eines kassenfreien Raumes im Bereich gesetzlicher Mindestleistungen angesehen werden.“*³⁰⁰ Den Ärzte-Gesamtverträgen sei nicht zu entnehmen, dass Zuzahlungen des Patienten zu zweckmäßigen, aber von der Kassa nicht honorierten Behandlungen nur dann zulässig sind, wenn dies ausdrücklich vertraglich vorgesehen ist. Denn soweit es sich bei den Zusatzbehandlungen um Leistungen handelt, die die Sozialversicherung gar nicht zu tragen hat, sei kein Interesse der Versicherung ersichtlich, die Privatbehandlung durch den Kassenarzt einzuschränken. Ebenso wenig ergebe sich aus den Ärzte-Gesamtverträgen, dass es unzulässig sein soll, wenn der Vertragsarzt ohne eine entsprechende gesamtvertragliche Ermächtigung einem Versicherten Leistungen gegen private Verrechnung erbringt, die zwar durch den Krankenbehandlungsanspruch gedeckt, aber nicht Gegenstand der vertragsärztlichen Tätigkeit sind. In diesem Fall muss die Sozialversicherung zwar mit einem Kostenerstattungsanspruch des versicherten Patienten rechnen, der aber genauso erhoben werden würde, wenn anstatt dem Vertragsarzt ein Wahlarzt in

³⁰⁰ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 94.

Anspruch genommen worden wäre. Daher würde die private Zusatzleistung des Vertragsarztes der Versicherung auch keine Mehrkosten verursachen.³⁰¹

Die Analyse zeigt daher, dass weder die Sozialversicherungsgesetze noch die Gesamtverträge ein Verbot des kassenfreien Raumes tragen. Wie *Schrammel* gezeigt hat, ist ein generelles vertragliches Verbot, Zusatzleistungen gegen private Verrechnung zu erbringen, unzulässig; individuelle Verbote können hingegen im Gesamtvertrag vereinbart werden.³⁰²

2.2.2 Der Einzelvertrag

2.2.2.1 Der Inhalt des Einzelvertrages

Durch den oben beschriebenen Gesamtvertrag wird noch kein Arzt zur Behandlung der Versicherten verpflichtet; ebenso wenig kann der Arzt aufgrund des Gesamtvertrages Honoraransprüche stellen. Hierzu ist vielmehr der Abschluss eines Einzelvertrages notwendig, durch den die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arzt und dem KVTr begründet werden. Der Gesamtvertrag bildet aber die maßgebliche Grundlage der Einzelverträge.³⁰³

Der Einzelvertrag steht in untrennbarem Zusammenhang, in einem „*akzessorischen Verhältnis*“³⁰⁴, zum Gesamtvertrag und wird durch diesen normiert. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gibt es ohne Gesamtvertrag überhaupt keinen Einzelvertrag.³⁰⁵ Dies unterstreicht auch der Wortlaut der relevanten Bestimmung des § 341 Abs 2 erster Satz ASVG, der den Inhalt des Gesamtvertrages auch zum Inhalt des zwischen dem Träger der

³⁰¹ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 93 ff; *Schrammel*, ZAS 1986, 153.

³⁰² Vgl dazu *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung, 94 ff.

³⁰³ Vgl § 341 Abs 3 ASVG. *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.4.; *Resch*, Sozialrecht³, 65; *Aigner*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, III/33.

³⁰⁴ *Tomandl*, in FS Schmitz II, 486.

³⁰⁵ *Krejci*, ZAS 1989, 109 ff.

Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis abzuschließenden Einzelvertrages erklärt. Verstoßen Vereinbarungen zwischen dem KVTr und dem einzelnen Arzt gegen den Inhalt des jeweiligen Gesamtvertrages und widersprechen sie diesem, so sind diese Vereinbarungen rechtsunwirksam.³⁰⁶

Neben der Begründung einer Rechtsbeziehung zwischen dem Arzt und dem KVTr hat der Einzelvertrag bloß die Funktion, die Voraussetzungen für die Effektivität der gesamtvertraglichen Regelung zu schaffen.³⁰⁷ Daneben legen die Einzelverträge lediglich die genaue Ordinationsstätte und die Ordinationszeiten fest und beinhalten eine Vereinbarung über die Abfuhr der Kammerumlage im Wege eines Honorarabzuges. In besonderen Fällen werden einzelne Honorarvereinbarungen in den Einzelverträgen getroffen. Durch den Abschluss des Einzelvertrages wird ferner die Behandlungspflicht des Vertragsarztes begründet, die ihn zur Untersuchung und Behandlung der in den persönlichen Geltungsbereich des Gesamtvertrages einbezogenen Personen verpflichtet. Generell zeigt sich aber, dass die Bedeutung der Einzelverträge im Vergleich zu jener der Gesamtverträge äußerst gering ist.³⁰⁸

2.2.2.2 Die Rechtsnatur des Einzelvertrages

Relativ einfach ist die Einordnung der Rechtsbeziehung zwischen Privatarzt und Privatpatient, die grundsätzlich als freier Dienstvertrag eingestuft wird.³⁰⁹ Geht man mit der Mindermeinung von einer Naturalleistungsverpflichtung der KVTr aus,³¹⁰ so würde der Kassenarzt lediglich

³⁰⁶ § 341 Abs 2 2.Satz ASVG. *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen, 81; *Tomandl*, in FS Schmitz II, 479; *Krejci*, ZAS 1989, 109 ff; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 150, 157; *Resch*, Sozialrecht³, 64; *Aigner*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, III/33.

³⁰⁷ *Tomandl*, in FS Schmitz II, 480 f; *Krejci*, ZAS 1989, 115; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 140 ff.

³⁰⁸ *Resch*, Sozialrecht³, 66; *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 43; *Füszl*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, IV/126 f.

³⁰⁹ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 102.

³¹⁰ Siehe dazu oben Punkt 1.5.2.2.

eine Verpflichtung der Krankenkasse gegenüber dem Versicherten Erfüllung. Sein Einzelvertrag könnte dann nur als freier Dienstvertrag qualifiziert werden, „da er zur fortgesetzten Erbringung von nur ihrer Art nach bestimmten Leistungen in persönlicher Selbständigkeit verpflichtet ist“.³¹¹ Nach der hL ist jedoch davon auszugehen, dass der KVTr lediglich dazu verpflichtet ist, die Sachleistungen zu organisieren. Die Frage ist, ob dies an der Qualifikation des Einzelvertrages als freier Dienstvertrag etwas ändert.

Nach der Meinung *Welsers*³¹² ist der Einzelvertrag als eine Art „Vorvertrag zu Gunsten des Versicherten“ zu deuten, wobei er diesen von der Anweisung iSd § 1400 ABGB und dem Vertrag zu Gunsten Dritter abgrenzt. Der Einzelvertrag schaffe die Verpflichtung des Arztes mit dem Versicherten einen Behandlungsvertrag zu schließen. Es müsse aber noch der Hauptvertrag zwischen dem Vertragsarzt und dem Versicherten geschlossen werden, weshalb lediglich von einem Vorvertrag zu Gunsten Dritter auszugehen sei.

Zum Teil wird auch die Meinung vertreten, der Einzelvertrag sei in Verbindung mit dem Gesamtvertrag ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter und damit schon der Hauptvertrag, der den Dritten einen unmittelbaren Anspruch auf Behandlung und Erbringung der ärztlichen Leistungen gegen den Vertragsarzt verschafft.³¹³ Die hL sieht den Einzelvertrag eher als Vorvertrag zu Gunsten Dritter, da aus diesem bloß ein Kontrahierungszwang des Vertragsarztes zu Gunsten der Versicherten abzuleiten sei: Die Ärzte werden vom SozVTr verpflichtet, mit einem Versicherten, der dies verlangt, einen Behandlungsvertrag abzuschließen, wobei der SozVTr vorweg die Leistung des Entgelts an den Arzt übernimmt, das aus dem Hauptvertrag fällig wird.³¹⁴

³¹¹ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 102.

³¹² *Welser*, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht, 101 ff.

³¹³ *Binder*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 2.2.3.2.1.D.; nunmehr auch *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 102.

³¹⁴ *Krejci*, ZAS 1989, 117ff; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 177 f; *Welser*, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht, 101 ff; vgl auch noch *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁴, Rz 159.

Mit der Qualifikation des Einzelvertrages als echter Vertrag zu Gunsten Dritter oder als Vorvertrag zu Gunsten Dritter wird im Grunde aber nur die Abgrenzung zu einem Hauptvertrag angesprochen; nicht hingegen ergibt sich aus dieser die Natur des Hauptvertrages, der ja die verschiedensten Inhalte haben kann. Außerdem haben einige Verpflichtungen, die im Einzelvertrag begründet sind, mit einem Vor- bzw. echten Vertrag zu Gunsten Dritter überhaupt nichts zu tun. Man denke hier nur an den Honoraranspruch des Arztes, Regelungen über die Ausgestaltung der Ordination, die Verpflichtung zur Einhaltung von Ordinationszeiten, die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Behandlungs- und Verschreibweise oder an die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem chefärztlichen Dienst. Diese alle betreffen nicht das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient, sondern lediglich Rechte und Pflichten zwischen Arzt und KVTr. *Tomandl*³¹⁵ meint, im Hinblick auf diese Inhalte könne es sich beim Einzelvertrag nur um einen freien Dienstvertrag handeln.³¹⁶

*Mosler*³¹⁷ betont auch, dass man den Einzelvertrag unter verschiedenen Gesichtspunkten untersuchen könne. Als Vertragstyp handle es sich um einen freien Dienstvertrag, im Rahmen der Dreiecksbeziehung zwischen Arzt, Patient und KVTr handle es sich um einen Vorvertrag zu Gunsten Dritter:

Die Gesamtverträge beinhalten auch übereinstimmend den Passus, dass durch den Einzelvertrag „kein Anstellungsverhältnis“ begründet werde.³¹⁸ Der Begriff „Anstellungsverhältnis“ soll in diesem Zusammenhang aber nicht als Beschränkung auf Angestelltentätigkeiten nach dem AngG verstanden werden. Vielmehr wird er hier im Sinne von „Arbeitsverhältnis“ verwendet. Es kommt in

³¹⁵ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 103.

³¹⁶ Vgl. auch *Krejci*, ZAS 1989, 121; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 167 ff.

³¹⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 166.

³¹⁸ Vgl. § 6 Abs 3 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83.

dieser Formulierung also die Absicht der Vertragsparteien zum Ausdruck, dass durch den Einzelvertrag kein Arbeitsverhältnis begründet werden soll.³¹⁹

Der Arzt ist (Besorgungs-)Gehilfe des Versicherungsträgers bei der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Gewährung der Krankenbehandlung. Die ärztliche Behandlung ist Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen SozVTr und Versichertem. Damit ist der Arzt zwar in diese öffentlich-rechtliche Beziehung eingebettet, aber nicht in die Organisation des KVTr eingegliedert. Er agiert mit fast ausschließlich eigenen Produktionsmitteln, er bestimmt seinen Arbeitsort und seine Arbeitszeit selbst. Der Kassenarzt ist weisungsfrei, was sich schon aus § 3 Abs 2 ÄrzteG ergibt, wonach die ärztliche Tätigkeit in eigener Verantwortung auszuführen ist, gleich ob diese freiberuflich oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses durchgeführt wird.³²⁰ Dazu kommt dass die Kontrollbefugnisse des KVTr im Wesentlichen auf die Kontrolle bei der Honorarabrechnung beschränkt sind. Die Gesamtverträge sehen ferner die Möglichkeit der Vertretung für den Fall der Verhinderung des Vertragsarztes vor, der aber grundsätzlich die ärztliche Tätigkeit selbst ausüben hat.³²¹

Die Möglichkeit der fallweisen Vertretung schließt zwar die Annahme eines Arbeitsvertrages nicht aus,³²² ist jedoch ein Indiz für dessen Nichtvorliegen.³²³ Dazu kommt noch die Art der Honorierung des Vertragsarztes, dessen Entgelt sich nach der Zahl der behandelten Patienten und der Art und der Menge der erbrachten Leistungen richtet. Auch darin kommt zum Ausdruck, dass die Stellung des Arztes als freiberuflich tätiger Unternehmer auch durch den Abschluss eines Kassenvertrages nicht verändert werden soll. Die Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, die Kriterien der persönlichen

³¹⁹ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 167.

³²⁰ Vgl dazu Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz³, § 3 Anm 3, wonach in dieser Bestimmung grundsätzlich die Rechtsstellung der Ärzte mit *ius practicandi* im Gegensatz zur bloß unselbständigen Berufsausübung der Turnusärzte bloß sprachlich hervorgehoben werden soll.

³²¹ Vgl §§ 9 Abs 1, 10 Abs 2 Muster-GV, veröffentlicht in Dragaschig/Souhrada, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 84 f.

³²² Vgl zur persönlichen Dienstpflicht beim Dienstverhältnis § 1153 ABGB. Krejci, in Rummel, ABGB³, § 1153, Rz 1; Dittrich/Tades, ABGB³⁶, § 1153, E 1 ff.

³²³ Strasser, DRdA 1992, 97 f; Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 169.

Abhängigkeit, treffen daher überwiegend auf das durch den Einzelvertrag geschaffene Verhältnis zwischen Arzt und KVTr einfach nicht zu. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses kann daher verneint werden.³²⁴

Zu prüfen ist daher, welcher der verbleibenden Vertragstypen, nämlich Auftrag, Werkvertrag oder freier Dienstvertrag vorliegt bzw auch, ob es sich eventuell um einen eigenständigen Vertragstyp handelt.

Der Auftrag fällt weg, da durch diesen die Verpflichtung zur Vornahme von Rechtshandlungen und nicht von tatsächlichen Handlungen begründet werden soll.³²⁵ Ferner wird der Vertragsarzt anders als bei einem Bevollmächtigungsvertrag³²⁶ im eigenen Namen tätig und besorgt vielmehr eigene Geschäfte, als jene des KVTr.

*Mosler*³²⁷ nimmt Bezug auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahr 1931³²⁸, in der dieser den Einzelvertrag als Werkvertrag angesehen hatte. Allerdings sei es dabei um die Negativabgrenzung des Kassenvertrages zum Arbeitsvertrag gegangen und der Oberste Gerichtshof sei daher nur „*en passant auf die Frage des konkret vorliegenden Vertragstyps*“ eingegangen. Den freien Dienstvertrag zog der Oberste Gerichtshof dabei nicht einmal in Erwägung. Das Vorliegen eines Werkvertrages scheitere aber auch schon am Fehlen eines seiner Grundmerkmale, nämlich jenem, dass beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet ist, es sich aber um kein Dauerschuldverhältnis handelt. Der Werkvertrag hat die Verpflichtung zur Erbringung einer im Vertrag individualisierten bzw konkretisierten Leistung im Sinne einer in sich geschlossenen Einheit, also die Erbringung eines Erfolges, zum Gegenstand.³²⁹ Beim freien Dienstvertrag

³²⁴ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 170.

³²⁵ *Grillberger*, in Schwimann, ABGB³, § 1151, Rz 37; *Krejci*, in Rummel, ABGB³, § 1151, Rz 120; *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1151, E 1 ff; *Krejci*, ZAS 1989, 121.

³²⁶ Vgl §§ 1002 ff ABGB. *Strasser*, in Rummel, ABGB³, § 1002, Rz 5.

³²⁷ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 170.

³²⁸ OGH 2.11.1931, 2 Ob 920/31 = SZ 13/233. Offenbar zustimmend *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1151, E 26.

³²⁹ *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1151, E 18a ff; *Krejci*, in Rummel, ABGB³, § 1151, Rz 92 ff.

hingegen wird ein „Wirken“ geschuldet.³³⁰ Er begründet die Pflicht, über einen gewissen Zeitraum bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen.³³¹ Den wesentlichen Unterschied bringt auf den Punkt, dass der Werkunternehmer nicht wie der freie Dienstnehmer die bloße Leistungserbringung schuldet, sondern vielmehr auch das Ergebnis der Tätigkeit, den Erfolg, und dafür auch haftet.³³²

Aus alldem folgt, dass der Einzelvertrag als freier Dienstvertrag zu qualifizieren ist; und zwar nach der Ansicht *Tomandls*³³³ als freier Dienstvertrag, der die Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen sowohl unmittelbar gegenüber der Krankenkasse als auch gegenüber den Leistungsberechtigten beinhaltet. *Mosler*³³⁴ bemerkt mE ganz richtig, dass *„die praktische Bedeutung dieser Einstufung gering ist, weil der freie Dienstvertrag gesetzlich nicht geregelt ist und durch die detaillierte Inhaltsgestaltung im Gesamtvertrag ohnehin so gut wie kein Raum für die bei anderen freien Dienstverträgen wichtigen Überlegungen bleibt, inwieweit die Regelungen über andere Verträge zur Anwendung kommen.“*

2.2.2.3 Die Beendigung des Einzelvertrages

§ 343 ASVG enthält Bestimmungen zur Beendigung eines Einzelvertrages, nämlich zum Erlöschen des Einzelvertrages, zur Auflösung desselben durch den KVTr sowie zur Kündigung.

Demnach erlischt das Vertragsverhältnis zwischen dem Vertragsarzt oder der Vertrags-Gruppenpraxis und dem KVTr ohne Kündigung im Falle der Auflösung des KVTr, sowie im Falle des Wirksamwerdens gesetzlicher

³³⁰ *Krejci*, in Rummel, ABGB³, § 1151, Rz 83.

³³¹ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 121; *Krejci*, ZAS 1989, 121; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 170.

³³² *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 171; *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 488ff (490).

³³³ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 103.

³³⁴ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 172.

Vorschriften, durch die die Tätigkeit des KVTr entweder eine örtliche oder eine sachliche Einschränkung erfährt, in deren Folge die Tätigkeit als Vertragsarzt oder der Vertrags-Gruppenpraxis nicht mehr in Frage kommt. Weiters kommt es zu einem Erlöschen des Vertragsverhältnisses zum KVTr im Falle des Todes des Vertragsarztes oder bei Auflösung der Vertrags-Gruppenpraxis, im Falle der rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung des Vertragsarztes oder eines persönlich haftenden Gesellschafters der Vertrags-Gruppenpraxis, im Falle einer im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens strafgerichtlichen rechtskräftigen Verurteilung des Vertragsarztes oder eines persönlich haftenden Gesellschafters der Vertrags- Gruppenpraxis sowie schließlich im Falle eines wiederholten rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils, in welchem ein Verschulden des Vertragsarztes oder eines persönlich haftenden Gesellschafters der Vertrags-Gruppenpraxis im Zusammenhang mit der Ausübung der vertraglichen Tätigkeit festgestellt wird.³³⁵

Der KVTr ist darüber hinaus zur Auflösung des Vertragsverhältnisses verpflichtet, wenn der Arzt oder ein persönlich haftender Gesellschafter einer Vertrags-Gruppenpraxis die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder die Berechtigung zur Ausübung des ärztlichen Berufes verliert, wenn ihm diese Berechtigung von Anfang an fehlte oder wenn im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer festgestellt wird, dass die Voraussetzungen, die zur Bestellung des Vertragsarztes oder der Vertrags-Gruppenpraxis erforderlich sind, von Anfang an nicht gegeben waren.³³⁶

Das Vertragsverhältnis kann unbeschadet der oben ausgeführten Bestimmungen von beiden Teilen unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Kündigt der Träger der Krankenversicherung, so hat er dies schriftlich zu begründen. Der gekündigte Arzt oder die gekündigte Vertrags-Gruppenpraxis kann innerhalb von zwei Wochen die Kündigung bei der

³³⁵ § 343 Abs 2 ASVG.

³³⁶ § 343 Abs 3 ASVG.

Landesschiedskommission mit Einspruch anfechten. Die Landesschiedskommission hat innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen des Einspruches über diesen zu entscheiden. Der Einspruch hat bis zum Tag der Entscheidung der Landesschiedskommission aufschiebende Wirkung. Die Landesschiedskommission kann die Kündigung für unwirksam erklären, wenn sie für den Arzt oder für einen persönlich haftenden Gesellschafter der Vertrags-Gruppenpraxis eine soziale Härte bedeutet und nicht eine so beharrliche oder eine so schwerwiegende Verletzung des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag vorliegt, dass die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Träger der Krankenversicherung nicht zumutbar ist. *Krejci*³³⁷ merkt zu diesem Thema an, dass eine derartige soziale Härte wohl sehr häufig vorliegen wird - dies aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung, den ein Kassenvertrag für einen Arzt hat - sodass in der Regel nur aus wichtigem Grund unanfechtbar gekündigt werden könne. Eine Vertrags-Gruppenpraxis kann ferner die Kündigung des Einzelvertrages abwenden, wenn sie innerhalb von acht Wochen ab Rechtskraft der Kündigung jenen persönlich haftenden Gesellschafter, der ausschließlich den jeweiligen Kündigungsgrund gesetzt hat, aus der Vertrags-Gruppenpraxis ausschließt.³³⁸

Vertragsärzte genießen daher einen intensiven Bestandschutz, der wesentlich stärker ausgeprägt ist als der allgemeine arbeitsrechtliche Kündigungsschutz.³³⁹

Nach der hL erlöschen Einzelverträge auch im Falle des Eintritts eines vertragslosen Zustandes, also bei Außerkrafttreten des Gesamtvertrages. Eine entsprechende Regelung fehlt jedoch in § 343 ASVG. § 348 Abs 3 ASVG sieht das Erlöschen der Einzelverträge ausdrücklich nur für den Fall vor, dass die Geltungsdauer eines durch die Bundesschiedskommission festgesetzten, bereits aufgekündigten Gesamtvertrages erlischt. Die hL lehnt jedoch einen Einzelvertrag

³³⁷ *Krejci*, ZAS 1989, 109.

³³⁸ § 343 Abs 4 ASVG.

³³⁹ *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht⁵, 43; *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 104; *Resch*, Sozialrecht³, 66.

ohne Gesamtvertrag ab, weshalb das Erlöschen der Einzelverträge auch in allen anderen Fällen gelten soll. Denn das Bestehen von Einzelverträgen ohne Gesamtvertrag widerspräche der vom Gesetzgeber gewollten Basis einer kollektiven Selbstordnung durch die Interessenverbände.³⁴⁰ Bei Beendigung des Gesamtvertrages enden demnach auch die Einzelverträge und müssen bei Abschluss eines neuen Gesamtvertrages ebenfalls neu begründet werden.³⁴¹

Wird ein Gesamtvertrag hingegen bloß inhaltlich geändert, ist ein Neuabschluss der Einzelverträge entbehrlich. Diese Änderungen können auch gegen den Willen der Kassenärzte durchgeführt werden.³⁴²

2.2.2.4 *Der Abschluss eines befristeten Einzelvertrages*³⁴³

In der Lehre ist die Zulässigkeit von Einzelvertragsvereinbarungen über die Befristung der individuellen Rechtsbeziehungen zwischen dem KVTr und den Ärzten generell umstritten. Im ASVG wird die Möglichkeit einer Befristung von Einzelverträgen nicht ausdrücklich geregelt. § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG sieht bloß generell vor, dass der Gesamtvertrag auch die Lösung der Einzelvertragsverhältnisse regeln kann. Dem § 343 Abs 2 bis 4 ASVG, der die Auflösung der Einzelverträge zum Inhalt hat, ist eine Befristung grundsätzlich ebenso fremd.

*Selb*³⁴⁴ vertrat zu dieser Zulässigkeitsfrage die Ansicht, dass befristete Einzelverträge, der gesetzlichen Regelung nach zu urteilen, nicht in Frage kommen. Denn § 343 Abs 4 ASVG spreche von einer Kündigung als

³⁴⁰ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 152 ff; *Tomandl*, *Grundriss des österreichischen Sozialrechts*⁵, 102; *Resch*, *Sozialrecht*³, 64, der jedoch meint, ein Ruhen der Einzelverträge wäre naheliegender; aA *Grillberger*, *Österreichisches Sozialrecht*⁵, 43.

³⁴¹ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.4.; *Krejci*, *ZAS* 1989, 114. Vgl zur Frage des Neuabschlusses von Einzelverträgen nach deren Außerkrafttreten insb auch *Kietaibl*, *DRdA* 2007, 449. Siehe dazu auch oben Punkte 2.2.1.5 und 2.2.1.6.

³⁴² *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.4.

³⁴³ Siehe zur Befristung von Einzelverträgen auch oben Punkt 2.2.2.4 sowie im Zusammenhang mit der Festlegung von Altersgrenzen in den Reihungsrichtlinien unten Punkt 4.2.2.4.

³⁴⁴ *Selb*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*⁷, 595.

Endigungsgrund und § 343 Abs 2 und 3 ASVG zähle jene Fälle taxativ auf, in welchen das Vertragsverhältnis ohne Kündigung ende. Eine planwidrige Lücke liege im Gesetz nicht vor, wenn anders als im Arbeitsrecht ein Endigungsgrund des Fristablaufs nicht genannt wird. Weiters bleibe für eine Erprobung des Arztes angesichts des strengen und formalisierten Auswahlverfahrens kein Raum. Ein „vorübergehender Bedarf“ könne sich nur in dem Fall ergeben, dass sich die Besetzung einer freien Vertragsarztstelle längere Zeit hinzieht.³⁴⁵ Der eine Befristung vorsehende Gesamtvertrag sei insoweit aufgrund dieses Gesetzesverstößes zumindest dann unwirksam, wenn er diese Befristung allgemein vorsieht. Ausgehend davon, dass eine Befristung von Einzelverträgen im Unterschied etwa zur Befristung von Arbeitsverträgen gesetzlich nicht geregelt ist, gelangt *Selb* zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber des ASVG in dessen Anwendungsbereich Befristungen generell ausschließen wollte.

*Krejci*³⁴⁶ hingegen will Befristungen unter bestimmten Umständen zulassen. Befristungen sollen zulässig sein, sofern sie den gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen des § 343 Abs 4 ASVG nicht widersprechen. Demnach darf eine Kündigung des Einzelvertrages durch den KVTr nur mit Begründung erfolgen. Außerdem ist eine ausgesprochene Kündigung durch den Arzt anfechtbar, wenn sie für ihn eine soziale Härte bedeutet und keine so gravierende Vertragsverletzung durch den Arzt vorliegt, dass dem KVTr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Wie erwähnt gibt *Krejci* zu bedenken, dass soziale Härte aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung, den ein Kassenvertrag für einen Arzt hat, sehr häufig vorliegen wird, sodass in der Regel nur aus wichtigem Grund unanfechtbar gekündigt werden kann. Aus alledem folgt, dass der gesetzliche Kündigungsschutz³⁴⁷ des Vertragsarztes durch laufende Befristungen des Einzelvertrages, also durch den Abschluss von sog „Kettenarztverträgen“, nicht unterlaufen werden darf, dass Befristungen aber

³⁴⁵ Vgl dazu die Bestimmung § 5 Abs 3 des Gesamtvertrages abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Vorarlberg und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 10.11.1956 idGF, wonach im Falle eines dringenden Bedarfs im Einvernehmen mit der Ärztekammer zur Besetzung einer Vertragsarztstelle ein befristeter Einzelvertrag abgeschlossen werden kann.

³⁴⁶ *Krejci*, ZAS 1989, 109.

³⁴⁷ Siehe dazu oben Punkt 2.2.2.3.

nicht generell und von vornherein unzulässig sind. Derartige Ketteneinzelverträge seien so zu beurteilen wie die sog Kettenarbeitsverträge.

§ 7 Abs 4 Muster-GV³⁴⁸ sieht ferner vor, dass in besonderen Fällen im Einvernehmen der Vertragsparteien ein Einzelvertrag „auf bestimmte Zeit“ geschlossen werden könne. Diese Bestimmung hält offenbar auch *Krejci*³⁴⁹ unter der oben ausgeführten Bedingung für zulässig, nämlich dass der Abschluss auf Zeit nicht zur Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes verwendet wird.

Auch *Mosler*³⁵⁰ kommt zu dem Schluss, dass Befristungen unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig sind und stellt fest, dass man mit dem gleichen Argument, mit welchem *Selb*³⁵¹ die Unzulässigkeit von Befristungen anzweifelt, auch die Zulässigkeit der einvernehmlichen Lösung anzweifeln könne, die ebenso wenig wie die Befristung im ASVG geregelt sei.³⁵² Grundsätzlich sei die Regelungskompetenz des Gesamtvertrages nur insofern eingeschränkt, als seine Bestimmungen mit dem Gesetz in Einklang stehen müssen.³⁵³ Nach § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG sind im Gesamtvertrag der Abschluss und die Auflösung der Einzelverträge zu regeln. Wäre diese Aufzählung der Beendigungsmöglichkeiten tatsächlich abschließend, wie dies *Selb* unterstellt, bliebe für weitere Vereinbarungen in den Gesamtverträgen kein Gestaltungsspielraum. Folglich hätte die Bestimmung des § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG keinen sinnvollen Anwendungsbereich mehr. Auch eine in den Gesamtverträgen enthaltene Bestimmung über die Auflösung des Einzelvertragsverhältnisses könne die Meinung *Selbs* nicht bestätigen. In § 38 Muster-GV³⁵⁴ etwa werde festgehalten, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Vertragsarzt und dem Versicherungsträger, abgesehen von der Möglichkeit

³⁴⁸ Veröffentlicht in *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 84.

³⁴⁹ *Krejci*, ZAS 1989, 109.

³⁵⁰ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 275 ff.

³⁵¹ *Selb*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts⁷, 595.

³⁵² *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 276.

³⁵³ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 274.

³⁵⁴ Veröffentlicht in *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 96.

der einvernehmlichen Auflösung des Vertragsverhältnisses und des Verzichts iSv § 9 Abs 2 Muster-GV³⁵⁵, nur aufgrund der Bestimmungen des § 343 Abs 2 bis 4 ASVG aufgelöst werden kann. Die auflösende Befristung ist eine Beschränkung der Wirksamkeit eines Vertrages, die einerseits dem Abschluss zuzurechnen ist, andererseits aber eine Beendigungsregelung enthält. Ist ein Einzelvertrag befristet, so endet er mit dem Ablauf der Frist, ohne dass es einer Auflösungserklärung bedarf. Für ihn kommen folglich die Bestimmungen des § 343 Abs 2 bis 4 ASVG und die Gesamtvertragsbestimmung über die Auflösung nicht zur Anwendung. Schon aus § 1449 ABGB ergibt sich, dass Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich befristet werden können. Dies sei ein allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz.³⁵⁶ Demnach muss eine Befristung nicht ausdrücklich erlaubt werden, um zulässig zu sein. Vielmehr bedarf eine Einschränkung der prinzipiellen Befristungsmöglichkeit einer besonderen Begründung. Dabei lässt sich aus dem ASVG, wie oben mit Hinweis auf *Krejci* ausgeführt, nur das Verbot der Umgehung des Schutzzwecks des § 343 Abs 2 bis 4 ASVG ableiten. Es darf also durch den Abschluss befristeter Einzelverträge vor allem der gesetzliche Kündigungsschutz nicht umgangen werden.

Zurückkommen möchte ich an dieser Stelle nochmals auf den Abschluss von „Kettenarztverträgen“, der mE eindeutig dem Schutzzweck des § 343 Abs 2 bis 4 ASVG zuwiderläuft. Es kann in dieser Frage auf die umfangreiche arbeitsrechtliche Rechtsprechung zu Kettenarbeitsverträgen verwiesen werden.³⁵⁷ Danach ist die Aneinanderreihung von Befristungen nur nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Ausnahmen oder bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung zulässig,³⁵⁸ wobei grundsätzlich schon die erste

³⁵⁵ Veröffentlicht in *Dragaschnig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 84.

³⁵⁶ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 276, mwN.

³⁵⁷ Vgl etwa OGH 14.9.1982, 4 Ob 75/82 = *Pfeil*, DRdA 1985, 128; 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; 7.6.2001, 9 ObA 328/00a; 22.5.2002, 9 ObA 80/02h; 4.9.2002, 9 ObA 89/02g; 24.4.2003, 8 ObA 219/02t.

³⁵⁸ Vgl etwa *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1158, E 1 ff; *Krejci*, in Rummel, ABGB³, § 1158, Rz 6 ff; *Grillberger*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser (Hrsg), Arbeitsrecht I⁴, 354; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 209; *Schrank*, in Schrank/Mazal (Hrsg), Arbeitsrecht³, 266 ff.

neuerliche Befristung auf ihre sachliche Rechtfertigung hin zu überprüfen ist.³⁵⁹ Fehlt eine solche sachliche Rechtfertigung, so ist das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die vereinbarte Befristung teilnichtig und daher als zusammenhängendes unbefristetes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.³⁶⁰

*Mosler*³⁶¹ meint, dass eine sachliche Rechtfertigung für befristete Einzelverträge wohl nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht komme. So etwa, wenn der Arzt selbst eine neue Befristung anstrebt. Bei einem unzulässigen Kettenarztvertrag ist davon auszugehen, dass die unzulässige Befristung teilnichtig ist und daher ein unbefristeter Einzelvertrag vorliegt.

Da § 1158 Abs 1 ABGB ausdrücklich die Zulässigkeit der Befristung eines Dienstverhältnisses vorsieht, ist die erste Befristung völlig unzweifelhaft rechtmäßig.³⁶² Diese erste Befristung wird auch nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung hin überprüft; sie kann von den Arbeitsvertragsparteien ohne eine Begründung vereinbart werden.³⁶³

Das allerdings kann nicht bedenkenlos auf den Einzelvertrag umgelegt werden. Kassenverträge müssen grundsätzlich länger ausgerichtet sein, da einerseits die Einrichtung der ärztlichen Praxis mit erheblichen Kosten verbunden ist und andererseits der Arzt zu den Patienten erst nach und nach ein entsprechendes Vertrauensverhältnis aufbauen muss – was, wie immer, nicht für alle Fachrichtungen in gleichem Ausmaß ins Treffen geführt werden kann. Vor allem aus diesem Grund sieht das Gesetz den ausgeprägten Kündigungsschutz vor. *Mosler*³⁶⁴ geht davon aus, dass daher eine langjährige Befristung einem

³⁵⁹ OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91. Vgl auch *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 57 f.

³⁶⁰ Vgl dazu *Schrammel*, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrecht II⁶, 36 f; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 57; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 211; *Grillberger*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser (Hrsg), Arbeitsrecht I⁴, 354; *Schrank*, in Schrank/Mazal (Hrsg), Arbeitsrecht³, 266 ff.

³⁶¹ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 277.

³⁶² Vgl *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1158, E 1 ff; *Krejci*, in Rummel, ABGB³, § 1158, Rz 6 ff.

³⁶³ RIS-Justiz RS0105948; OGH 16.10.2003, 8 ObA 1/03k.

³⁶⁴ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 277.

unbefristeten Vertragsverhältnis gleichzuhalten ist. Diese sei dann zulässig, wenn sie im Interesse des Arztes liege und/oder von ihm initiiert wurde.³⁶⁵

Grundsätzlich anders stelle sich die Situation bei kürzeren Befristungen dar, denn ihr Zweck und ihre sachliche Rechtfertigung könne nach *Mosler*³⁶⁶ etwa in der Erprobung oder in einem vorübergehenden Bedarf liegen. *Krejci*³⁶⁷ meint, es seien auch bei diesen sog. „Probearztverträgen“ die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen zu wahren. Bei derartigen Verträgen soll der Vertragsarzt zuerst bloß einen befristeten Einzelvertrag erhalten, wobei der KVTr über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Ablauf der Frist entscheiden kann. Solche „Probearztverträge“ seien verboten, sofern sie nach den Umständen des konkreten Falles für den betroffenen Arzt eine ihm unzumutbare soziale Härte bedeuten.

Dass in Anbetracht des gesamtvertraglich vorgesehenen, strengen und formalisierten Auswahlverfahrens für ein befristetes Probearztverhältnis kein Raum bestehen soll, ist für *Mosler*³⁶⁸ nicht einzusehen. Einerseits werde das Auswahlverfahren in der Praxis in den Bundesländern sehr unterschiedlich gehandhabt. Andererseits könne selbst das beste Auswahlverfahren die tatsächliche Erprobung des Bewerbers nicht ersetzen. Die Erprobung stelle ein durchaus legitimes und schutzwürdiges Interesse der Versichertengemeinschaft dar. Nach *Mosler* sind Befristungen am Beginn des Vertragsverhältnisses daher zulässig. Jedenfalls unzulässig sei eine Befristung des Einzelvertrages, obwohl keine gesamtvertragliche Rechtsgrundlage dafür besteht. Denn der Einzelvertrag dürfe grundsätzlich vom Inhalt des Gesamtvertrages nicht abweichen.³⁶⁹ Bei dieser Sichtweise bleibt mE jedoch außer Betracht, dass die strengen Auflösungsregeln auch einen gewissen finanziellen Schutzmechanismus in sich schließen. Egal ob und wie lange der Einzelvertrag befristet ist, der Kassenarzt

³⁶⁵ Vgl dazu die ähnliche Argumentation des OGH in seiner Entscheidung vom 14.9.1982, 4 Ob 75/82 = *Pfeil*, DRdA 1985, 128.

³⁶⁶ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 278.

³⁶⁷ *Krejci*, ZAS 1989, 109.

³⁶⁸ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 278.

³⁶⁹ § 341 Abs 3 ASVG.

muss in die Ausstattung seiner Ordination investieren. Weshalb dieser Investitionsschutz also nur bei längeren Befristungen greifen soll, ist mE nicht schlüssig.

Wie oben im Rahmen der „*Kettenarztverträge*“ bereits ausgeführt, ist eine Bestimmung des Gesamtvertrages, welche in unzulässiger Weise eine Befristung vorsieht, unzweifelhaft nichtig. Da es sich aber um keinen wesentlichen Vertragsbestandteil handelt, tritt nur eine Teilnichtigkeit jener Bestimmung ein, die die Befristung vorsieht.³⁷⁰ Fraglich ist jedoch, ob der aufgrund einer solchen gesamtvertraglichen Bestimmung (unzulässig) befristete Einzelvertrag allenfalls zur Gänze nichtig ist. Die Kündigungsschutzbestimmungen bezwecken den Schutz des Vertragsarztes vor willkürlichen Kündigungen des Vertragsverhältnisses. Würde die unzulässige Befristung den Wegfall des gesamten Vertrages nach sich ziehen, würde diese dem Schutzzweck der Norm nicht entsprechen. Der Schutzzweck der Norm erfordert es auch hier, den Einzelvertrag grundsätzlich in Geltung zu belassen.³⁷¹ Dasselbe gilt, wenn ein Einzelvertrag ohne gesamtvertragliche Grundlage mit einer Befristung geschlossen würde.

2.2.2.5 *Der Abschluss eines Einzelvertrages unter einer Resolutivbedingung*

Ist ein Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so treten die Rechtswirkungen des Geschäftes sofort ein, sollen aber wieder wegfallen, sobald ein ungewisses Ereignis eintritt.³⁷² Resolutivbedingungen sind in den derzeit in Geltung stehenden Gesamtverträgen für Einzelverträge nicht vorgesehen.

³⁷⁰ Vgl zur Teilnichtigkeit der Befristungsbestimmung bei Kettenarbeitsverträgen *Grillberger*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser (Hrsg), *Arbeitsrecht I*⁴, 354; *Schrank*, in Schrank/Mazal (Hrsg), *Arbeitsrecht*³, 266 ff; *Schrammel*, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), *Arbeitsrecht II*⁶, 36 f; *Marhold/Friedrich*, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 57; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰, 211.

³⁷¹ *Krejci*, ZAS 1989, 109; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 279.

³⁷² *Koziol/Welser*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I*¹³, 194.

*Mosler*³⁷³ sieht eine solche auflösende Bedingung aber ohnehin sehr problematisch. Es schließe zwar die Regelungsbefugnis des § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG eine solche Bedingung nicht aus. Aber auch hier könne auf die Ausführungen zu auflösend bedingten Arbeitsverträgen verwiesen werden. Solche Arbeitsverhältnisse sind dadurch charakterisiert, dass ihre Beendigung vom Eintritt eines von den Parteien vereinbarten künftigen Ereignisses abhängig gemacht wird. Bei einer Befristung steht prinzipiell fest, dass das Arbeitsverhältnis enden soll und es ist nur der genaue Zeitpunkt gewiss (bei einer kalendermäßigen Befristung) oder ungewiss (bei einer objektiv bestimmbaren Befristung). Hingegen ist bei der Bedingung schon der Eintritt des Ereignisses, von dem die Auflösung abhängt, ungewiss. Aufgrund dieser Unsicherheiten sehen manche Autoren auflösende Bedingungen grundsätzlich als unzulässig an und gehen daher von einem unbefristeten Arbeitsvertrag aus.³⁷⁴ In diesem Sinne lasse auch die auflösende Bedingung eines Einzelvertragsverhältnisses den Arzt im Unklaren, ob das Vertragsverhältnis beendet wird und widerspreche daher dem Normzweck der Kündigungsschutzbestimmungen.

Auch bei Arbeitsverhältnissen ist die auflösende Bedingung jedoch nicht von vornherein unzulässig, sondern zu differenzieren. Bei Arbeitsverhältnissen werden auflösende Bedingungen zumeist zugelassen, wenn es sich um sog Willens- oder Potestativbedingungen handelt,³⁷⁵ wenn also die Erfüllung der Bedingung ausschließlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängt.³⁷⁶ Selbst Willens- oder Potestativbedingungen sind jedoch dann rechtsunwirksam, wenn sie als gesetz- oder sittenwidrig zu qualifizieren sind.³⁷⁷ Der Oberste Gerichtshof lässt mittlerweile Resolutivbedingungen auch dann zu, wenn für den Eintritt oder Nichteintritt der auflösenden Bedingung ein maßgeblicher Stichtag feststeht – und

³⁷³ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 279.

³⁷⁴ *Grillberger*, in Floretta/Spielbüchler/Strasser (Hrsg), *Arbeitsrecht I*⁴, 355 f; differenzierend *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰, 218 f; mwN.

³⁷⁵ Vgl OGH 28.9.1971, 4 Ob 82/71; 25.9.1979, 4 Ob 78/79. *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰, 219.

³⁷⁶ *Koziol/Welser*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I*¹³, 194.

³⁷⁷ *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰, 219.

zwar auch dann, wenn die Erfüllung der Bedingung nicht ausschließlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängt.³⁷⁸

Aufgrund des ausgeprägten gesetzlichen Kündigungsschutzes und dessen zweiseitig zwingender Wirkung bleibt beim ärztlichen Einzelvertrag aber ohnehin kaum Raum für auflösende Bedingungen.³⁷⁹

2.2.2.6 Die Instrumente der Streitschlichtung

2.2.2.6.1 Die Paritätischen Schiedskommissionen³⁸⁰

Nach § 344 ASVG ist in jedem Bundesland eine Paritätische Schiedskommission einzurichten, die zur Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten berufen ist, die in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag stehen.³⁸¹ In den Angelegenheiten, die in die sachliche Kompetenz der Paritätischen Schiedskommission fallen, ist die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs jedenfalls unzulässig.³⁸²

Der Sitz der Paritätischen Schiedskommission befindet sich grundsätzlich in der jeweiligen Landeshauptstadt. Dies gilt mit zwei Ausnahmen; die Paritätische Schiedskommission für Niederösterreich findet sich in Wien, jene für Vorarlberg in Dornbirn.³⁸³

³⁷⁸ OGH 24.6.1998, 9 ObA 156/98a; unter Hinweis auf *Schrammel*, ZAS 1984, 223.

³⁷⁹ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 279.

³⁸⁰ Vgl. *Stellamor/Steiner*, *Handbuch Arztrecht*², 650; *Souhrada*, JBI 1982, 519; *Geppert*, DRdA 1987, 177; *Souhrada*, SozSi 1990, 18; *Reif*, SozSi 1991, 594.

³⁸¹ § 344 Abs 1 ASVG; § 2 SchKV. Vgl. auch *Souhrada*, SozSi 1990, 18; Erl. zur RV der 48.ASVG-Novelle, veröffentlicht bei *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, Vorbem zu den § 344, 345, 345a, 346 und 347, 1624.

³⁸² OGH 24.8.1995, 2 Ob 39/95 = RdM 1996/4. *Stellamor/Steiner*, *Handbuch Arztrecht*², 650.

³⁸³ § 344 Abs 1 ASVG; § 1 SchKV. *Stellamor/Steiner*, *Handbuch Arztrecht*², 650. Dies gilt im Übrigen auch für die Landesberufungskommissionen.

Die Kommission besteht aus vier Mitgliedern, von denen zwei von der zuständigen Landesärztekammer und zwei vom KVTr, der Partei des Einzelvertrags ist, bestellt werden.³⁸⁴

Das Verfahren vor der Paritätischen Schiedskommission ist antragsbedürftig und wird nicht von Amts wegen eingeleitet. Ein Antrag bedarf stets der Schriftform. Der Antrag hat eine Darstellung des Sachverhalts, Beweisanbote und selbstverständlich ein bestimmtes Antragsbegehren zu enthalten.³⁸⁵ Für mangelhafte Anträge gilt das Verfahren nach § 13 Abs 3 AVG betreffend Formgebrechen. Der Vorsitzende hat eine Gleichschrift des Antrags an den Antragsgegner zuzustellen, der binnen zwei Wochen eine Gegenschrift erstatten kann.³⁸⁶

IdR hat die Paritätische Schiedskommission innerhalb von zwei Wochen nach Einlangen der Gegenschrift des Antragsgegners oder ungenütztem Verstreichen dieser Frist schon aufgrund der Aktenlage ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und ohne Abhaltung einer mündlichen Verhandlung selbst in der Sache zu entscheiden. Andernfalls hat sie weitere Ermittlungen zu beschließen und das Beweisverfahren durchzuführen oder sofort eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.³⁸⁷

Die paritätische Schiedskommission ist verpflichtet, über jeden Antrag ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach dessen Einlangen, mit Bescheid zu entscheiden.³⁸⁸ Wird der Bescheid dem Antragsteller innerhalb dieser Frist nicht zugestellt oder wird dem Antragsteller schriftlich mitgeteilt, dass wegen Stimmgleichheit keine Entscheidung zustande kommt, kann jede der Parteien schriftlich beantragen, dass die Zuständigkeit zur Entscheidung auf die

³⁸⁴ § 344 Abs 1 bis 4 ASVG; §§ 3-5 SchKV.

³⁸⁵ § 6 Abs 1 und 2 SchKV.

³⁸⁶ § 7 SchKV.

³⁸⁷ § 8 Abs 1 SchKV.

³⁸⁸ § 344 Abs 3 ASVG.

Landesberufungskommission übergehen möge.³⁸⁹ Ein solcher Devolutionsantrag ist unmittelbar bei der Landesberufungskommission einzubringen. Das Verlangen ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf Stimmengleichheit oder nicht ausschließlich auf ein Verschulden der Behörde zurückzuführen ist^{390, 391}.

Gegen einen Bescheid der Paritätischen Schiedskommission kann Berufung an die Landeschiedskommission erhoben werden³⁹².

2.2.2.6.2 Die Landesberufungskommissionen

Neben den Paritätischen Schiedskommissionen sind ebenfalls für jedes Land Landesberufungskommissionen einzurichten. Deren Mitglieder werden allerdings nicht wie jene der Paritätischen Schiedskommission für den Einzelfall bestellt. Die Landesberufungskommission ist vielmehr dauerhaft mit einem Richter als Vorsitzenden und weiteren vier Beisitzern besetzt.

Der Vorsitzende ist vom Bundesminister für Justiz zu bestellen und muss ein Richter sein, der im Zeitpunkt seiner Bestellung bei einem Gerichtshof in Arbeits- und Sozialrechtssachen tätig ist. Je zwei Beisitzer sind vom Bundesminister für Justiz auf Vorschlag der Österreichischen Ärztekammer und des Hauptverbandes zu bestellen, wobei Versicherungsvertreter und Arbeitnehmer jenes Versicherungsträgers sowie Angehörige und Arbeitnehmer jener Ärztekammer, die Vertragsparteien des Gesamtvertrages sind, auf dem der streitgegenständliche Einzelvertrag beruht, im jeweiligen Verfahren nicht Beisitzer sein dürfen.³⁹³

³⁸⁹ § 15 Abs 2 SchKV.

³⁹⁰ Mit Verweis auf § 73 AVG.

³⁹¹ § 344 Abs 1 bis 4 ASVG; §§ 3-5 SchKV. Vgl zu alldem eingehend *Stellamori/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 651 ff.

³⁹² § 344 Abs 4 ASVG; § 15 Abs 1 SchKV.

³⁹³ *Stellamori/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 658.

Die Landesberufungskommission ist Rechtsmittelinstanz und entscheidet als solche über Berufungen gegen Bescheide der Paritätischen Schiedskommissionen; ebenso entscheidet sie über Devolutionsanträge gemäß § 344 Abs 3 ASVG, wenn also die Paritätische Schiedskommission nicht innerhalb von sechs Monaten eine bescheidmäßige Entscheidung trifft.³⁹⁴

Für das Berufungsverfahren gelten die §§ 63 ff AVG.³⁹⁵

Da sowohl die Paritätische Schiedskommission als auch die Landesberufungskommission im Instanzenzug gemäß § 344 ASVG zur „*Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten, die in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag stehen*“ berufen ist und durch die gebotene weite Auslegung dieser Bestimmung sowohl Streitigkeiten unmittelbar aus dem Einzelvertrag, als auch jene über das gültige Bestehen oder Nichtbestehen eines Kassenvertrages einschließlich seiner Nachwirkungen in die Zuständigkeit der Paritätischen Schiedskommission fallen, ist auch für Streitigkeiten, die aus dem Erlöschen eines Einzelvertrages resultieren, eine ausreichende Rechtsschutzmöglichkeit nach dieser Bestimmung gegeben.³⁹⁶

2.2.2.6.3 Die Qualität der Paritätischen Schiedskommissionen und der Landesberufungskommission als Tribunale iSd Art 6 EMRK

In ihrem Bericht vom 16.4.1998 hat die Europäische Kommission für Menschenrechte bemerkt, dass die Landesberufungskommissionen nicht die für die Anerkennung als Tribunal im Sinne des Art 6 EMRK erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweisen würden. Somit liege eine Verletzung des Art 6 EMRK auch dann vor, wenn eine Beschwerde an den

³⁹⁴ § 345 Abs 1 und 2 ASVG.

³⁹⁵ Vgl eingehend zum Verfahren *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 659 ff.

³⁹⁶ VfGH 14.6.2000, B 2074/98.

Verfassungsgerichtshof zulässig ist, da dieser keine volle Kognitionsbefugnis besitzt.³⁹⁷

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes stellen die Landesberufungskommissionen Behörden dar, die ungeachtet dieses Berichts der Europäischen Kommission für Menschenrechte sehr wohl den Anforderungen des Art 6 EMRK entsprechen. Ein Verstoß gegen Art 6 EMRK könnte sich nur aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben.³⁹⁸ Seit der 60. Novelle³⁹⁹ zum ASVG im Jahr 2002 bestimmt § 345 Abs 1 ASVG ausdrücklich, dass Angehörige und Arbeitnehmer des jeweiligen Versicherungsträgers bzw der jeweiligen Ärztekammer nicht Beisitzer im konkreten Verfahren sein dürfen, wodurch auch die bislang in Einzelfällen festgestellte Verletzung des Art 6 EMRK vermieden und die erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Beisitzer der Landesberufungskommission gewährleistet werden soll.⁴⁰⁰

2.2.3 Die Alternative zum Kassenvertrag: Wahlärzte⁴⁰¹

Selbstverständlich sind versicherte Personen nicht verpflichtet, einen Vertragsarzt zu konsultieren. Ihnen steht es ebenso frei, sich von einem Wahlarzt behandeln zu lassen. Ein Wahlarzt ist ein Arzt, der über den entsprechenden Kassenvertrag nicht verfügt und daher nicht in Rechtsbeziehung zu einem KVTr steht.⁴⁰² In diesem Fall schuldet der Versicherte aufgrund des Behandlungsvertrages dem Arzt unmittelbar das Honorar für die in Anspruch genommenen ärztlichen Leistungen. Gegen den KVTr besteht ein Anspruch auf

³⁹⁷ *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, § 345, 1626/2b.

³⁹⁸ Vgl VfGH 30.9.1993, B 1136/92 = VfSlg 13.553; 11.10.2000, B 224/00; 16.12.1999, B 3077/97 – B 1819/98 = VfSlg 15.698; 2.3.2002, B 1538/01.

³⁹⁹ BGBl. I Nr. 140/2002.

⁴⁰⁰ *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, § 345, 1626/2b f.

⁴⁰¹ Vgl auch die Gegenüberstellung von Kassen- und Wahlärzten von *Kopetzki*, RdM 1996, 175.

⁴⁰² *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵, 99; *Resch*, Sozialrecht³, 67.

Kostenerstattung – jedoch bloß im Ausmaß von 80 %⁴⁰³ jenes Betrages, der bei der Behandlung durch einen Kassenarzt angefallen wäre.⁴⁰⁴ Insofern partizipieren auch Wahlärzte mittelbar am System der gesetzlichen Krankenversicherung.⁴⁰⁵ Nicht selten übernehmen die Vorfinanzierung auch private Versicherungen im Wege einer Direktverrechnung.⁴⁰⁶

Die Einführung des Wahlarztsystems war ein Kompromiss, da die ursprüngliche Forderung der Ärztekammer, alle niedergelassenen Ärzte zum Sachleistungssystem zuzulassen, aufgrund der Notwendigkeit einer Beitragsstabilität im ASVG nicht verwirklicht werden konnte.⁴⁰⁷ Bereits der damalige Ausschussbericht führt aus, dass die Probleme des ärztlichen Nachwuchses nicht alleine durch die Krankenversicherung gelöst werden können und dass es auch Sache der Ärztekammer sein werde, über eine planmäßige Verteilung der Ärzte und durch Beseitigung unzulässiger Kumulierungen von ärztlichen Tätigkeiten für die unversorgten Ärzte eine Existenzmöglichkeit sicherzustellen.⁴⁰⁸ Als Schutz vor einer ungerechtfertigten finanziellen Überinanspruchnahme zitieren die Materialien zum ASVG hinsichtlich der Wahlärzte eine Reihe von Hürden. Dies ist zum Einen die Vorleistungspflicht des Patienten, der den Wahlarzt ja zunächst einmal selbst honorieren muss. Zum Anderen birgt das Wahlarztsystem auch eine finanzielle Belastung des Patienten in sich, da der Versicherte die Differenz zwischen Rechnungsbetrag und Erstattungsbetrag selbst zu tragen hat. Ferner ist der Wahlarzt nicht berechtigt auf Rezeptformularen der Krankenkassen Arzneimittel zu verschreiben und darf nur Privatrezepte ausstellen. Praktisch bei allen KVTr gibt es eigene Rezepturvereinbarungen mit den Wahlärzten. In diesen verpflichten sich die

⁴⁰³ Die Beschränkung auf 80 % gründet sich auf die Pauschalierung der Verwaltungskosten und ist nach der Rspr des VfGH verfassungsrechtlich unbedenklich. Vgl VfGH 18.3.2000, G 24/98 ua, V38/98 ua – V62/99 = VfSlg 15.787 – 15.865 = JBl 2000, 502 = SozSi 2000, 738. Vgl auch *Füszl*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, IV/128.

⁴⁰⁴ § 131 Abs 1 ASVG. Vgl dazu schon oben Punkt 1.4.2.

⁴⁰⁵ *Resch*, Sozialrecht³, 67.

⁴⁰⁶ *Aigner*, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht II, III/34; *Seiss*, SozSi 2000, 927.

⁴⁰⁷ *Seiss*, SozSi 2000, 927.

⁴⁰⁸ AB 613 BlgNR VII.GP., 30 f; *Seiss*, SozSi 2000, 927.

Wahlärzte zur Einhaltung der „Richtlinie für ökonomische Verschreibweise“ und haben das Rezepturrecht wie ein niedergelassener Vertragsarzt. Zu alledem kommt noch, dass der Wahlarzt keine Krankschreibungen vornehmen darf.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ *Seiss*, SozSi 2000, 927.

Teil II: VERGABEVERFAHREN

3 Der Weg zum praktizierten Auswahlverfahren

Bis zum Inkrafttreten der 58. Novelle⁴¹⁰ zum ASVG sahen die §§ 342 Abs 1 Zif 2 und 343 Abs 1 ASVG bloß rudimentäre Grenzen vor, innerhalb derer die Gesamtvertragsparteien die Auswahl relativ frei treffen konnten; so bestimmte § 343 Abs 1 ASVG ursprünglich lediglich, dass *„die Auswahl der Vertragsärzte und der Abschluss der Einzelverträge zwischen dem zuständigen Träger der Krankenversicherung und dem Arzt nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages und im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer erfolgt“*⁴¹¹.

Schließlich wurde mit der Ergänzung des § 343 Abs 1 ASVG die normative Grundlage geschaffen, dieser Gestaltungsfreiheit Grenzen zu setzen – die Kompetenz des Bundesministers für Soziale Sicherheit und Generationen⁴¹² zur Erlassung der Reihungskriterienverordnung wurde verankert. Auf Vorschlag der Österreichischen Ärztekammer und nach Anhörung des Hauptverbandes der österreichischen SozVTr ist der Bundesminister ermächtigt, verbindliche Kriterien für die Reihung der Bewerber festzusetzen. Ferner wurde explizit festgeschrieben, dass dabei die fachliche Eignung der Bewerber (Bewerberinnen) und die zeitliche Reihenfolge der Bewerbungen um Einzelverträge zu berücksichtigen sind und dass die Reihungskriterien jedenfalls dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴¹³ zu entsprechen haben.⁴¹⁴

Durch die Ergänzung der Bestimmung des § 343 Abs 1 ASVG sollte näher determiniert werden, wie letztlich die Kriterien für die Reihung von Bewerbern

⁴¹⁰ BGBl. I Nr. 99/2001.

⁴¹¹ § 343 Abs 1 Satz 1 ASVG idF BGBl. Nr. 139/1997.

⁴¹² Nunmehr Bundesminister für Gesundheit.

⁴¹³ BGBl. Nr. 210/1958.

⁴¹⁴ § 343 Abs 1 Satz 2 bis 4 ASVG.

um Kassenverträge, festzulegen sind. *„Um der besonderen Sensibilität der Vertragspartnerauswahl Rechnung zu tragen, sollen auch die inhaltlichen Parameter vorgegeben werden, nach denen sich die Auswahl zu richten hat: So müssen – schon von Gesetzes wegen – insbesondere die fachliche Eignung der Bewerber und der Zeitpunkt ihrer Bewerbung Kriterien für die Reihung sein. Als (auch verfassungsrechtlicher) Rahmen für die (weiteren) Kriterien wird deren Übereinstimmung mit dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie der MRK ausdrücklich normiert.“*⁴¹⁵

Die *„Verordnung über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern“*, die sog Reihungskriterien-VO⁴¹⁶, trat mit 1.1.2003 in Kraft und legt nun erstmals verbindliche und bundeseinheitliche Kriterien für die Reihung der Bewerber um Einzelverträge im Verordnungsrang fest. Seit dem Inkrafttreten der Reihungskriterien-VO wurde diese zweimal geringfügig abgeändert⁴¹⁷; sie besteht im Wesentlichen aber in ihrer Ursprungsfassung.

Die Reihungskriterien-VO soll für eine gerechte Vergabe der Einzelverträge Sorge tragen. Fraglich ist allerdings, ob mit ihr die von der Ärzteschaft eingeforderte Rechtmäßigkeit der Vergabepaxis in ausreichender Weise sichergestellt ist. Dies soll im Nachfolgenden untersucht werden.

In Wien wurde die Erlassung der Reihungskriterien-VO im Jahr 2002 überhaupt zum Anlass genommen, das Vergabeverfahren einer umfassenden Neuregelung zu unterziehen. Beispielhaft wird im Folgenden zumeist auch auf die Wiener Regelungen verwiesen werden.

⁴¹⁵ RV 624 BlgNR XXI.GP.

⁴¹⁶ BGBl. II Nr. 487/2002.

⁴¹⁷ BGBl. II Nr. 415/2004; BGBl. II Nr. 475/2005.

4 Die Auswahl der Vertragspartner durch die KVTr

4.1 Das formelle Auswahlverfahren

4.1.1 Die Rechtsgrundlagen

Bei dem Verfahren zur Auswahl der Vertragsärzte sind verschiedenste Rechtsgrundlagen zu beachten. Ausdrückliche Bestimmungen enthält wiederum das ASVG⁴¹⁸, die sowohl Grundzüge des Auswahlverfahrens als auch einige Auswahlkriterien skizzieren. Selbstverständlich sind die Gesamtverträge zu beachten, da auch das ASVG auf diese verweist. Sie regeln die Grundsätze des Auswahlverfahrens.⁴¹⁹ Ferner sind Reihungskriterien-VO⁴²⁰ und die eigenen Reihungsrichtlinien der Landesärztekammern von Bedeutung, die Verfahrenseinzelheiten und die materiellen Auswahlkriterien festlegen.

Neben den Schranken des innerstaatlichen Rechts stellt sich auch die Frage der Europarechtskonformität des Auswahlverfahrens.

4.1.1.1 Die relevanten vertragspartnerrechtlichen Bestimmungen des ASVG

Wie bereits mehrfach erwähnt, finden sich die relevanten Bestimmungen zum Vertragspartnerrecht in den §§ 338 ff ASVG. Für das Auswahlverfahren relevant sind vor allem zwei Normen, nämlich § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG und § 343 Abs 1 ASVG.⁴²¹

Wie oben ausgeführt, zählt § 342 ASVG beispielhaft Regelungsinhalte der Gesamtverträge auf. Nach § 342 Abs 1 Zif 1 erster Halbsatz ASVG ist im Gesamtvertrag insbesondere die Festsetzung der Zahl und der örtlichen Verteilung der Vertragsärzte und der Vertrags-Gruppenpraxen unter Bedachtnahme auf die regionalen Strukturpläne Gesundheit mit dem Ziel zu regeln, dass unter

⁴¹⁸ §§ 338 ff ASVG.

⁴¹⁹ Siehe dazu ausführlich oben Punkte 2.2.1 und 2.2.1.3.

⁴²⁰ BGBl. II Nr. 487/2002.

⁴²¹ Resch, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 150.

Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten und deren Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgeschriebenen Leistungen im Sinne des § 338 Abs 2 erster Satz ASVG gesichert ist. In der Regel soll den Versicherten die Auswahl von mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten oder einem Vertragsarzt und einer Vertrags-Gruppenpraxis freigestellt sein. Die Festlegung erfolgt im bereits erwähnten sog Stellenplan. Die Verteilung der Ärzte soll so ausgewogen sein, dass die Leistungsbereitstellung keine regionale Disproportionalität aufweist. Genauer ist dem Gesetzeswortlaut nicht abzugewinnen.⁴²²

Nach § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG hat der Gesamtvertrag die Auswahl der Vertragsärzte, den Abschluss und die Lösung der mit diesen zu schließenden Einzelverträge zu regeln. Gemäß § 343 Abs 1 ASVG erfolgt die Auswahl der Vertragsärzte nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages und im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer. Weiters enthält die Bestimmung die Ermächtigung zum Erlass der eben erwähnten Reihungskriterien-VO. Die einzelnen Gesamtverträge sehen für den Fall, dass es nicht zu einer einvernehmlichen Auswahl des Vertragsarztes kommt, regelmäßig die Entscheidung der Landesschiedskommission auf Antrag einer der Vertragsparteien vor.⁴²³

Bei der Auswahl der Vertragspartner durch die KVTr ist also jedenfalls auch § 338 Abs 2 ASVG zu berücksichtigen, demnach die ausreichende Versorgung der Versicherten mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgeschriebenen Leistungen durch den Abschluss von Gesamt- und Einzelverträgen sicherzustellen ist. Der verwendete Ausdruck „ausreichend“ ist

⁴²² *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, § 342, Anm 3; *Marhold*, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in Schrammel (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung, 4 ff; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 32, mit Verweis auf *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 (52).

⁴²³ Vgl auch § 5 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83. *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 162; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 265; *Mosler*, DRdA 1996, 430 ff.

hierbei nicht nur quantitativ, sondern vielmehr auch qualitativ zu verstehen. Der Absicht des Gesetzgebers entsprechend muss daher, sofern mehrere geeignete Bewerber um eine Kassenplanstelle zur Verfügung stehen, der bestqualifizierte Bewerber ausgewählt werden.⁴²⁴

Die Konzentration wird nun zunächst auf den Verfahrensablauf gerichtet sein. Der Maßstab, also die Kriterien, anhand derer die Qualifikation der Bewerber um einen Kassenvertrag gemessen und beurteilt werden soll, steht im nachfolgenden Kapitel⁴²⁵ im Fokus des Interesses.

4.1.1.2 Die gesamtvertraglichen Bestimmungen

Die Gesamtverträge haben also auch Regelungen über die Auswahl der Vertragsärzte zu enthalten;⁴²⁶ gemäß § 343 Abs 1 ASVG erfolgt die Auswahl der Vertragsärzte und der Abschluss der Einzelverträge eben nach den Gesamtverträgen und im Einvernehmen mit den örtlich zuständigen Ärztekammern. Der Gesetzgeber räumt damit den Ärztekammern entscheidenden Einfluss bei der Besetzung von Kassenarztstellen ein. Hinzu kommt, dass die Einzelverträge nur im Rahmen des Stellenplanes und der Zulassungsordnung der Gesamtverträge abgeschlossen werden dürfen, die ja ebenfalls zwischen den Ärztekammern und dem Hauptverband der SozVTr abgeschlossen wird. Außerhalb der vereinbarten Zahl und örtlichen Verteilung geschlossene Einzelverträge würden ebenfalls die Zustimmung der Vertragsparteien des Gesamtvertrages benötigen, um überhaupt wirksam werden zu können; es sind also wiederum Hauptverband und die jeweilige Landesärztekammer bzw im Falle der Nichteinigung die Österreichische Ärztekammer involviert.⁴²⁷

⁴²⁴ BSK 29.11.2000, R 2-BSK/00 = SSV-NF 14/A1. *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 165; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 269; *Mosler*, DRdA 1996, 430 ff.

⁴²⁵ Siehe dazu sogleich unten Punkt 4.2.

⁴²⁶ § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG.

⁴²⁷ § 343 Abs 1 ASVG.

Im Grunde regeln aber auch die Gesamtverträge nur die wesentlichsten Elemente des Auswahlverfahrens, wie die Notwendigkeit der Ausschreibung des freiwerdenden Vertrages oder die Antragstellung über die Ärztekammern.⁴²⁸ Betreffend das Verfahren werden die Bestimmungen der Gesamtverträge daher entscheidend durch jene der Reihungskriterien-VO sowie durch von den Landesärztekammern festgelegte Richtlinien zur Reihung der Bewerber ergänzt. Teilweise werden die Reihungsrichtlinien auch direkt in den Gesamtvertrag eingebunden.⁴²⁹ Die Richtlinien müssen in besonderem Maße die Qualität der Bewerber berücksichtigen, denn durch die Einzelvertragsvergabe soll ja die ausreichende qualitative Versorgung der Versicherten sichergestellt werden. Die Sicherung der Qualität der medizinischen Versorgung ist ein wesentliches Anliegen des Vertragspartnerrechtes.

Die gesamtvertraglichen Bestimmungen über die Auswahl der Kassenvertragsärzte sollen nun am Beispiel des Wiener Gesamtvertrages näher dargestellt werden.

§ 4 wrGV enthält die Festsetzung der Zahl der Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und der Vertragsfachärzte. Die örtliche Verteilung der Vertragsärzte wird unter Bedachtnahme auf die Anzahl der Versicherten im Einvernehmen zwischen der Wiener Ärztekammer und der Wiener Gebietskrankenkasse⁴³⁰ festgesetzt.

§ 6 wrGV regelt die Ausschreibung freier Vertragsarztstellen. Die freien Stellen werden demnach im Einvernehmen mit der Kammer von der Wiener Gebietskrankenkasse in den Mitteilungen der Kammer ausgeschrieben. Anträge auf einen Vertragsabschluss sind schriftlich innerhalb der Ausschreibungsfrist bei der Ärztekammer einzureichen, wobei die in der Ausschreibung bezeichneten

⁴²⁸ Vgl §§ 3, 4 und 5 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83.

⁴²⁹ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 265 ff; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 149 ff.

⁴³⁰ Nach § 3 wrGV bevollmächtigen die den Gesamtvertrag abschließenden KVTr die Wiener Gebietskrankenkasse sie gegenüber der Ärztekammer sowie den Vertragsärzten in allen Angelegenheiten der Durchführung dieses Gesamtvertrages und der Einzelverträge zu vertreten.

Zeugnisse und Nachweise im Original oder in beglaubigter Abschrift beizulegen sind.

Schließlich enthält der Gesamtvertrag auch Rahmenbestimmungen für die Auswahl des Vertragsarztes. Gemäß § 7 wrGV wird von der Ärztekammer bei jedem Bewerber das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit überprüft. Alle Anträge werden sodann binnen vier Wochen nach Ablauf der Ausschreibungsfrist an die Versicherungsträger weitergeleitet. Zusätzlich erstattet die Ärztekammer einen begründeten Auswahlvorschlag. Sofern die Kasse mit diesem Vorschlag nicht einverstanden ist, hat sie binnen vier Wochen nach Einlangen des Vorschlages einen begründeten Gegenvorschlag zu erstatten. Die endgültige Auswahl des Arztes für die freie Vertragsarztstelle bedarf jedenfalls des Einvernehmens zwischen Ärztekammer und Gebietskrankenkasse. Kommt ein solches binnen zwei Wochen jedoch nicht zustande, entscheidet auf Antrag der Kammer oder der Kasse die Landesschiedskommission.⁴³¹

Nicht nur der hier beispielhaft besprochene Wiener Gesamtvertrag,⁴³² sondern alle Gesamtverträge⁴³³ sehen für die Auswahl und In-Vertragnahme von Ärzten für Allgemeinmedizin und von Fachärzten vor, dass von den zuständigen Ärztekammern und den KVTr noch weitere „*Richtlinien*“⁴³⁴ vereinbart werden können. Derartige Richtlinien haben auch alle Landesärztekammern mit den entsprechenden Gebietskrankenkassen bzw dem Hauptverband abgeschlossen. Sie regeln insbesondere die formale Vorgangsweise, an die sich die Ärztekammern bei der Erstattung ihrer Besetzungsvorschläge zu richten haben. Darüber hinaus enthalten die Richtlinien materielle Auswahl- oder auch Ausschlusskriterien. Sie

⁴³¹ § 345a ASVG; Siehe dazu auch oben Punkt 2.2.1.4.1.

⁴³² § 343 Abs 1 ASVG iVm § 7 Abs 2 wrGV.

⁴³³ § 343 Abs 1 ASVG iVm § 5 Abs 2 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83.

⁴³⁴ Siehe zu diesen sogleich unten Punkt 4.1.1.4 und 4.2.2.

legen fest, für welche Kriterien wie viele Punkte maximal erreicht werden können und wie sich diese errechnen.⁴³⁵

Diese Vereinbarungen sind für die Beteiligten verbindlich, da es sich um mit normativer Wirkung ausgestattete, gesamtvertragliche Vereinbarungen mit zwingendem Inhalt handelt.⁴³⁶ Dies trifft mE allerdings nur dann zu, wenn die in § 341 Abs 1 ASVG zwingend vorgesehenen Abschlussermächtigungen von Ärztekammer und Hauptverband erfüllt sind.⁴³⁷ Andernfalls handelt es sich bei den Zusatzvereinbarungen mAn um privatrechtliche Verträge, denen bloß schuldrechtliche, nicht aber normative Wirkung zukommt.⁴³⁸ Auch derartigen rein privatrechtlichen Vereinbarungen sind durch objektives Recht, insb Gesetze und Verordnungen, jedenfalls Schranken gesetzt.⁴³⁹ Solche Vereinbarungen binden die Parteien, allerdings mangels normativer Wirkung nur diese.⁴⁴⁰ Ferner ist der Gesamtvertrag als im Stufenbau der derogatorischen Kraft übergeordnete Norm anzusehen und ein Verstoß der Vereinbarung gegen diesen würde mAn zur Teilnichtigkeit führen.

Nachdem die Möglichkeit der Schaffung solcher Richtlinien in den Gesamtverträgen selbst vorgesehen ist, sind diese als zum Gesamtvertrag gehörig anzusehen, zählen allerdings zum schuldrechtlichen Teil des Gesamtvertrages.⁴⁴¹ Lediglich der normative Teil des Gesamtvertrages unterliegt aber dem aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abgeleiteten Sachlichkeitsgebot. Der schuldrechtliche Teil unterliegt diesem zwar nicht, die Gesetzmäßigkeit und eine allfällige Sittenwidrigkeit seines Inhaltes ist jedoch an dem Maßstab des § 879 ABGB zu messen. Diesem Maßstab nicht standhaltende Auswahlkriterien

⁴³⁵ Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 404; Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 266.

⁴³⁶ OGH 14.3.2006, 4 Ob 198/05d.

⁴³⁷ Vgl dazu Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 186.

⁴³⁸ Siehe zur Rechtsnatur des Gesamtvertrages ausführlich oben Punkt 2.2.1.2.

⁴³⁹ Vgl etwa § 879 ABGB.

⁴⁴⁰ Der normative Teil des Gesamtvertrages wirkt hingegen über die Vertragspartner hinaus und bestimmt den Inhalt der Einzelverträge, die zwischen den KVTr und den niedergelassenen Ärzten geschlossen werden. Vgl dazu ausführlich oben Punkt 2.2.1.2.

⁴⁴¹ Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 407.

in gesamtvertraglich vereinbarten Richtlinien wären daher nichtig, wobei im Allgemeinen von einer Teilnichtigkeit der Richtlinien auszugehen ist, wenn bei Wegfall der einzelnen nichtigen Bestimmungen noch eine den allgemeinen Anforderungen gerecht werdende und sachgemäße Vergabeentscheidung getroffen werden kann.⁴⁴² Das bedeutet, dass die Vergabe unter Ausschluss der nichtigen Punkte zu entscheiden ist. Wenn jedoch bei Außerachtlassung der nichtigen Kriterien insbesondere eine dem Gleichheitssatz und den allgemeinen Grundsätzen der Judikatur entsprechende Vergabeentscheidung nicht möglich ist, ist nicht von einer Teilnichtigkeit und damit einer Restgültigkeit der Vergaberichtlinien, sondern vielmehr von ihrer Gesamtnichtigkeit auszugehen. In einem solchen Fall könnte die Entscheidung über die Vergabe des Kassenvertrages wohl nur anhand allgemeiner Grundsätze gefunden werden. Im Zweifel ist ausschließlich die fachliche Qualifikation als maßgebliches Beurteilungskriterium zwischen den Bewerbern heranzuziehen.⁴⁴³

Nach *Resch* ist es jedoch fraglich, ob ein solches Vergabeverfahren den Rahmenbestimmungen des ASVG genügt.⁴⁴⁴

4.1.1.3 Die Bestimmungen der Reihungskriterienverordnung

Die Reihungskriterien-VO⁴⁴⁵ enthält nur wenige Verfahrensbestimmungen und legt vielmehr materielle Kriterien für die Reihung der Bewerber um einen Einzelvertrag und jeweils für diese bestimmte Punktespannen fest.⁴⁴⁶

Nach § 3 Abs 2 der Verordnung können der KVTr und die Ärztekammer gemeinsam die In-Vertragnahme des Erstgereihten begründet ablehnen, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass der mit dem Einzelvertrag verbundene

⁴⁴² *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 167.

⁴⁴³ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 407.

⁴⁴⁴ *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 167, mwN.

⁴⁴⁵ BGBl. II Nr. 487/2002.

⁴⁴⁶ Siehe zu den materiellen Auswahlkriterien sogleich unten Punkt 4.2.

Versorgungsauftrag durch diesen Bewerber nicht erfüllt werden kann. Diese Bestimmung sieht also nur die gemeinsame Ablehnung eines erstgereihten Bewerbers vor. *Mosler*⁴⁴⁷ führt dazu aus, dass aufgrund der Formulierung der Gegenschluss naheliege, dass die Ablehnung durch den KVTr alleine nicht möglich ist. Dem allerdings widerspreche die im Fall, dass sich die Ärztekammer und der KVTr nicht auf einen Bewerber einigen können, gesamtvertraglich vorgesehene Entscheidungskompetenz der Landesschiedskommission.⁴⁴⁸ *Mosler* schlägt zur Klarstellung vor, auch in der Reihungskriterien-VO ausdrücklich auf die Kompetenz der Landesschiedskommission zu verweisen, bemerkt aber gleichzeitig, dass auch wenn dies nicht geschieht, die diesbezügliche Zuständigkeit der Landesschiedskommission solange aufrecht bleibt, als die Gesamtverträge nicht geändert werden. Jedenfalls aber hat auch die Landesschiedskommission die Reihungskriterien-VO bei ihrer Entscheidungsfindung zu beachten.⁴⁴⁹

§ 3 Abs 3 Reihungskriterien-VO trifft sodann Regelungen für den Fall, dass mehrere Bewerber an erster Stelle gereiht sind. Sind zwei oder mehrere Bewerber erstgereiht, so gilt jener Bewerber als allein erstgereiht, der mehr Punkte für die fachliche Qualifikation erreicht hat; ausschlaggebend ist also die Summe der Punkte nach § 2 Abs 1 Zif 1 und 2 leg cit. Liegt auch bei der fachlichen Qualifikation Punktegleichstand vor, so ist die Entscheidung über die Vergabe aufgrund eines Hearings der Erstgereihten vor Vertretern des KVTr und der Ärztekammer zu treffen; die Frauenquote im jeweiligen Versorgungsgebiet ist dabei zu berücksichtigen. Darüber hinaus kann zwischen KVTr und Ärztekammer vereinbart werden, ein Hearing jener Bewerber durchzuführen, deren Punktezahl innerhalb einer Bandbreite von 5% der Punktezahl des Erstgereihten liegt.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 408.

⁴⁴⁸ Vgl etwa § 4 Abs 6 wrGV.

⁴⁴⁹ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 408.

⁴⁵⁰ Vgl dazu etwa die Regelung in § 12 der Niederlassungsrichtlinien NÖ.

Wesentlich detailliertere Verfahrensregelungen sind aber in den erwähnten Vereinbarungen zwischen den Landesärztekammern und den KVTr gemäß § 343 Abs 1 ASVG iVm § 5 Abs 2 des jeweiligen Gesamtvertrages⁴⁵¹ enthalten, die im Folgenden genauer dargestellt werden.

4.1.1.4 Die Reihungsrichtlinien

Die Verfahrensregelungen der verschiedenen Richtlinien sind sehr ähnlich. Beispielhaft sollen daher die auf Grundlage des § 7 Abs 2 wrGV vereinbarten Richtlinien⁴⁵² für die Auswahl und In-Vertragnahme von Ärzten in Wien näher dargestellt werden und auf bestehende Unterschiede lediglich an den relevanten Stellen hingewiesen werden.

Das formelle Verfahren gestaltet sich in Wien wie folgt: Die Ärztekammer führt eine Liste (Interessentenliste)⁴⁵³, in die sämtliche Ärzte eingetragen werden, die ein Ansuchen um In-Vertragnahme gestellt haben. Es existiert hier eine Liste für Ärzte der Allgemeinmedizin und weitere Interessentenlisten für Fachärzte, wobei für jedes Sonderfach eine eigene Liste geführt wird. Die Liste hat neben Name, Arztnummer und Datum der Eintragung des Interessenten auch eine

⁴⁵¹ Vgl statt vieler § 5 Abs 2 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83. Für Wien § 343 Abs 1 ASVG iVm § 7 Abs 2 wrGV.

⁴⁵² Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Ärzten für Allgemeinmedizin und Fachärzten (ausgenommen Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzte) gemäß § 5 Abs 2 Gesamtvertrag, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse (Anlage 2 zum Wiener Gesamtvertrag idF 1.1.2004). Folgezitat: Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁵³ In anderen Bundesländern werden diese Listen auch als „Bewerberlisten“ bezeichnet. Vgl § 2 der Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen bzw Mitgliedern von Vertragsgruppenpraxen, Anhang 2 gemäß § 13 des Gruppenpraxis-Gesamtvertrages vom 25.6.2007, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Burgenland und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger; § 7 der Niederlassungsrichtlinien NÖ. In wieder anderen Bundesländern werden die Listen „Reihungslisten“ genannt. Vgl § 2 der Richtlinie für die Auswahl von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen vom 20.3.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Steiermark und den § 2-KVTr. § 3 Abs 1 der Richtlinien der Ärztekammer für Salzburg und der SGKK für die Auswahl der Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzte (exklusive Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde und Zahnärzte) ab dem 31.3.2005, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Salzburg und der Salzburger Gebietskrankenkasse.

Reihungsnummer zu enthalten, wobei für die Reihenfolge das Datum des Einlangens des Ansuchens maßgeblich ist.⁴⁵⁴

In Tirol und Vorarlberg werden keine Interessentenlisten bei den jeweiligen Landesärztekammern geführt.

In Kärnten läuft das Verfahren zu Beginn etwas anders ab. Hier werden bei der Landesärztekammer auch Bewerberlisten für Fachärzte bzw Allgemeinmediziner geführt. Die Reihung kann in maximal sechs Orten Kärntens erfolgen. Die Reihung ergibt sich zunächst aus der datumsbestimmten Reihenfolge in der Bewerberliste. Eine freie Planstelle wird sodann im Einvernehmen von Krankenkasse und Ärztekammer in der Kärntner Ärztezeitung und im Internet auf der Homepage der Ärztekammer ausgeschrieben. Zusätzlich zu dieser Ausschreibung werden die ersten 15 Gereihten der jeweiligen Bewerberliste schriftlich aufgefordert, sich um diese Stelle zu bewerben. Bewirbt sich der angeschriebene Arzt jedoch nicht und lässt er sich auch nicht bis zum Ende der Bewerbungsfrist aus der betreffenden Liste streichen, so erlischt seine gesamte Reihung. Vorgeschlagen wird sodann jener Bewerber, der nach den in den Reihungsrichtlinien vorgesehenen Reihungskriterien die meisten Punkte erzielt hat.⁴⁵⁵

Erfüllt ein Arzt bestimmte, zumeist taxativ aufgezählte Tatbestände, so kann er aus der Interessentenliste der Ärztekammer gestrichen werden. Demnach kann eine Streichung aus der Interessentenliste der Ärztekammer für Wien erfolgen, wenn dies der Interessent selbst schriftlich verlangt, im Falle des Todes des Interessenten, wenn der Interessent bei einem Wohlfahrtsfonds oder einer Pensionsversicherung einen Antrag auf dauernde Invaliditätsversorgung bzw Altersversorgung oder Erwerbsunfähigkeits- bzw Alterspension einbringt, wobei die Streichung bereits mit dem Einlangen des Ansuchens beim Wohlfahrtsfonds oder der Pensionsversicherung vorgenommen werden kann, ferner wenn der

⁴⁵⁴ § 2 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁵⁵ Punkte 1. bis 7. der Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den Kärntner §2-KVTr vom 6.5.2008, abgeschlossen zwischen der Kärntner Gebietskrankenkasse und der Ärztekammer für Kärnten.

Interessent als Arzt für Allgemeinmedizin, Facharzt, Facharzt für Zahn-, Mund-, und Kieferheilkunde bzw Zahnarzt einen Einzel- oder Gruppenpraxenvertrag mit einer Gebietskrankenkasse abschließt oder ein vergleichbares Vertragsverhältnis im Ausland ausübt. Hat sich ein Interessent innerhalb von 10 Jahren ab dem Datum der Eintragung in die Reihungsliste nicht zumindest um eine ausgeschriebene Planstelle beworben, so kann er ebenfalls gestrichen werden. Die Richtlinien sehen sodann noch die Möglichkeit der Streichung vor, wenn der Interessent im Sinne des § 343 Abs 2 Zif 4 bis 6 ASVG, also strafgerichtlich oder zivilgerichtlich verurteilt wurde.⁴⁵⁶ Nach § 3 der Reihungsrichtlinien kann die Ärztekammer für Wien für die Führung der Interessentenlisten auch einen Verwaltungskostenbeitrag verlangen. Die Nichtentrichtung dieses Betrages führt ebenso zur Streichung des Interessenten aus den Listen.⁴⁵⁷

Die Ausschreibung von Stellen erfolgt im Einvernehmen von Wiener Gebietskrankenkasse und Ärztekammer für Wien im Presseorgan der Ärztekammer für Wien⁴⁵⁸ sowie zusätzlich auf deren Homepage. In der Ausschreibung ist auch anzugeben, ob eine bestehende oder eine neue Stelle ausgeschrieben wird. Eine neue Stelle liegt dann vor, wenn keine Planstellennachfolge iSd §§ 12 ff der Reihungsrichtlinie vorliegt, bei der die Ordinationsräumlichkeiten und/oder der Patientenstock der Ordination zu übernehmen sind. Wird eine bestehende Stelle ausgeschrieben, so hat die Ausschreibung Angaben zur Lage der ausgeschriebenen Stelle innerhalb der Zuständigkeit der Wiener Gebietskrankenkasse, die vom Bewerber zu erfüllenden fachlichen Qualifikationen sowie allfällige sonstige spezifische Erfordernisse bzw

⁴⁵⁶ Siehe zu diesem Auflösungsgrund des Einzelvertragsverhältnisses eingehend oben Punkt 2.2.2.3.

⁴⁵⁷ §§ 3 und 4 der Reihungsrichtlinien für Wien; Punkt 2. der Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den Kärntner §2-KVTr vom 6.5.2008, abgeschlossen zwischen der Kärntner Gebietskrankenkasse und der Ärztekammer für Kärnten. Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Wiedereintragung möglich. Vgl dazu § 5 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁵⁸ Das ist die Zeitschrift „*doktorinwien*“. Ärztekammer für Wien, Wie komme ich zu einem Kassenvertrag? <http://www.aekwien.or.at/155.html#> (24.5.2009).

Schwerpunkte (zB Additivfächer) zu enthalten. Weiters ist die Bewerbungsfrist anzuführen, die mindestens 14 Tage betragen muss.⁴⁵⁹

Lediglich in Wien besteht auch die Möglichkeit des Widerrufs der Ausschreibung, wenn berücksichtigungswürdige Gründe dafür sowie ein Einvernehmen über den Widerruf zwischen Ärztekammer und Gebietskrankenkasse vorliegen.⁴⁶⁰

In § 9 enthält die Richtlinie konkrete Bestimmungen über die Reihung der Bewerber. Bis zum Ende der Bewerbungsfrist hat die Ärztekammer die Bewerbungsunterlagen zu prüfen und eine Reihung der Bewerber vorzunehmen. Die Reihung erfolgt dabei nach dem unter Berücksichtigung der Reihungskriterien-VO erstellten Punkteschema. Die Reihungsrichtlinien für Wien enthalten wiederum eine Anlage, die für die einzelnen Reihungskriterien jeweils eine bestimmte Punkteanzahl vorsieht. Demnach sind etwa für die Berufserfahrung der Bewerber ab Erlangung des *ius practicandi* als Arzt für Allgemeinmedizin oder das Facharzt für jedes Monat 0,25 Punkte und maximal 9 Punkte zu vergeben, für Berufserfahrung als hauptberuflich tätiger Wahlarzt 0,5 Punkte pro Monat und maximal 5 Punkte. Weiters enthält die Anlage eine Aufzählung wie viele Punkte für die verschiedenen von der Österreichischen Ärztekammer verliehenen Diplome zu erlangen sind.⁴⁶¹ In anderen Reihungsrichtlinien sind die materiellen Kriterien aber auch direkt enthalten.⁴⁶²

Die Reihung aller Bewerber sowie die Berechnung der Punkte pro Bewerber wird von der Ärztekammer der Wiener Gebietskrankenkasse sodann innerhalb von vier Wochen nach Ablauf der Bewerbungsfrist bekanntgegeben. Gleichzeitig werden die Bewerbungsunterlagen jener sechs Bewerber mit den höchsten Punktezahlen, bzw auf Verlangen der Gebietskrankenkasse auch jene

⁴⁵⁹ § 7 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁶⁰ § 7 Abs 4 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁶¹ Siehe zu den einzelnen Auswahlkriterien unten Punkt 4.2.

⁴⁶² Vgl etwa die Gesamtvertragliche Vereinbarung betreffend Richtlinien für die Auswahl der Vertragsärztinnen/-ärzte (Niederlassungsrichtlinien) vom 17.12.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger. Folgeizitat: Niederlassungsrichtlinien NÖ.

aller anderen Bewerber, übermittelt und die vorgenommene Reihung durch die Kasse überprüft. Teilweise ist vorgesehen, dass nur der Erstgereichte⁴⁶³ der Kasse genannt und ihre Bewerbungsunterlagen der Kasse übersandt werden, teilweise wird dies lückenlos für sämtliche Bewerber verlangt.⁴⁶⁴ Andere Ärztekammern haben zwar die Reihung aller Bewerber vorzulegen, jedoch nur die Unterlagen etwa der 10 bestgereihten Bewerber zur Verfügung zu stellen.⁴⁶⁵

Die definitive Festlegung der Reihung erfolgt in Wien erst durch den sog Niederlassungsausschuss.⁴⁶⁶

Der Niederlassungsausschuss wird von je zwei stimmberechtigten Vertretern der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse beschickt, trifft seine Entscheidungen einstimmig und tritt grundsätzlich nur einmal pro Quartal zusammen. Zwischenzeitlich können, sofern dies erforderlich erscheint, sowohl die Ärztekammer als auch die Gebietskrankenkasse die Einberufung des Ausschusses verlangen.⁴⁶⁷ Die In-Vertragnahme des durch Entscheidung des Niederlassungsausschusses Erstgereihten können die Wiener Gebietskrankenkasse und die Ärztekammer für Wien gemeinsam mit Begründung ablehnen, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass der mit dem Einzelvertrag verbundene Versorgungsauftrag durch diesen Bewerber nicht erfüllt werden kann.⁴⁶⁸

Dies ist eine Besonderheit des Verfahrens in Wien. Lediglich im Burgenland gibt es auch einen sog Zulassungsausschuss⁴⁶⁹, der allerdings nicht

⁴⁶³ Vgl die Niederlassungsrichtlinien NÖ.

⁴⁶⁴ Vgl etwa die Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen bzw Mitgliedern von Vertragsgruppenpraxen, Anhang 2 gemäß § 13 des Gruppenpraxis-Gesamtvertrages vom 25.6.2007, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Burgenland und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger. Folgezitat: Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁴⁶⁵ Vgl die Richtlinie für die Auswahl von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen vom 20.3.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Steiermark und den § 2-KVTr. Folgezitat: Reihungsrichtlinien für Stmk.

⁴⁶⁶ § 9 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁶⁷ § 13 Abs 1 und 2 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁶⁸ § 9 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁶⁹ § 11 Abs 7 und § 13 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

jedenfalls entscheidet, sondern nur im Falle eines fristgerecht erstatteten Gegenvorschlags durch die Gebietskrankenkasse einzuberufen ist. Grundsätzlich führt die Ärztekammer die Reihung der Bewerber durch und leitet diese innerhalb von vier Wochen ab dem Ende der Bewerbungsfrist inklusive der Berechnung der Punkte pro Bewerber an die Gebietskrankenkasse weiter, die die Reihung überprüft. Innerhalb von sechs Wochen kann diese dann einen begründeten Gegenvorschlag erstatten. Liegen mehrere Bewerber innerhalb einer Bandbreite von 5 % der Punkteanzahl des Erstgereihten, so hat ein Hearing stattzufinden.⁴⁷⁰ Wird weder Gegenvorschlag erstattet, noch ein Hearing abgehalten, ist einfach mit dem Erstgereihten der Einzelvertrag abzuschließen.⁴⁷¹

Interessant ist die Vorgangsweise, die für den Fall vorgesehen ist, dass mehrere Bewerber eine gleich hohe Punkteanzahl erreichen oder innerhalb einer bestimmten Punktespanne liegen.⁴⁷² Alle Richtlinien geben in diesem Fall die Entscheidung einer Kommission, welche sich aus Vertretern der jeweiligen Ärztekammer und des jeweiligen KVTr zusammensetzt, aufgrund eines Hearings vor. Regelmäßig kommt jener Bewerber zum Zuge, der im Bereich der fachlichen Qualifikation die höchste Punkteanzahl erreicht hat, wobei bei Zutreffen dieser Voraussetzung meist automatisch dieser Bewerber als Erstgereihter gilt, ohne dass ein Hearing abgehalten wird. Ebenfalls hat nach allen Reihungsrichtlinien generell, aber insbesondere auch bei der Entscheidung der Hearingkommissionen die Frauenquote Beachtung zu finden.⁴⁷³

Wenn die Kommission zu keinem Ergebnis kommt, sind die Regelungen unterschiedlich. Nach den Tiroler Richtlinien etwa entscheidet das Los.⁴⁷⁴ In

⁴⁷⁰ § 11 Abs 4 und § 12 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁴⁷¹ § 11 Abs 4 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁴⁷² Etwa innerhalb einer Bandbreite von 5% bezogen auf die Punkteanzahl des Erstgereihten. Vgl § 12 der Niederlassungsrichtlinien NÖ.

⁴⁷³ Vgl dazu § 10 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁷⁴ Vgl Punkt VII. der Neuen Reihungsrichtlinien für die Auswahl der § 2-Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzte vom 28.4.2006, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Tirol und den in § 2 GV angeführten KVTr. Folgezitat: Neue Reihungsrichtlinien Tirol.

Kärnten zieht jener Bewerber mit dem früheren Promotionsdatum vor.⁴⁷⁵ In Salzburg und im Burgenland entscheidet im Falle des Ausbleibens einer einvernehmlichen Entscheidung der Hearingkommission die Landesschiedskommission.⁴⁷⁶ Die Richtlinien der Ärztekammer für die Steiermark und der Ärztekammer für Wien sehen keine derartige Regelung vor; es ist also offenbar jedenfalls ein Einvernehmen innerhalb der Kommission herzustellen und eine Entscheidung zu fällen.⁴⁷⁷ In Oberösterreich entscheidet im Fall, dass mehrere Bewerber innerhalb einer bestimmten Punktespanne liegen, die Kommission nach einem Hearing. Erst dann, wenn die Kommission zu keiner einvernehmlichen Lösung gelangt, soll jener Bewerber, der die höchste Gesamtpunkteanzahl bzw mangels eines solchen jener, der die höhere Punkteanzahl im Bereich der fachlichen Qualifikation erreicht hat, zum erstgereihten Bewerber erklärt werden.⁴⁷⁸ In Niederösterreich fehlt ebenso eine Regelung für den Fall, dass die Hearingkommission zu keinem Ergebnis gelangt; die Entscheidung fällt innerhalb der Kommission durch demokratische Abstimmung mit einfacher Mehrheit.⁴⁷⁹ In Vorarlberg entscheiden im Fall, dass es zu keinem einvernehmlichen Beschluss der Hearing-Kommission kommt, der Präsident der Ärztekammer und der Obmann der Kasse über die Vertragsarztbesetzung.⁴⁸⁰

Nach erfolgter Reihung ist stets ein Verzicht auf die Vertragsarztstelle mittels schriftlicher Erklärung möglich, ohne dass der Bewerber auch aus der

⁴⁷⁵ Vgl Punkt E) der Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den Kärntner §2-KVTr vom 6.5.2008, abgeschlossen zwischen der Kärntner Gebietskrankenkasse und der Ärztekammer für Kärnten.

⁴⁷⁶ Vgl § 4 Abs 10 der Richtlinien der Ärztekammer für Salzburg und der SGKK für die Auswahl der Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzte (exklusive Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde und Zahnärzte) ab dem 31.3.2005, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Salzburg und der Salzburger Gebietskrankenkasse; § 13 Abs 4 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁴⁷⁷ Vgl § 13 Abs 9 der Reihungsrichtlinien für Stmk: „Sobald Einvernehmen zwischen Kammer und den Krankenversicherungsträgern hergestellt ist,[...]“; ebenso § 10 Abs 3 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁷⁸ Vgl Punkt VI. der Richtlinien für die Auswahl von Vertragsärzten/Vertragsärztinnen und Vertragsgruppenpraxen bzw von Mitgliedern von Vertragsgruppenpraxen vom 1.7.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Oberösterreich und der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse. Folgezitat: Reihungsrichtlinien für OÖ.

⁴⁷⁹ Vgl § 12 der Niederlassungsrichtlinien NÖ.

⁴⁸⁰ Vgl Punkt VI. der Richtlinien für die Auswahl von Vertragsärzten (und Vertrags-Gruppenpraxen) vom 30.4.2007, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Vorarlberg und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.

Interessentenliste gestrichen wird. In diesem Fall rückt der zweitgereichte Bewerber in die Position des Erstgereichten nach.⁴⁸¹

Für den weiteren Ablauf nach erfolgter Reihung ist für Wien nun zu unterscheiden, ob es sich um die Besetzung einer neu geschaffenen Vertragsarztstelle oder um eine Ordinationsnachfolge in eine bestehende Planstelle handelt. Bei neu geschaffenen Stellen wird der erstgereichte Bewerber im nächsten Schritt aufgefordert, innerhalb der in der Ausschreibung bezeichneten Region Ordinationsräumlichkeiten zu suchen. Kann er innerhalb der verlängerbaren Frist von zwei Monaten keine mögliche Praxisadresse angeben, so rückt der nächstgereichte Bewerber nach.⁴⁸²

Handelt sich bei der ausgeschriebenen Stelle hingegen um eine bestehende, so wird der erstgereichte Bewerber von der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse dazu aufgefordert, Verhandlungen mit dem bisherigen Ordinationsinhaber aufzunehmen. War die Stelle infolge des Todes des bisherigen Ordinationsinhabers neu zu besetzen, so finden die Verhandlungen mit dem über den Nachlass Verfügungsberechtigten statt. Kommt es zwischen dem erstgereichten Bewerber und dem bisherigen Ordinationsinhaber bzw dem nach dem Todesfall Verfügungsberechtigten hinsichtlich der Übernahme der Ordination zu keiner Einigung, so kann jeder der Genannten die Einberufung einer Schlichtungskommission bei der Ärztekammer für Wien bzw der Wiener Gebietskrankenkasse beantragen. Diese ist paritätisch mit je zwei Vertretern der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse zu besetzen und hat die Übergabemodalitäten, insbesondere den für die Übergabe geforderten Preis im Hinblick auf dessen Angemessenheit, zu überprüfen und dann einstimmig zu entscheiden. Die Feststellung, ob der vom Übergeber verlangte Preis als angemessen zu bezeichnen ist, ist nach Vorgabe der Reihungsrichtlinien gemäß einer von der Ärztekammer für Wien erstellten Richtlinie zu treffen, über die die

⁴⁸¹ § 12 Abs 8 der Reihungsrichtlinien für Wien; § 7 Abs 3 der Reihungsrichtlinien für Stmk.

⁴⁸² § 11 der Reihungsrichtlinien für Wien.

Wiener Gebietskrankenkasse zu informieren ist.⁴⁸³ An einer solchen Richtlinie wird derzeit noch gearbeitet. Die gängige Praxis ist daher, dass für den Kundenstock ein Drittel des Jahresumsatzes inklusive Privatumsätze angesetzt wird. Zu diesem Wert kommen noch das Inventar der Ordination, die Gerätschaften und der Wert der Immobilie gemäß den marktüblichen Preisen hinzu.

Kommt die Schlichtungskommission zu dem Ergebnis, dass der Übergeber einen nicht angemessenen Preis verlangt und beharrt der Übergeber auf seiner Forderung, so hat die Schlichtungskommission festzustellen, dass der erstgereichte Bewerber dazu berechtigt ist, im Umkreis der zu übergebenden Ordination eine eigene zu eröffnen, für die er einen Vertrag mit der Wiener Gebietskrankenkasse erhält.⁴⁸⁴

Ist der erstgereichte Bewerber nicht bereit, einen angemessenen Preis zu zahlen und weigert er sich weiterhin, so hat die Schlichtungskommission den erstgereichten Bewerber aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden und der zweitgereichte Bewerber kann Verhandlungen aufnehmen.⁴⁸⁵

Auch der Übergeber einer bestehenden Stelle muss sich den auf Grundlage der Reihungskriterien-VO erstellten Richtlinien unterwerfen. Tut er dies nicht und verweigert er die Übergabe an den Erstgereichten, kann die Schlichtungskommission wiederum aussprechen, dass der erstgereichte Bewerber berechtigt ist, im Umkreis der zu übergebenden Ordination eine eigene Praxis zu eröffnen, für die er in weiterer Folge auch einen Kassenvertrag erhält.⁴⁸⁶

⁴⁸³ § 12 Abs 1 bis 5 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁸⁴ § 12 Abs 6 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁸⁵ § 12 Abs 7 der Reihungsrichtlinien für Wien.

⁴⁸⁶ § 12 Abs 9 der Reihungsrichtlinien für Wien.

Diese Regelung der Stellennachfolge ist eine Besonderheit des Wiener Auswahlverfahrens, als solche aber nicht unumstritten.⁴⁸⁷

Grundsätzlich hat der Oberste Gerichtshof festgestellt, dass aus diesen Reihungsrichtlinien Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber der Ärzteschaft bestehen.⁴⁸⁸ Die vertragspartnerrechtlichen Bestimmungen im ASVG dienen grundsätzlich einem Ausgleich zwischen den Interessen der Versicherungsgemeinschaft und jenen der Ärzteschaft bzw des einzelnen Vertragsarztes. Die in einem Gesamtvertrag enthaltenen Regelungen betreffend die Ordinationsübernahme entfalten daher Schutzwirkungen zu Gunsten des einzelnen Vertragsarztes und auch zu Gunsten dessen Rechtsnachfolgers.⁴⁸⁹ Es kann daher eine gegen die Regelungen des Gesamtvertrages verstoßende willkürliche Schätzung des Unternehmenswertes der Ordination Schadenersatzansprüche des Übergebers gegen den KVTr bzw die beteiligte Ärztekammer auslösen.⁴⁹⁰

Besonderheiten für die Übergabe bestehender Vertragsarztordinationen gibt es ebenso in Niederösterreich und in Oberösterreich.⁴⁹¹

4.1.2 Das Verhältnis der Reihungskriterienverordnung zu den gesamtvertraglichen Regelungen

§ 343 Abs 1 ASVG sieht vor, dass mittels Verordnung verbindliche Reihungskriterien festzulegen sind. Es ist ferner davon auszugehen, dass eine Vertragsarztauswahl, die den in der Verordnung festgelegten Reihungskriterien widerspricht, rechtswidrig ist. Die Reihungskriterien, die in Gesamtverträgen und

⁴⁸⁷ Siehe zum Problem der Stellennachfolge und insbesondere der Ordinationsablöse ausführlich unten Punkt 4.3.

⁴⁸⁸ OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w.

⁴⁸⁹ In der Entscheidung OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w konkret zu Gunsten der Witwe des Ordinationsvorgängers, die im Erbweg Alleineigentümerin der Ordination wurde. Siehe zu dieser Entscheidung noch ausführlich unten Punkt 5.

⁴⁹⁰ *Kopetzki*, RdM 2003/102.

⁴⁹¹ Siehe dazu eingehend für Oberösterreich unten Punkt 4.3.3 sowie für Niederösterreich Punkt 4.3.4.

in gesamtvertraglichen Reihungsrichtlinien enthalten waren und sind, sind jedoch nicht mit dem Inkrafttreten der Reihungskriterien-VO außer Kraft getreten; denn die Zuständigkeit des Gesamtvertrages zur Regelung der Auswahl der Vertragsärzte wurde in § 343 Abs 1 ASVG unverändert beibehalten und „zur Auswahl der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen gehört neben der Regelung des Auswahlverfahrens unzweifelhaft auch die Festsetzung von Reihungskriterien.“⁴⁹²

Im Übrigen aber lässt die Reihungskriterien-VO an sich auch einige Gestaltungsfreiheit zu. Konkretisierungsbedürftig sind einerseits die bloß fakultativen Kriterien des § 2 Abs 2 Reihungskriterien-VO⁴⁹³, andererseits gibt § 3 leg cit lediglich ein Minimum und ein Maximum an zu vergebenden Punkten, also bloß einen „Punkterahmen“ vor.

Im Gesamtvertrag darf daher nach wie vor die gesamte Auswahl der Vertragsärzte geregelt werden, allerdings gebunden an die in der Reihungskriterien-VO vorgesehenen Reihungskriterien – was auch als verfassungsmäßig anerkannt wurde.⁴⁹⁴ Das Vorhandensein gesamtvertraglicher Vereinbarungen über Reihungskriterien inklusive Verfahrensvorschriften stellt jedoch den einzigen Fall der Aufschiebung der Anwendbarkeit der Reihungskriterien-VO dar. Sind die gesamtvertraglichen Richtlinien rechtswidrig, so sind aber auch diese selbstverständlich nicht anzuwenden.⁴⁹⁵

⁴⁹² Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 407.

⁴⁹³ § 2 Abs 2 Reihungskriterien-VO enthält die fakultative Kriterien, wie ein zurückgelegter Präsenz-, Ausbildungs- und Zivildienst, Mutterschutz- sowie Karenzzeiten oder soziale Förderungswürdigkeit des Kandidaten (etwa aufgrund von Arbeitslosigkeit oder aufgrund von bestehenden Sorgpflichten).

⁴⁹⁴ Vgl VfGH 25.9.2000, B 438/99 = VfSlg 15.907.

⁴⁹⁵ Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 407 ff.

4.2 Die materiellen Auswahlkriterien

§ 133 Abs 1 erster Satz ASVG legt fest, dass die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein muss, das Maß des Notwendigen jedoch nicht überschreiten darf. Die in diesem Sinne ausreichende und zweckmäßige Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlichen und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen soll wiederum durch die bereits mehrfach erwähnten privatrechtlichen Verträge zwischen dem KVTr und der Ärzteschaft sichergestellt werden.⁴⁹⁶

Nun ist natürlich fraglich, wann eine Versorgung „ausreichend“ im Sinne des Gesetzes ist und wann sie das Maß des Notwendigen überschreitet. Jedenfalls hat der Versicherte nach der stRspr des Obersten Gerichtshofes keinen Anspruch auf die „weltbeste medizinische Versorgung“.⁴⁹⁷ Die zur Verfügung gestellte Behandlung muss aber dem jeweiligen österreichischen Standard entsprechen.⁴⁹⁸ Eine in diesem Sinne ausreichende Behandlung ist daher durch den Abschluss der privatrechtlichen Verträge mit den freiberuflichen Ärzten sicherzustellen, was nur dann möglich ist, wenn der Arzt, mit dem der Einzelvertrag geschlossen wird diese Behandlung nach internationalen Standards gewährleisten kann. Schon daran zeigt sich, dass das wesentliche materielle Auswahlkriterium wohl die fachliche Qualifikation des Bewerbers sein muss.⁴⁹⁹ In diesem Sinne bestimmen auch die im Folgenden dargestellten Reihungskriterien der Reihungskriterien-VO.

⁴⁹⁶ § 338 Abs 1 und 2 ASVG.

⁴⁹⁷ RIS-Justiz RS0073059; OGH 15.12.1992, 10 ObS 136/92; 23.11.1994, 10 ObS 252/94; 5.11.1996, 10 ObS 2296/96m; 22.5.2001, 10 ObS 315/00x.

⁴⁹⁸ OGH 22.5.2001, 10 ObS 315/00x.

⁴⁹⁹ So auch *Schrammel*, ZAS 2002/8.

4.2.1 Die Bestimmungen der Reihungskriterienverordnung

Wie bereits erwähnt legen die § 2 Abs 1 und 2 Reihungskriterien-VO⁵⁰⁰ materielle Kriterien für die Reihung der Bewerber und § 3 Abs 1 leg cit eine entsprechende Punktespanne fest, also ein Maximum an Punkten, das ein Bewerber für die Erfüllung des Kriteriums erhalten kann.

Primäres Kriterium ist die fachliche Eignung des Bewerbers, die aufgrund seiner Berufserfahrung zu beurteilen ist. Zu berücksichtigen sind jedenfalls Tätigkeiten als niedergelassener Arzt, als Praxisvertreter sowie als angestellter Arzt. Tätigkeiten als Notarzt oder als Arzt im Bereitschaftsdienst oder eine Tätigkeit im Rahmen einer Lehrpraxis können zusätzlich berücksichtigt werden. Für die Erfüllung dieses Kriteriums können 15 bis 35 Punkte erreicht werden.⁵⁰¹

Weiters zählen zusätzliche fachliche Qualifikationen, die insbesondere durch Vorlage von Diplomen über die erfolgreiche Absolvierung einer fachlichen Fortbildung, die von der Österreichischen Ärztekammer verliehen oder anerkannt wird, nachzuweisen sind. Für die Erfüllung dieses Kriteriums können 5 bis 15 Punkte erreicht werden.⁵⁰²

Über das Kriterium des Zeitpunktes der ersten Eintragung in eine Bewerberliste um Einzelverträge nach Erlangung des Rechtes zur selbständigen Berufsausübung als Arzt für Allgemeinmedizin bzw als Facharzt und die allenfalls darauf folgende nach zeitlichen und örtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende regelmäßige Bewerbung um Einzelverträge können 5 bis 20 Punkte erreicht werden.⁵⁰³

Die Zusage, sich ernsthaft zu bemühen, einen behindertengerechten Zugang zur Praxis nach den Bestimmungen der ÖNORM B 1600 „*Barrierefreies Bauen*“ sowie der ÖNORM B 1601 „*Spezielle Baulichkeiten für behinderte und*

⁵⁰⁰ BGBl. II Nr. 487/2002.

⁵⁰¹ § 2 Abs 1 Zif 1 und § 3 Abs 1 Reihungskriterien-VO.

⁵⁰² § 2 Abs 1 Zif 2 und § 3 Abs 1 Reihungskriterien-VO.

⁵⁰³ § 2 Abs 1 Zif 3 und § 3 Abs 1 Reihungskriterien-VO.

alte Menschen“ bei Vertragsbeginn oder innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsbeginn zu schaffen kann mit 2 bis 5 Punkten bewertet werden.⁵⁰⁴

Berücksichtigt werden *kann* auch ein geleisteter Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst sowie zurückgelegte Mutterschutzzeiten nach dem Mutterschutzgesetz 1979 und zurückgelegte Karenzzeiten, auch wenn diese in einem anderen EG-Mitgliedstaat oder EWR-Staat zurückgelegt wurden (Zif 1) sowie die soziale Förderungswürdigkeit, etwa aufgrund bestehender Sorgepflichten für Kinder oder aufgrund von gegenwärtiger Arbeitslosigkeit (Zif 2).⁵⁰⁵ Bei Erfüllung dieser Kriterien können jeweils bis zu 5 Punkte erreicht werden. Dabei darf der aufgrund dieser Kriterien erreichte Anteil an der Gesamtpunktzahl 30% nicht überschreiten.⁵⁰⁶

Wie viele Punkte für die einzelnen Kriterien dann tatsächlich zu vergeben sind, welche Nachweise zu erbringen sind, etc ist detailliert in den zwischen der jeweiligen Ärztekammer und dem KVTr vereinbarten Richtlinien geregelt, die im Folgenden genauer dargestellt werden.

4.2.2 Die Bestimmungen der Richtlinien

Die verschiedenen Richtlinien der Landesärztekammern sehen für die einzelnen Reihungskriterien jeweils Punkte vor und geben an, wie viele Punkte in einem gewissen Bereich maximal erreicht werden können, zum Teil auch in Kombination mit anderen Kriterien. Derjenige Bewerber, der die meisten Punkte erreicht, wird erstgereiht und dem KVTr als Vertragspartner für den ausgeschriebenen Einzelvertrag vorgeschlagen.

⁵⁰⁴ § 2 Abs 1 Zif 4 und § 3 Abs 1 Reihungskriterien-VO.

⁵⁰⁵ § 2 Abs 2 Zif 1 und 2, § 3 Abs 1 Reihungskriterien-VO.

⁵⁰⁶ Die Beachtung derartiger sozialer und wirtschaftlicher Bedürfnisse der Bewerber ist zumindest als problematisch anzusehen, jedoch nicht von vornherein als unzulässig, da selbst das restriktive Bundesvergaberecht teilweise die Berücksichtigung „vergabefremder“ Aspekte bei der Zuschlagserteilung zulässt und manchmal sogar vorschreibt (vgl § 19 Abs 4 und 5 BVergG 2006). So *Kietaibl*, ZAS 2007/9. Siehe zur Rechtmäßigkeit dieses und der anderen genannten Auswahlkriterien ausführlich sogleich unten Punkte 4.2.2, 4.2.2.2 und 5.

4.2.2.1 Allgemeine und besondere fachliche Eignung

Grundsätzlich werden die allgemeine fachliche Eignung, also die Berufserfahrung als angestellter oder niedergelassener Arzt, als Wahlarzt, als Praxisvertreter, als Notarzt, als Mitglied in einer Gruppenpraxis sowie als Arzt in einer Lehrpraxis sowie die besondere fachliche Qualifikation, also Schwerpunktausbildungen, Fortbildungen, etc bewertet. Die Zeiträume, für die jeweils Punkte gesammelt werden können, die Höhe der Punkte und die maximale Punkteanzahl, die in einem Bereich erreicht werden kann, divergiert hier recht stark je nach Bundesland. Oftmals werden auch Allgemeinmediziner und Fachärzte unterschiedlich bewertet. Insbesondere die teils vorgesehene unterschiedliche Gewichtung von Vertretungstätigkeiten in Ordinationen eines beliebigen Kassenarztes und in den Ordinationen, genau jenes Kassenarztes, dessen Planstelle ausgeschrieben ist, ist nicht unumstritten.

In Tirol werden für die Vertretungstätigkeit in der Ordination jenes Vertragsarztes, dessen Planstelle zur Wiederbesetzung ausgeschrieben ist zusätzliche Vertretungspunkte vergeben.⁵⁰⁷ Dass eine höhere Gewichtung der Tätigkeit in der zu übernehmenden Ordination durchaus gerechtfertigt ist, weil auf diese Weise eine Kontinuität in der Patientenbetreuung sichergestellt werden kann, hat das Oberlandesgericht Wien in einer bislang unveröffentlichten Entscheidung dezidiert ausgesprochen.⁵⁰⁸ Die Patienten konnten sich nämlich im Allgemeinen an den Praxisvertreter bereits gewöhnen und Vertrauen zu diesem fassen. Ebenso verhält es sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts Wien bei jenen Regelungen, die eine höhere Gewichtung von Vertretungstätigkeiten in Kassenordinationen generell vorsehen, zumal auf diese Weise spezifische

⁵⁰⁷ Vgl Punkt VI.1.C.a) und b) der Neuen Reihungsrichtlinien Tirol.

⁵⁰⁸ OLG Wien 29.5.2008, 1 R 207/06b. Konkret ging es in dieser Entscheidung um die höhere Gewichtung der Punkte für die Berufserfahrung als Praxisvertreter an der ausgeschriebenen Stelle (1 Punkt pro 30 Tage) als der Punkte für die Berufserfahrung als Praxisvertreter in anderen Kassenvertragsordinationen (0,5 Punkte pro 30 Tage), wie sie in den Reihungskriterien für Auswahl und In-Vertragnahme von Fachärzten für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzten der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse festgelegt werden. Vgl Anlage zur Vereinbarung zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse für die Auswahl und Invertragnahme von Fachärzten für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzten gemäß § 5 Abs 2 Gesamtvertrag. *Landeszahnärztekammer Wien*, Reihungskriterien für Kassenverträge – Anlage <http://wr.zahnaerztekammer.at/page.php?katid=323> (24.5.2009).

Erfahrungen in Bezug auf abrechnungsfähige Behandlungen und Medikamentenverschreibungen nach dem Erstattungskodex sowie die Durchführung der Abrechnung mit den SozVTr gewonnen werden konnten.

Ebenfalls recht unterschiedlich wird die Bewertung einer Wahlarztstätigkeit gehandhabt. Die Richtlinien sehen aber zumeist vor, dass eine Wahlarztstätigkeit nur dann bewertet wird, wenn diese entweder hauptberuflich ausgeübt wird oder eine Nebenbeschäftigung eine bestimmte Anzahl von Wochenstunden nicht überschreitet.⁵⁰⁹ Die Kriterien, die eine Wahlarztstätigkeit nur dann berücksichtigen, wenn sie hauptberuflich betrieben wird, sowie die eingeschränkte Berücksichtigung von Wahlarztstätigkeiten im Vergleich zu Zeiten der Praxisvertretung, standen bereits mehrfach auf dem gerichtlichen Prüfstand, da sie dem Vorwurf der Unsachlichkeit ausgesetzt waren.

In einer ebenfalls unveröffentlichten Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien hat dieses jedoch die Rechtmäßigkeit dieser Regelungen bestätigt.⁵¹⁰ Es bezog sich dabei auf zwei Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, mit welchen dieser dargelegt hatte, dass weder Reihungsbestimmungen, deren Zweck es sei, zu vermeiden, jenen Ärzten, die bereits über ein Gehalt aus einer Vollzeitbeschäftigung verfügen, ein zweites Einkommen aus einer Kassenarztstelle zu verschaffen,⁵¹¹ noch Reihungsbestimmungen, deren Zweck es ist, jenen Ärzten größere Ernennungschancen einzuräumen, die noch nicht über eine gesicherte Erwerbchance verfügen,⁵¹² unsachlich seien. Nach der erstgenannten Entscheidung war eine Berücksichtigung von Ärzten, die zum Zeitpunkt der voraussichtlichen In-Vertragnahme in einem Anstellungsverhältnis stehen, zur Gänze ausgeschlossen. Daraus leitet das Oberlandesgericht Wien ab, dass soziale Kriterien, die ja nach § 2 Abs 2 Zif 2 Reihungskriterien-VO ebenfalls

⁵⁰⁹ Zumeist sind dies 20 Wochenstunden. Vgl Punkt I.1.2. der Reihungskriterien, Anlage der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien; §§ 8 und 9 der Niederlassungsrichtlinien NÖ. 25 Wochenstunden im Burgenland. Vgl § 3 der Reihungsrichtlinien für Bgld. 18 Wochenstunden in Oberösterreich. Vgl Punkt V.3. der Reihungsrichtlinien für OÖ.

⁵¹⁰ OLG Wien 18.6.2007, 12 R 218/06a.

⁵¹¹ OGH 10.5.2005, 1 Ob 69/05m.

⁵¹² OGH 12.2.2002, 4 Ob 31/02s.

berücksichtigt werden können, und für die gemäß § 3 leg cit bis zu 5 Punkte vergeben werden können, auch außerhalb einer eigenen diesbezüglichen Bestimmung Beachtung finden können. Eine derartige Berücksichtigung sozialer Kriterien widerspräche daher weder dem Sachlichkeits- noch dem Transparenzgebot, diese können sehr wohl im Rahmen anderer Punkte Eingang in die Bewertung finden. Der Kläger hatte sich insbesondere darauf berufen, dass in der Bevorzugung nicht abgesicherter Ärzte eine unsachliche Benachteiligung erfahrener Ärzte liege. Das Oberlandesgericht führt hierzu aus, der erkennbare Zweck der fraglichen Reihungskriterien, insbesondere der vom Kläger bekämpften Bestimmung über die eingeschränkte Berücksichtigung von Wahlarztstätigkeiten einerseits und von Praxisvertretungen andererseits, sei es, jene Ärzte zu bevorzugen, die keine Möglichkeit haben, im Krankenhaus zu arbeiten und damit jene Ärzte zu bevorzugen, die Kassenverträge wirtschaftlich am notwendigsten brauchen. Dass die überwiegende Anzahl von Ärzten, die Wahlarztstätigkeiten in einem geringen Ausmaß verrichten, dies vor allem deshalb in diesem geringen Ausmaß tun, weil sie ohnehin hauptberuflich versorgt und ausgelastet sind, könne nicht bezweifelt werden. Der sozialpolitische Zweck der Bestimmung könne zielführend kaum auf eine andere Weise als durch eine unterschiedliche Gewichtung erreicht werden. Die zu vergebende Anzahl der Punkte bei Vertretungstätigkeiten sei im Vergleich zur Punkteanzahl bei Wahlarztstätigkeit auch nicht unverhältnismäßig. Auch hier verwies das Oberlandesgericht auf den Zweck der Regelung, der in der Schaffung von Anreizen zur Annahme von Vertretungstätigkeiten liege, da es in der Praxis oft schwierig sei, einen Vertreter zu finden und sah darin daher keine unsachliche Vorgangsweise.

4.2.2.2 *Wartezeit, Karenzzeiten, soziale Kriterien*

Alle Ärztekammern - bis auf jene des Burgenlands⁵¹³ - berücksichtigen bei der Reihung die bisherige Wartezeit des Bewerbers auf einen Kassenvertrag. Ebenso werden nach den Richtlinien der Ärztekammer für Niederösterreich und der Ärztekammer für das Burgenland für kontinuierliche Bewerbungen um einen Einzelvertrag Punkte vergeben. Es soll dadurch das ernstliche Interesse an einem Kassenvertrag „belohnt“ werden.

Zeiten des Präsenz-, des Zivil- und des Ausbildungsdienstes sowie Mutterschutz-, Karenzzeiten und Zeiten des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld bewerten alle Landesärztekammern, außer jene für Kärnten und jene für die Steiermark. Nur in Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg wird die soziale Förderungswürdigkeit des Bewerbers - aufgrund längerer Arbeitslosigkeit oder aufgrund von Sorgepflichten - berücksichtigt. Auch die Reihungskriterien-VO sieht die Berücksichtigung und Bewertung des Zeitraumes ab dem Zeitpunkt der ersten Eintragung in eine Bewerberliste um Einzelverträge und der darauffolgenden nach zeitlichen und örtlichen Gesichtspunkten zu beurteilenden regelmäßigen Bewerbungen um Kassenverträge vor.⁵¹⁴

Die Punktevergabe für das Zurücklegen einer bestimmten Wartezeit seit der ersten Bewerbung, oder für die Erfüllung sozialer Kriterien, wie Sorgepflichten oder Arbeitslosigkeit, oder für Präsenz- und Zivildienst bzw Mutterschaftskarenz ist grundsätzlich nicht ganz unbedenklich. Nach der Reihungskriterien-VO soll bei der Bewertung und Reihung der Bewerber der Schwerpunkt grundsätzlich auf der fachlichen Eignung und Qualifikation liegen. Dies wird einerseits als europarechtskonform und andererseits auch vom Obersten Gerichtshof als rechtmäßig angesehen.⁵¹⁵ Daher stellt die Berücksichtigung der sog „Wartezeit“ ein Problem dar.

⁵¹³ Siehe dazu die Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁵¹⁴ Vgl § 2 Abs 1 Zif 3 Reihungskriterien-VO.

⁵¹⁵ Vgl OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

Dass derartige Kriterien sachlich gerechtfertigt sind, halten auch *Mosler*⁵¹⁶ und auch *Resch*⁵¹⁷ für höchst fraglich. *Kopetzki*⁵¹⁸ hat darauf hingewiesen, dass eine Bedachtnahme auf soziale Gesichtspunkte im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegen könne. *Funk*⁵¹⁹ hingegen hält auch die Berücksichtigung der Wartezeit - neben Alter, Promotionsdatum, Ausbildungsende und Anzahl der Bewerbungen - im Sinne einer sachgerechten Gleichbehandlung für zulässig. Eine besondere fachliche Eignung oder Qualifikation des Bewerbers vermögen diese Reihungskriterien freilich nicht nachzuweisen. Wird etwa eine bloße Wartezeit auch belohnt, wenn nebenbei keine ärztliche oder zumindest für die ärztliche Tätigkeit nützliche Beschäftigung ausgeübt wird, und die fachliche Eignung während dieser Zeit daher eher absinkt als steigt, ist eine sachliche Rechtfertigung im Lichte des Gleichheitsgebotes besonders problematisch. Denn ein Bewerber, der nach seiner Ausbildung oder nach zeitweiliger Berufsausübung keine oder nur mehr nichtmedizinische Tätigkeiten ausgeübt hat, hat in dieser Zeit in der Regel eher seine Qualifikation abgebaut. Besonders weist *Mosler* auf die relativ hohe Punktezahl für dieses Kriterium im Vergleich zur jenen Punktezahlen, die etwa für fachliche Eignung und zusätzliche fachliche Qualifikation vorgesehen sind, hin.⁵²⁰

Diese Ausführungen zur Wartezeit, insbesondere das Argument des Qualifikationsabbaus aufgrund der Nichtausübung einer medizinischen Tätigkeit, gelten selbstverständlich auch für die Berücksichtigung einer sozialen Förderungswürdigkeit⁵²¹ und für die Berücksichtigung geleisteter Präsenz- und Zivildienstzeiten bzw einer (Mutterschafts-)Karenz⁵²². *Mosler*⁵²³ sieht diese Kriterien aber grundsätzlich als zulässig an, wenn man davon ausgeht, dass die

⁵¹⁶ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 413, 415.

⁵¹⁷ *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 166.

⁵¹⁸ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 52.

⁵¹⁹ *Funk*, VersRdSch 3/1995, 54.

⁵²⁰ Siehe dazu auch BSK 29.11.2000, R 2-BSK/00 = SSV-NF 14/A1.

⁵²¹ § 2 Abs 2 Zif 2 Reihungskriterien-VO.

⁵²² § 2 Abs 2 Zif 1 Reihungskriterien-VO.

⁵²³ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 413, 415.

Bewertung für die Zif 1 leg cit und die Zif 2 leg cit jeweils nur 5 Punkte maximal betragen darf. Was er allerdings bemerkt, ist, dass ein arbeitsloser Bewerber, der sich nach Erlangung des *ius practicandi* in eine Interessentenliste eintragen lässt, sowohl nach § 2 Abs 1 Zif 3 Reihungskriterien-VO (Wartezeit) als auch nach § 2 Abs 2 Zif 2 leg cit (soziale Förderungswürdigkeit) Punkte erwirbt.

Eine Kumulierung von Punkten für Umstände, die vermutlich eine Minderung der Qualifikation des Bewerbers nach sich ziehen, erscheint auch mir als sachlich nicht rechtfertigbar. Dies wird vor allem auf die Kriterien Wartezeit und soziale Förderungswürdigkeit zutreffen. Hier sollte man angedacht werden, eine „Entweder-Oder“-Regelung in die gesamtvertraglichen Reihungsrichtlinien aufzunehmen. Die Beachtung sozialer und wirtschaftlicher Bedürfnisse der Bewerber ist grundsätzlich zumindest als problematisch anzusehen, jedoch nicht von vornherein unzulässig, da selbst das restriktive Bundesvergaberecht teilweise die Berücksichtigung „vergabefremder“ Aspekte bei der Zuschlagserteilung zulässt und manchmal sogar vorschreibt.⁵²⁴

4.2.2.3 *Ausschlussgründe*

Alle Richtlinien enthalten Ausschlussgründe bzw bestimmte Tatbestände, deren Erfüllung zu einer Streichung des Bewerbers aus den Interessentenlisten führt. Dies trifft insbesondere auf strafrechtliche Verurteilungen zu; diese können ja nach § 343 Abs 2 Zif 4 bis 6 ASVG zu einem Erlöschen des Einzelvertragsverhältnisses führen.⁵²⁵ Wurde einem Bewerber aufgrund strafrechtlicher Verurteilung bereits einmal ein Kassenvertrag entzogen, so kann dies zu seinem Nachteil oder auch als Ausschlusskriterium gewertet werden. Ebenso können Vertragsverletzungen oder Verstöße gegen ärztliche Berufspflichten, die zu Kündigungen von Kassenverträgen geführt haben, rechtmäßig als Ausschlusskriterien festgesetzt werden. Zwar kann nach dem Erlöschen bzw der Beendigung eines Vertragsverhältnisses durch Kündigung

⁵²⁴ Vgl § 19 Abs 4 und 5 BVergG 2006. So *Kietzbl*, ZAS 2007/9.

⁵²⁵ Siehe dazu auch oben Punkt 2.2.2.3.

theoretisch sofort wieder ein neuer Einzelvertrag abgeschlossen werden, da sich aus den einschlägigen Bestimmungen des ASVG über Beendigung von Kassenverträgen⁵²⁶ keine Dauerwirkung ableiten lässt. Nachdem der KVTr aber für seine Auswahl der Vertragsärzte grundsätzlich gegenüber den Versicherten haftet,⁵²⁷ muss es diesen freigestellt bleiben, ob sie mit einem Arzt noch kontrahieren wollen, mit dem das Vertragsverhältnis in der Vergangenheit wegen schwerwiegender Gründe, wie etwa Vertragsverletzungen oder einer strafrechtlichen Verurteilung, beendet wurde.⁵²⁸

Die in allen außer den Kärntner Richtlinien⁵²⁹ enthaltene Regelung, wonach die Bewerbung nicht berücksichtigt bzw der Bewerber aus der Interessentenliste gestrichen wird, wenn zum Ende der Bewerbungsfrist feststeht, dass der Bewerber schon einmal einen Kassenvertrag innehatte, dieser aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung gemäß § 343 Abs 2 Zif 4 bis 6 ASVG oder aufgrund einer im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens strafgerichtlichen rechtskräftigen Verurteilung gemäß § 343 Abs 3 ASVG erloschen ist, ist daher rechtmäßig.⁵³⁰ Ebenso verhält es sich mit dem Ausschlusskriterium der rechtmäßigen Kündigung des Kassenvertrages durch die Kasse bzw der grundlosen Kündigung eines bisherigen Kassenvertrages durch den Bewerber, das in den Richtlinien zumeist enthalten ist.⁵³¹ In ähnlicher Weise sehen etwa auch die Reihungsrichtlinien für das Burgenland⁵³² und jene für die Steiermark⁵³³ eine Streichung des Bewerbers aus der Bewerberliste vor, sofern eine rechtskräftige Verurteilung des Arztes iSd § 343 Abs 2 Zif 4 bis 6 ASVG vorliegt.

⁵²⁶ § 343 Abs 2 Zif 4 bis 6 und Abs 3 ASVG.

⁵²⁷ Mosler, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 271.

⁵²⁸ Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 413.

⁵²⁹ Vgl die Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den Kärntner §2-KVTr vom 6.5.2008, abgeschlossen zwischen der Kärntner Gebietskrankenkasse und der Ärztekammer für Kärnten.

⁵³⁰ Vgl Punkt IV.2.a.) der Reihungsrichtlinien für OÖ; § 4 der Reihungsrichtlinien für Wien; § 7 der Niederlassungsrichtlinien NÖ; § 4 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁵³¹ Vgl Punkte IV.2.b.) und c) der Reihungsrichtlinien für OÖ.

⁵³² Vgl § 4 Zif 4 der Reihungsrichtlinien für Bgld.

⁵³³ Vgl § 4 Abs 1 lit e) der Reihungsrichtlinien für Stmk.

4.2.2.4 Altersgrenzen

Manche Richtlinien enthalten Altersgrenzen als Ausschlussgründe; so etwa die Vergaberichtlinien für Oberösterreich⁵³⁴ und Tirol⁵³⁵.

Altersgrenzen für die Vertragsvergabe oder auch für die Beendigung des Einzelvertrages sind dem Grunde nach zulässig, unterliegen aber einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Denn wie bereits oben ausgeführt, ist im ASVG die Möglichkeit der Befristung von Einzelverträgen nicht ausdrücklich enthalten.⁵³⁶ § 342 Abs 1 Zif 2 ASVG sieht bloß generell vor, dass der Gesamtvertrag auch die Lösung der Einzelvertragsverhältnisse regeln kann. § 343 Abs 2 bis 4 ASVG, der die Auflösung der Einzelverträge zum Inhalt hat, ist eine Befristung ebenso fremd.

Daraus resultiert die Zustimmung *Grabenwarter*⁵³⁷ zur Annahme, dass Kassenverträge nur ausnahmsweise und prinzipiell nicht gegen die Interessen des Arztes auf längere Zeit befristet werden dürfen.⁵³⁸ Eine Befristung des Vertragsverhältnisses bis zur Erreichung eines bestimmten Alters des Arztes bedürfe daher einer gesetzlichen Regelung, um in den Gesamtvertrag und letztlich in die Einzelverträge aufgenommen werden zu können. § 7 des Muster-GV sieht demnach vor, dass Befristungen nur im Einvernehmen mit den Vertragsparteien in besonderen Fällen zulässig sind.⁵³⁹ Nach der geltenden Rechtslage wäre demnach die Aufnahme einer Altersgrenze in Gesamt- und Einzelverträge aufgrund des ASVG unabhängig von verfassungsrechtlichen Erfordernissen gesetzwidrig. *Grabenwarter*⁵⁴⁰ hat ausführlich untersucht, inwieweit es verfassungsrechtlich zulässig wäre, im ASVG vorzusehen, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem

⁵³⁴ Siehe die Altersgrenze bis zur Vollendung des 55.Lebensjahres in Punkt IV.1.d.) der Reihungsrichtlinien für OÖ.

⁵³⁵ Siehe die Altersgrenze bis zur Vollendung des 60.Lebensjahres in Punkt IV.6.a.) der Neuen Reihungsrichtlinien Tirol.

⁵³⁶ Siehe dazu ausführlich oben Punkt 2.2.2.4.

⁵³⁷ *Grabenwarter*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 86

⁵³⁸ Siehe dazu ausführlich *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 278.

⁵³⁹ Veröffentlicht in *Dragaschnig/Souhrada*, *Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung*, 84.

⁵⁴⁰ *Grabenwarter*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 85 ff.

SozVTr und dem Vertragsarzt mit dem Zeitpunkt befristet ist, zu dem der Arzt ein bestimmtes Alter erreicht hat und kommt zu dem Schluss, dass dies grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig ist. *Mosler*⁵⁴¹ geht in diesem Sinne davon aus, dass jedenfalls eine Altersgrenze, die dem allgemeinen Pensionsalter entspricht, unbedenklich ist.⁵⁴² Dem ist mE zuzustimmen.

4.2.2.5 Behindertengerechter Zugang

Alle Richtlinien, außer jene für das Burgenland, sehen auch die Bewertung der Zusage, sich um einen behindertengerechten Zugang zur Ordinationsstätte zu bemühen, vor.

*Mosler*⁵⁴³ hält dieses Kriterium grundsätzlich für sachgerecht, schlägt aber vor, dies als zwingende Bedingung mit der Möglichkeit einer Ausnahme im Einzelfall für den Abschluss eines Einzelvertrages im Gesamtvertrag vorzusehen.

Wenn dieses Reihungskriterium im Vergleich zu den übrigen Kriterien, die durchwegs auf die Person des Bewerbers abstellen, auch auf den ersten Blick eigenartig anmutet, halte ich es grundsätzlich ebenso für sachlich gerechtfertigt. Denn es wird wohl im Interesse der Versicherten liegen, einen barrierefreien Zugang zu den Räumlichkeiten des für den KVTr tätig werdenden Arztes vorzufinden. Außerdem ist das bestehende Modell, die Barrierefreiheit als Reihungskriterium zu berücksichtigen, mAn auch praktikabler, als diese zur echten Bedingung für die Einzelvertragsvergabe zu erheben – zumal die Punkte, die im Vergleich zu anderen Kriterien, wie allgemeine und besondere fachliche Qualifikation des Bewerbers, für die Zusage einen behindertengerechten Zugang

⁵⁴¹ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 414.

⁵⁴² Das allgemeine Pensionsalter nach dem ASVG, BSVG und GSVG ist bei Frauen mit Vollendung des 60. und bei Männern mit Vollendung des 65. Lebensjahres erreicht (Regelpension). Nach dem neuen APG tritt der Versicherungsfall der Regelpension allgemein mit Vollendung des 65. Lebensjahres ein; das APG gilt für jene Personen, die erstmals nach dem 1.1.2005 erwerbstätig werden.

⁵⁴³ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 415.

zu sichern vergeben werden, zumeist äußerst gering sind.⁵⁴⁴ Bedenkt man schließlich, dass eine Vielzahl von Ordinationen in Eigenheimen oder in Altbauten errichtet werden, so tun sich zum Teil schwer unüberwindbare baubehördliche Hürden auf, die es mE schlichtweg unmöglich machen, behindertengerechte Baumaßnahmen zwingend festzuschreiben.⁵⁴⁵

4.2.3 Die Punkteschemata zur Bewertung der einzelnen Auswahlkriterien

Schon aus dem aus § 343 ASVG abzuleitenden Ziel, im Interesse der bestmöglichen Versorgung der Versicherten den bestqualifizierten Bewerber auszuwählen,⁵⁴⁶ ergibt sich eine gewisse Rangfolge der in der Reihungskriterien-VO und den Reihungsrichtlinien angeführten Kriterien, und zwar in der Form, dass einem Kriterium tendenziell umso höhere Bedeutung zukommt, je weiter vorne es in der Aufzählung angeführt ist.⁵⁴⁷ Dies zeigt sich auch in dem in § 3 der Reihungskriterien-VO angeführten Punkteschema, an dem sich die Schemata der Reihungsrichtlinien orientieren.⁵⁴⁸

Zu ausufernd wäre die Darstellung der teils recht unterschiedlichen Bewertung aller Kriterien in den einzelnen Bundesländern. Die Punkteschemen werden meist als Anlage zur den zwischen den Landesärztekammern und den KVTr abgeschlossenen Reihungsrichtlinien oder direkt in diesen dargestellt. Beispielhaft soll im Folgenden wiederum das Punkteschema der Ärztekammer für Wien detaillierter dargelegt werden.

⁵⁴⁴ Die Reihungsrichtlinien der Ärztekammern sehen regelmäßig die Bewertung dieses Kriteriums mit 2 bis maximal 5 Punkten vor.

⁵⁴⁵ Vgl auch *Scholz*, *SozSi* 2003, 496.

⁵⁴⁶ *Mosler*, *DRdA* 1996, 430.

⁵⁴⁷ So auch BSK 12.10.2005, R 2-BSK/05 = SSV-NF 19/A 3.

⁵⁴⁸ Demnach ergibt sich die folgende Rangordnung in absteigender Linie: 1. Fachliche Eignung des Bewerbers, 2. Wartezeit, 3. Zusage eines barrierefreien Zugangs, 4. Präsenz-, Ausbildungs- und Zivildienst, Mutterschutz- und Karenzzeiten, sowie gleichauf die soziale Förderungswürdigkeit des Bewerbers.

Wie oben bereits erwähnt, enthalten die Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien, die ja selbst die „Anlage 2“ zum wrGV bilden,⁵⁴⁹ in ihrer Anlage wiederum „Reihungskriterien“, welche die einzelnen Bereiche, für die Punkte vergeben werden, detailliert beschreiben.⁵⁵⁰ Gleichzeitig wird jeweils eine Punktespanne angegeben, also ein Minimum und ein Maximum an Punkten, die für diesen Bereich erreicht werden können. Ferner wurden auch die entsprechenden Nachweise vereinbart, die als Beweis der Erfüllung der Kriterien herangezogen werden.⁵⁵¹

Entsprechend § 9 Abs 2 der Richtlinien erfolgt die Reihung und daher die Bewertung der Bewerber nach dem unter Berücksichtigung der Reihungskriterien-VO erstellten Punkteschema gemäß der Anlage zu den Richtlinien.

Grundsätzlich können Bewerber um einen Einzelvertrag mit der Wiener Gebietskrankenkasse nach diesem Punkteschema für fünf Bereiche Punkte erhalten, nämlich für ihre Berufserfahrung, ihre fachliche Qualifikation, die bisherige Wartezeit auf der Interessentenliste, für die ernsthafte Bemühung um einen behindertengerechten Zugang und für Karenzzeiten.

Insgesamt können maximal 77 Punkte erreicht werden. Stichtag für die Berechnung der Punkte ist grundsätzlich der letzte Tag der Bewerbungsfrist.

⁵⁴⁹ Siehe dazu oben Punkt 4.1.1.4.

⁵⁵⁰ Veröffentlicht auch auf der Homepage der *Ärzttekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009). Folgezitat: Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁵¹ Vgl Punkt I.1. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien; *Ärzttekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009); *Ärzttekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

4.2.3.1 Berufserfahrung⁵⁵²

Der Bereich Berufserfahrung gliedert sich in vier Unterbereiche, wobei Punkte immer erst für Zeiten der Berufserfahrung vergeben werden, die nach der Erlangung des *ius practicandi* als Facharzt oder als Arzt für Allgemeinmedizin liegen.

0,25 Punkte pro Monat, maximal neun Punkte, kann der Bewerber aufgrund allgemeiner Berufserfahrung als angestellter und/oder freiberuflich tätiger Arzt erhalten. Für diese Punkte müssen keine besonderen Nachweise erbracht werden. Vielmehr richtet sich die Bewertung ausschließlich nach der Eintragung in die Ärzteliste. Lediglich im Fall der Anrechnung ausländischer Zeiten sind gemeinsam mit der Bewerbung entsprechende Bestätigungen vorzulegen. Die Ärztekammern stellen selbst die entsprechenden Überprüfungen für diese Zeiten an. Die Ärztekammer für Wien geht davon aus, dass im Regelfall drei Jahre nach der Eintragung in die Ärzteliste das Punktemaximum für diesen Bereich erreicht ist.⁵⁵³

0,5 Punkte pro Monat, maximal jedoch fünf Punkte, werden vergeben, wenn der Bewerber eine Ordinationstätigkeit als hauptberuflicher Wahlarzt ausgeübt hat. Als hauptberuflich gilt eine Wahlarztstätigkeit dann, sofern nicht gleichzeitig Tätigkeiten in Anstellungsverhältnissen, deren Ausmaß mehr als 20 Wochenstunden betragen, ausgeübt werden.⁵⁵⁴ Auch für die Vergabe dieser Punkte sind keine besonderen Unterlagen vorzulegen, da auch hier ausschließlich die Ärzteliste maßgeblich ist. Das Punktemaximum in diesem Bereich ist nach Einschätzung der Ärztekammer für Wien nach zehn Monaten erfüllt und soll aus

⁵⁵² Vgl Punkt II. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁵³ *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

⁵⁵⁴ Vgl zur Rechtmäßigkeit der Nichtbewertung einer Wahlarztstätigkeit im Falle einer nebenberuflichen Tätigkeit von mehr als 20 Wochenstunden OLG Wien 18.6.2007, 12 R 218/06a. Siehe dazu auch oben Punkt 4.2.2.1.

sozialen Gründen diejenigen Kolleginnen und Kollegen bevorzugen, die keine volle Spitalstätigkeit mehr ausüben können.⁵⁵⁵

Ein Punkt pro 15 Vertretungstage und maximal 16 Punkte erhalten Bewerber im dritten Bereich der Berufserfahrung, nämlich für die Tätigkeit als Vertretungsarzt in Ordinationen mit Verträgen mit Gebietskrankenkassen.⁵⁵⁶ Dazu ist festzuhalten, dass aus Gründen der besseren Dokumentation nur Vertretungstage anerkannt werden, die auf einem von der Ärztekammer publizierten Formular von dem vertretenen Kassenarzt bestätigt werden. Nicht notwendig ist eine derartige Bestätigung bei Vertretungen bei Witwenquartalen, da in diesem Fall die Vertretung ohnehin der Ärztekammer gemeldet werden muss. Von einer exakten Definition des Vertretungstages wurde nach Angaben der Ärztekammer für Wien Abstand genommen, da dies in der Praxis nicht zu vollziehen ist.⁵⁵⁷

0,125 Punkte ergeben sich pro Dienst im Ärztefunkdienst oder einem analogen Notarztsystem. Diese Punkte werden nur bei Bewerbungen um Kassenstellen in der Allgemeinmedizin vergeben. 0,625 Punkte pro Monat werden vergeben, wenn ein Bewerber in Einrichtungen der medizinischen Erstversorgung tätig war. Gemeinsam können für diesen Bereich maximal 5 Punkte vergeben werden und die Punkte sind durch die Vorlage von schriftlichen Bestätigungen bzw Honorarlisten des Ärztefunkdienstes bzw des analogen Notarztsystems bzw durch sonstige Dienstbestätigungen zu dokumentieren. Die Ärztekammer für Wien gibt an, dass das Maximum mit 40 Diensten im Ärztefunkdienst oder einem analogen Notarztsystem bzw nach acht Monaten Tätigkeit in der medizinischen Erstversorgung erreicht ist.

⁵⁵⁵ *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009). Siehe dazu auch die Ausführungen zur Bewertung der Wahlarztstätigkeit oben unter Punkt 4.2.2.1.

⁵⁵⁶ Vgl zur Rechtmäßigkeit der Bewertung einer Vertretungstätigkeit lediglich in Ordinationen mit Kassenvertrag OLG Wien 29.5.2008, 1 R 207/06b. Siehe dazu auch oben Punkt 4.2.2.1.

⁵⁵⁷ *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

Prinzipiell können Punkte aus allen Bereichen insofern kumuliert werden, als ein und dieselbe Tätigkeit in mehreren Bereichen Punkte bringt. Ausgenommen von der Kumulierung sind nur Tätigkeiten in Erstversorgungseinrichtungen und Dienste im Ärztekundendienst. Für beide Bereiche zusammen kann der Bewerber maximal fünf Punkte erreichen.

Insgesamt können im Bereich Berufserfahrung daher 35 von 77 Punkten erreicht werden, was bedeutet, dass dieser Bereich besonders maßgeblich ist.

4.2.3.2 *Fachliche Qualifikation*⁵⁵⁸

Auch die fachliche Qualifikation gliedert sich in zwei Unterbereiche, die allgemeine fachliche Qualifikation und die besondere fachliche Qualifikation.

Punkte für die allgemeine fachliche Qualifikation werden aufgrund der von der Österreichischen Ärztekammer verliehenen Diplome und aufgrund von Zusatzfächern vergeben. Jedes Diplom fällt mit einer bestimmten Punktezahl ins Gewicht. Das Fortbildungsdiplom bringt etwa 4 Punkte, das Notarztdiplom 2 Punkte, das Diplom für Psychotherapeutische Medizin (PSY-III-Diplom) ebenso 2 Punkte, etc. Pro Additivfach kommen dem Bewerber weitere 8 Punkte zu. Für eine Habilitation in jenem Fach, in dem die Stelle ausgeschrieben ist, werden noch zusätzliche 4 Punkte vergeben.

Der Nachweis einer besonderen fachlichen Qualifikation, das ist ein in der Stellenausschreibung angegebener fachlich medizinischer Schwerpunkt, kann durch entsprechende Diplome, Zusatzfächer, etc erbracht werden.

Für den Bereich der fachlichen Qualifikation können insgesamt 15 Punkte erworben werden. Notwendig ist der Nachweis der Qualifikation durch Vorlage der Diplome der Österreichischen Ärztekammer.

⁵⁵⁸ Vgl Punkt 1.2. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien; *Ärzttekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009); *Ärzttekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

4.2.3.3 Wartezeit auf der Interessentenliste⁵⁵⁹

Die Wartezeit beginnt mit der Eintragung in die fachspezifischen Interessentenlisten der Ärztekammer für Wien oder mit der ersten ordnungsgemäßen Bewerbung für ausgeschriebene Kassenplanstellen nach Erlangung der Berufsberechtigung als Arzt für Allgemeinmedizin oder als Facharzt.

Pro Monat werden 0,25 Punkte vergeben, insgesamt jedoch maximal 20 Punkte. Nach sechs Jahren und acht Monaten ist dieses Maximum erreicht.⁵⁶⁰ Es werden bei der Berechnung der Punkte grundsätzlich volle Kalendermonate herangezogen, wobei jedoch verbleibende Resttage nicht verfallen, sondern als Resttage aliquotiert werden, indem sie durch 30 dividiert werden.

Bis zur Schaffung der Reihungskriterien-VO stellte die Interessentenliste für die Ärztekammer das wesentlichste Kriterium für die Reihung und die In-Vertragnahme dar. Die nunmehrige Berücksichtigung der Wartezeit soll vor allem dazu beitragen, dass ältere Bewerber, die sich beruflich eventuell auch schon in einem anderen Bereich etablieren konnten, nicht dauerhaft bevorzugt werden. Es werden in der Wiener Ärztekammer mehrere Listen für jede Sonderfachrichtung und eigene für Allgemeinmediziner geführt, wobei Mehrfacheintragung eines Arztes zulässig ist. Die Wartezeit beginnt grundsätzlich mit der Eintragung in die jeweilige Liste, die frühestens mit der Erlangung des *ius practicandi* des jeweiligen Fachgebietes möglich ist.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Vgl Punkt I.3. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien; *Ärztekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009); *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009). Siehe dazu auch die Ausführungen zur Rechtmäßigkeit der Berücksichtigung einer Wartezeit oben unter Punkt 4.2.3.3.

⁵⁶⁰ *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

⁵⁶¹ *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

4.2.3.4 *Ernsthafte Bemühung um einen behindertengerechten Zugang*⁵⁶²

Ein Bewerber erhält zwei weitere Punkte, wenn er schriftlich bestätigt sich ernsthaft zu bemühen, einen behindertengerechten Zugang entsprechend zweier Ö-Normen bei Vertragsbeginn oder innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsbeginn zu schaffen.

4.2.3.5 *Karenzzeiten*⁵⁶³

Für Mutterschutzzeiten, Elternkarenz nach der Geburt eines Kindes, Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, erhält der Bewerber 0,2 Punkte pro Monat (maximal aber 3,6 Punkte pro Kind), sofern während dieser Zeit keine ärztliche Tätigkeit ausgeübt wird und diese Zeiten zwischen dem Zeitpunkt der Promotion und der Erlangung der Berufsberechtigung als Arzt für Allgemeinmedizin oder Facharzt liegen. Insgesamt sind in diesem Bereich maximal 5 Punkte zu erreichen. Als Nachweis werden Bestätigungen der Sozialversicherung über Karenz- oder Kindergeldbezug bzw Bestätigungen von Dienstgebern, sowie Bestätigungen über den Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst herangezogen.⁵⁶⁴

⁵⁶² Vgl Punkt I.4. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien; *Ärztekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009); *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

⁵⁶³ Vgl Punkt I.5. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien; *Ärztekammer für Wien*, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009); *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009). Siehe dazu auch die Ausführungen zur Rechtmäßigkeit der Berücksichtigung derartiger Karenzzeiten oben unter Punkt 4.2.2.2.

⁵⁶⁴ Punkt II.5. der Reihungskriterien der Ärztekammer für Wien.

4.3 Das Problem „Ordinationsablöse“

Für Bewerber um Kassenverträge gibt es überwiegend die Möglichkeit einer Stellennachfolge; sehr selten ist hingegen die Schaffung einer neuen Planstelle durch KVTr und Ärztekammer. Als „Paradefall“ des Erwerbs eines Einzelvertrags ist jedenfalls die Übernahme einer bestehenden Kassenvertragsordination zu bezeichnen. Dieser Paradefall zieht aber einige Probleme nach sich und soll im Folgenden am Beispiel Wien, Niederösterreich und Oberösterreich detailliert dargestellt werden.

Wie bereits erwähnt, wird in Wien bei der Übernahme einer bestehenden Planstelle zeitgleich mit dem Erstgereihten auch der Inhaber der Planstelle informiert und dazu eingeladen, Verhandlungen zur Übernahme der Ordination aufzunehmen. Vor der Schaffung der Reihungskriterien-VO und der mit dieser einhergehenden Reform des Vergabeverfahrens in Wien, sahen die Reihungsrichtlinien für Wien vor, dass der Bewerber für die vorvertragliche Einigung mit dem Übergeber der Ordination Punkte erhält. Dieses auch in Niederösterreich angewandte Reihungskriterium wurde jedoch vom Obersten Gerichtshof mit der viel beachteten Entscheidung⁵⁶⁵ 7 Ob 299/00x für unsachlich und gleichheitswidrig befunden, da die vorvertragliche Einigung nicht Ausdruck einer fachlich spezifischen Qualifikation des Bewerbers ist und lediglich dem Schutze der Interessen des Praxisvorgängers dient. Die Anwendung des nach Beurteilung des Obersten Gerichtshofes diskriminierenden Punktevergabekriteriums war daher fortan zu unterlassen.

Die beklagte Ärztekammer für Niederösterreich hatte sich im Verfahren ferner darauf berufen, dass die sozialen Interessen des bisherigen Praxisinhabers zu berücksichtigen und eine getrennte Ordinationsbewertung nach Kassenvertrag und sonstigen Tätigkeiten nicht möglich sei. Der Wert der Ordination sei vielmehr als Einheit zu sehen. Der Oberste Gerichtshof befand, dass sich bereits aus diesen Argumenten der Ärztekammer ergebe, dass sie den Vertrag doch als Wert der

⁵⁶⁵ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x = JBI 2002, 36 = RdM 2002/1. Siehe dazu eingehend unten Punkte 4.3 und 5.

Ordination in ihre Bewertung mit einbeziehe, und zwar entgegen ihrem Zugeständnis, dass der Kassenvertrag nicht übertragbar sei. Ein höchstpersönlicher, nicht übertragbarer Vertrag habe aber keinen eigenständigen Wert beim Verkauf der Ordination. Ansonsten würde der Kassenvertrag auf diesem Weg gleichsam umlauffähig gemacht und ein Bewerber motiviert, bei der Ordinationsübernahme ein Entgelt für einen Vertrag zu bezahlen, den ihm der Verkäufer gar nicht verschaffen kann. Denn der Kassenvertrag werde beim Verkauf gar nicht übertragen, sondern danach mit einem Dritten, nämlich dem KVTr, neu abgeschlossen. Das Bestehen eines „Firmenwertes“, eines „ideellen Praxiswertes“, wurde daher vom Obersten Gerichtshof zunächst verneint.

In der zweiten in diesem Zusammenhang sehr wichtigen höchstgerichtlichen Entscheidung⁵⁶⁶ 7 Ob 165/03w wurde festgestellt, dass sich aus den zwischen den Ärztekammern und den KVTr vereinbarten Reihungsrichtlinien Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber der Ärzteschaft ableiten lassen. Die vertragspartnerrechtlichen Bestimmungen im ASVG dienen grundsätzlich einem Ausgleich zwischen den Interessen der Versicherungsgemeinschaft und jenen der Ärzteschaft bzw des einzelnen Vertragsarztes. Die in einem Gesamtvertrag betreffend die Ordinationsübernahme enthaltenen Regelungen entfalten daher Schutzwirkungen zu Gunsten des einzelnen Vertragsarztes und auch zu Gunsten dessen Rechtsnachfolger⁵⁶⁷. Eine rechtswidrige, also gegen die Regelungen des Gesamtvertrages verstoßende, willkürliche Schätzung des Unternehmenswertes der Ordination kann unter der Voraussetzung, dass ein Verschulden nachweisbar ist, Schadenersatzansprüche des Übergebers gegen den KVTr bzw die beteiligte Ärztekammer auslösen.⁵⁶⁸ Mit diesem Urteil anerkannte der Oberste Gerichtshof aber anders als in der vorausgehenden Entscheidung 7 Ob 299/00x, dass die Arztpraxis grundsätzlich auch einen („ideellen“) Unternehmenswert hat.

⁵⁶⁶ OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w.

⁵⁶⁷ In der Entscheidung OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w konkret zu Gunsten der Witwe des Ordinationsvorgängers, die im Erbweg Alleineigentümerin der Ordination geworden war.

⁵⁶⁸ *Kopetzki*, RdM 2003/102.

In der Entscheidung 7 Ob 299/00x hatte der Oberste Gerichtshof festgestellt, dass eine vorvertragliche privatrechtliche Einigung mit dem Praxisvorgänger als Teil des Punktesystems ein rechtswidriges Auswahlkriterium darstellt. In der nachfolgenden Entscheidung 3 Ob 127/06g⁵⁶⁹ wurde sodann festgestellt, dass noch unsachlicher der festgestellte Umstand eingreife, dass die Ablösevereinbarung eine Bedingung für den Vertragsabschluss ist und bei Nichteinigung der nächstgereichte Bewerber in das Vergabeverfahren eintritt. Im Ausgangssachverhalt der Entscheidung 7 Ob 299/00x hatte die Niederösterreichische Ärztekammer aufgrund ihrer Richtlinien die Dauer der fachspezifischen Tätigkeit mit maximal 13 Punkten, den Wohnsitz im Land mit maximal 10 Punkten, die vorvertragliche Einigung mit maximal 8 Punkten und die Nachfolge innerhalb der Familie mit 20 Punkten zu bewerten. Ein Bewerber konnte daher mit der Erfüllung nichtfachlicher Kriterien den fachlich besser qualifizierten Bewerber aus dem Verfahren drängen; für diesen bestand alleine aufgrund persönlicher Umstände eines anderen Bewerbers keine Chance, in das Auswahlverfahren einbezogen zu werden. Dass ein solches Vorgehen unsachlich ist, liegt auf der Hand. Allerdings hatte etwa *Schrammel* in seiner Glosse zur Entscheidung festgehalten, dass die privatrechtliche Einigung mit dem Vorgänger dennoch nicht *a priori* unzulässig ist. Immerhin erleichtert diese einen nahtlosen Übergang von einem Kassenarzt zum anderen. Gegenüber den Qualitätskriterien muss sie allerdings in den Hintergrund treten.⁵⁷⁰

Nunmehr sehen die Reihungskriterien-VO und die auf ihrer Grundlage erlassenen Richtlinien zwingend die Berücksichtigung der fachlichen Qualifikation der Bewerber als primäres Kriterium für die Reihung vor. Wenn sich also ein Bewerber, nachdem seine höhere fachliche Qualifikation gegenüber den übrigen Bewerbern feststeht, mit dem Übergeber einer Ordination vorvertraglich einigt, kann dies im Sinne der Entscheidung 3 Ob 127/06g nicht unsachlicher sein, als die Reihung aufgrund dieser vorvertraglichen Einigung. Es macht mE sehr wohl einen Unterschied, ob die vorvertragliche Einigung bereits

⁵⁶⁹ OGH 13.9.2006, 3 Ob 127/06g

⁵⁷⁰ *Schrammel*, ZAS 2002/8.

Kriterium für die Reihung ist, oder ob sie bloß auf das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen eines Einzelvertrages Einfluss hat.

In der erst kürzlich zu 2 Ob 48/08k ergangenen Entscheidung⁵⁷¹ hatte der Oberste Gerichtshof zu beurteilen, ob auch die Reihungskriterien wie die Reihungsrichtlinien Schutzwirkungen zu Gunsten der Ärzteschaft einschließlich deren Rechtsnachfolgern entfalten. Festgestellt wurde, dass die (vermögensrechtlichen) Interessen der präsumptiven Übergeber vom Schutzbereich der Reihungskriterien ausgenommen sind, dürfen sie doch für die Reihung nicht maßgeblich sein. Im konkreten Fall wurde ein Anspruch der Witwe des verstorbenen Kassenarztes auf Einhaltung der Reihungskriterien daher entsprechend der bisherigen Rechtsprechung⁵⁷² verneint.

4.3.1 Die Bewertungsmethoden

Wie erwähnt ist nunmehr durch den Obersten Gerichtshof auch bei einer Kassenpraxis das Bestehen eines Unternehmenswerts anerkannt. Die Schätzung des Praxiswertes durch die Gebietskrankenkasse auf Basis des Durchschnittsumsatzes wurde als willkürlich abgelehnt.⁵⁷³ Stattdessen soll es sowohl dem Übergeber als auch dem Übernehmer einer Kassenplanstelle möglich sein, aufgrund einer fundierten und objektiven, nach betriebswirtschaftlichen Kriterien vorgenommenen Unternehmensbewertung zu einer Einigung über den Kaufpreis der Ordination zu gelangen. Wie aber diese fundierte und objektive, nach betriebswirtschaftlichen Kriterien vorgenommene Unternehmensbewertung aussehen soll, ist nicht einheitlich geregelt.

⁵⁷¹ OGH 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

⁵⁷² Vgl OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁵⁷³ OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w. Siehe dazu eingehend oben unter Punkt 4.3.

Grundsätzlich sollte sowohl der Substanzwert, als auch der Ertragswert in die Unternehmensbewertung von Dienstleistungsbetrieben einfließen.⁵⁷⁴

Beim Substanzwert handelt es sich im Prinzip um den Verkehrswert bzw. den Zeitwert von Einrichtungsgegenständen, medizinischen Geräten und Apparaten, dem Wert der EDV-Anlage, von Software, Bürogeräten, etc. Der Wert der an den Käufer übergebenen Gegenstände des Anlagevermögens bildet sozusagen die unterste Grenze des Praxiswertes. Die Gegenstände sollten alle in einer körperlichen Inventur erfasst und in einer Inventarliste niedergeschrieben werden. Eine allenfalls mitübertragene Immobilie gehört ebenfalls zum Substanzwert der Ordination, sollte aber in einem eigenen Schätzgutachten gesondert bewertet werden.⁵⁷⁵

Der Ertragswert hingegen ist der „ideelle Wert“ der Praxis und spiegelt die Ertragskraft des Betriebes wieder. Er errechnet sich aus den künftigen Ertragsmöglichkeiten, die dem Nachfolger über den reinen Substanzwert hinaus durch die Fortführung des Ordinationsbetriebes eingeräumt werden. Diese Ertragskraft der Ordination, der ideelle Praxiswert, ergibt sich aus subjektbezogenen (persönlichen) Komponenten einerseits, wie der Reputation des Übergebers innerhalb des Patientenstocks und der Qualität der Patientenkartei, also der Perfektion der Dokumentation sowie aus objektbezogenen (technischen) Komponenten, wie der Lage der Ordinationsräumlichkeiten, der Mobilität der Patienten, der Qualität der vorhandenen technischen Ausstattung und der Funktionalität der Ablauforganisation inklusive der Organisation der Mitarbeiter („*human capital*“). Es versteht sich von selbst, dass bei technischen und bei personalintensiven Arztpraxen, wie Zahnarztpraxen, Radiologen oder

⁵⁷⁴ Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 3; Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 42.

⁵⁷⁵ Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 6 f; Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 42. Vgl. zur Unternehmensbewertung generell auch Elsner, *ecolex* 1996, 920; Brugger, *ecolex-Script* 1998/13.

physikalischen Arztpraxen die objektbezogenen Faktoren einen höheren Stellenwert einnehmen.⁵⁷⁶

Eine häufig angewandte Bewertungsmethode ist die sog. „*Kux-Lehner-Formel*“⁵⁷⁷, bei der nach einem Übergewinnverfahren vorgegangen wird. Nach dieser ergibt sich der Ordinationswert aus der Addition des Substanzwertes und des ideellen Wertes. Dabei wird für den Substanzwert einfach der Wert des Inventars aus dem Anlageverzeichnis herangezogen; allenfalls ist ein Bewertungsgutachten einzuholen. Beim ideellen Wert wird ausgehend von den Ergebnissen der letzten drei Jahre ein mögliches Zukunftsergebnis errechnet. Dabei werden die Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen⁵⁷⁸ der letzten drei Jahre adaptiert sowie um den ärztlichen Arbeitslohn (Unternehmerlohn)⁵⁷⁹ und die Verzinsung des Substanzwertes verringert. Der so errechnete sog. „Übergewinn“ wird mit einem sog. „Nachhaltigkeitsfaktor“ multipliziert und ergibt sodann den ideellen Praxiswert. Der Multiplikator „Nachhaltigkeitsfaktor“ errechnet sich aus der Übergewinndauer einerseits - diese ist abhängig davon, wie lange der errechnete Übergewinn ohne Zutun des Übergebers weiterhin erzielt werden kann - und dem Kapitalisierungszinssatz andererseits.⁵⁸⁰

Die Rechtfertigung der Abgeltung eines ideellen Praxiswerts ist mE auch schnell gefunden, vergleicht man nur den Ertrag eines Jungmediziners, der eine bereits etablierte und funktionierende Arztpraxis übernehmen kann, mit jenem eines Jungmediziners, der eine neue Arztpraxis in der Anfangsphase betreibt. Der Ertrag des Erstgenannten wird wesentlich höher sein, als der des „Neustarters“. Durch die dargestellte Wertermittlungsmethode („*Kux-Lehner-Formel*“) soll ein

⁵⁷⁶ Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 4; Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 42.

⁵⁷⁷ In der Praxis wird die „*Kux-Lehner-Formel*“ auch oft nur als Übergewinnverfahren bezeichnet. Vgl. Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 7.

⁵⁷⁸ § 4 Abs 3 EStG.

⁵⁷⁹ Der Unternehmerlohn bewegt sich zwischen € 40.000,00 und € 100.000,00 und wird danach bestimmt, welche Einkünfte der Käufer je nach Fachrichtung und Position in einer Anstellung verdienen könnte. Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 42.

⁵⁸⁰ Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 7; *Landeszahnärztekammer für Niederösterreich*, Ordinationsbewertung durch die LZÄK für NÖ noe.zahnärztekammer.at/download.php?id=1531 (1.6.2009); Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 42 f.

Betrag errechnet werden, der für den Übernehmer aus den künftig erzielten Gewinnen finanzierbar sein sollte und dem Übergeber neben dem Substanzwert auch die von ihm aufgebaute Ertragskraft des Betriebes Arztordination abgilt.

Der Fachsenat für Betriebswirtschaft der Kammer der Wirtschaftstreuhänder hat in einem Fachgutachten zur Unternehmensbewertung (KFS BW 1) vom 27.2.2006 konstatiert, dass „das Übergewinnverfahren aufgrund seiner Orientierung am Substanzwert in der Theorie abgelehnt wird“.⁵⁸¹ Dazu ist klarzustellen, dass es zwar im Ermessen des Gutachters, der ein Bewertungsgutachten für eine Arztpraxis erstellt, liegt, auch weiterhin das Übergewinnverfahren zu verwenden, im Streitfall würde aber ein gewisser Erklärungsnotstand bestehen, warum ein vom Fachsenat abgelehntes Verfahren abgewandt wird. Sofern es vertraglich oder sonst einvernehmlich zwischen den Vertragspartnern festgelegt wird, ist die Anwendung des Übergewinnverfahrens aber zumindest in dieser Hinsicht unproblematisch.

Weiters zu beachten ist, dass von dem Käufer der Ordination idR auch die Mitarbeiter des Vorgängers übernommen werden. Da es sich bei der klassischen Ordinationsnachfolge wohl um einen Betriebsübergang iSd AVRAG handeln wird,⁵⁸² kommt es zu einem *ex lege* Eintritt des Erwerbers in die bestehenden Arbeitsverhältnisse.⁵⁸³ Diese gesetzliche Übertrittsautomatik bewirkt, dass Dienstverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten weiterlaufen. Davon erfasst ist auch das Recht auf Abfertigung „alt“. Sofern Mitarbeiter übernommen werden, die einen solchen Abfertigungsanspruch haben, muss es diesbezüglich auch zu einer Anrechnung auf den Kaufpreis kommen.⁵⁸⁴ Ebenso verhält es sich mit nicht konsumierten Urlaubsansprüchen, aliquoten Sonderzahlungen oder allenfalls zugesicherten Ansprüchen auf Jubiläumsgeld.

⁵⁸¹ *Fachsenat für Betriebswirtschaft und Organisation des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer für Wirtschaftstreuhänder*, Fachgutachten zur Unternehmensbewertung (KFS BW 1), 17. Abzurufen unter <http://www.kwt.or.at/de/PortalData/2/Resources/downloads/downloadcenter/50-KFS-BW1.pdf> (1.6.2009).

⁵⁸² So auch *Windisch-Graetz*, RdM 1994, 111.

⁵⁸³ § 3 Abs 1 AVRAG.

⁵⁸⁴ Statt vieler *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰, 586.

Wie in den folgenden Kapiteln aufgezeigt wird, werden in den Bundesländern immer noch sehr unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe zur Wertermittlung der Arztpraxen herangezogen. Die gängige Praxis ist die Orientierung am Durchschnittsumsatz, der in den letzten (zumeist drei) Jahren in der übertragenen Ordination erzielt wurde; von diesem wird ein gewisser Prozentsatz⁵⁸⁵ als Ertragswert der Ordination herangezogen. Für diese Methode sprechen deren Einfachheit und Schnelligkeit, dagegen jedoch deren Einseitigkeit, da nur Einnahmen, nicht aber Ausgaben berücksichtigt werden. Jedenfalls können diese pauschalen Schätzungsformeln aber einer ersten, überschlagsartigen Ermittlung des Praxiswerts dienlich sein.⁵⁸⁶ Zur Ermittlung der definitiven Höhe der Ordinationsablässe wird zum derart errechneten Ertragswert noch der Zeitwert des vorhandenen Inventars hinzugerechnet.

4.3.2 Die Stellennachfolge in Wien

Im Sinne der Entscheidung 7 Ob 299/00x⁵⁸⁷ wurde das Reihungskriterium der vorvertraglichen Einigung nicht mehr in die neuen Richtlinien der Wiener Ärztekammer für die Auswahl und In-Vertragnahme von Kassenärzten aufgenommen. Dennoch sehen die Richtlinien ein bestimmtes Verfahren für die Stellennachfolge vor. Dieses wurde bereits erläutert, soll aber an dieser Stelle nochmals kurz skizziert werden.

Nachdem die Berechnung der Punkte für jeden einzelnen Bewerber und die Reihung aller Bewerber durch die Ärztekammer erfolgt ist, wird das Ergebnis innerhalb von vier Wochen nach Ablauf der Bewerbungsfrist der Wiener Gebietskrankenkasse bekanntgegeben und gleichzeitig die Bewerbungsunterlagen

⁵⁸⁵ Für Ordinationen für Allgemeinmedizin werden zumeist 30 %, für Zahnarztordinationen bis zu 100 % und für sonstige Facharztpraxen circa 50 % des Umsatzdurchschnitts angesetzt. Vgl. Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 41.

⁵⁸⁶ Ruhaltinger, Praxisübergabe: Ablöse für die Praxis, ärztemagazin 37/2008 <http://www.aerztemagazin.at/dynasite.cfm?dssid=4169&dsmid=94536&dspaid=718208> (1.6.2009); Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 41.

⁵⁸⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

jener sechs Bewerber mit den höchsten Punktezahlen übermittelt. Die Kasse überprüft die vorgenommene Reihung, deren definitive Festlegung schließlich durch den Niederlassungsausschuss erfolgt. Der Niederlassungsausschuss setzt sich aus je zwei stimmberechtigten Vertretern der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse zusammen und hat eine einstimmige Entscheidung zu treffen.

Für den weiteren Ablauf ist zu unterscheiden, ob es sich um die Besetzung einer neu geschaffenen Vertragsarztstelle oder um eine Ordinationsnachfolge in eine bestehende Planstelle handelt. Bei neu geschaffenen Stellen wird der erstgereichte Bewerber im nächsten Schritt aufgefordert, innerhalb der in der Ausschreibung bezeichneten Region Ordinationsräumlichkeiten zu suchen. Kann er innerhalb der verlängerbaren Frist von zwei Monaten keine mögliche Praxisadresse angeben, so rückt der nächstgereichte Bewerber nach.⁵⁸⁸

Möchte ein Arzt seine kassenärztliche Tätigkeit beenden, so kann er bei der Ärztekammer beantragen, dass die für seine Ordination bestehende Planstelle ausgeschrieben wird. Er erklärt sich in diesem Fall gleichzeitig damit einverstanden, dass sein Einzelvertrag mit dem Datum der Veröffentlichung der Ausschreibung *ex contractu* in einen befristeten Einzelvertrag⁵⁸⁹ umgewandelt wird.⁵⁹⁰ Endigungszeitpunkt ist das Datum des Inkrafttretens des zwischen Gebietskrankenkasse und Planstellennachfolger abgeschlossenen Einzelvertrages.⁵⁹¹ Der Bewerber für die in weiterer Folge ausgeschriebene, bestehende Planstelle wird von der Ärztekammer und der Gebietskrankenkasse dazu aufgefordert, Verhandlungen mit dem bisherigen Ordinationsinhaber

⁵⁸⁸ § 11 der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁸⁹ Siehe zur Befristung von Einzelverträgen oben Punkt 2.2.2.4. Es wird sich bei diesem Fall der Befristung um ein „*besonderern Fall*“ handeln, für den § 9 Abs 4 wRV den einvernehmlichen Abschluss des Einzelvertrages auf bestimmte Zeit - ausnahmsweise - für zulässig erklärt.

⁵⁹⁰ In Ober- und Niederösterreich hingegen, muss der Vertragsarzt, der seine Vertragsarztstätigkeit beenden und seine Ordination im Wege der Nachfolge- bzw Übergabepaxis an einen Nachfolger überlassen möchte, seine Kassenverträge gleichzeitig mit dem Antrag auf Bewilligung einer Nachfolgepraxis (OÖ) bzw der Bekanntgabe des Interesses an einer Praxisübergabe (NÖ) im Voraus zum Endigungszeitpunkt der Nachfolge- bzw Übergabepaxis kündigen. Siehe dazu sogleich unten die Punkte 4.3.3 und 4.3.4 .

⁵⁹¹ *Ärztekammer für Wien, Ansuchen um Ausschreibung*
<http://www.aekwien.or.at/media/ausschreibansuch.pdf> (27.8.2009).

aufzunehmen. War die Stelle infolge des Todes des bisherigen Ordinationsinhabers neu zu besetzen, so finden die Verhandlungen mit dem über den Nachlass Verfügungsberechtigten statt. Kommt es zwischen dem erstgereihten Bewerber und dem bisherigen Ordinationsinhaber bzw dem nach dem Todesfall Verfügungsberechtigten hinsichtlich der Übernahme der Ordination zu keiner Einigung, so kann jeder der Genannten die Einberufung einer Schlichtungskommission bei der Ärztekammer für Wien bzw der Wiener Gebietskrankenkasse beantragen. Diese ist paritätisch mit je zwei Vertretern der Ärztekammer und der Gebietskrankenkasse zu besetzen und hat die Übergabemodalitäten, insbesondere die Angemessenheit des für die Übergabe geforderten Preises, zu überprüfen und einstimmig zu entscheiden. Die Feststellung, ob der vom Übergeber verlangte Preis angemessen ist, ist nach Vorgabe der Reihungsrichtlinien gemäß einer von der Ärztekammer eigens zu erstellenden Richtlinie zu treffen, über die die Wiener Gebietskrankenkasse zu informieren ist.⁵⁹² An einer solchen Richtlinie wird derzeit noch gearbeitet.

Die gängige Praxis zur Ermittlung der Höhe der Ordinationsablässe ist die sog „*Wiener Methode*“. Bei dieser wird bei Ordinationen für Allgemeinmedizin als „ideeller“ Unternehmenswert ein Drittel⁵⁹³ des Umsatzdurchschnittes der letzten drei Jahre (inklusive Privatumsätze) angesetzt und zu diesem Wert noch der Substanzwert der Ordination, also Inventar, Gerätschaften und der Wert der Immobilie gemäß den marktüblichen Preisen hinzugerechnet. Der Durchschnitt aus drei Jahren wird herangezogen, um möglichst eine normale Entwicklung als Beobachtungszeitraum zugrunde zu legen und „Ausreißer“, also Geschäftsjahre mit einem besonders guten oder eklatant schlechten Ergebnis, rechnerisch auszugleichen.⁵⁹⁴

⁵⁹² § 12 Abs 1 bis 5 der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁹³ Bei Zahnarztordinationen wird hingegen bis zu 100 % des Umsatzdurchschnitts angesetzt.

⁵⁹⁴ Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 41; *Ärztekammer für Wien*, Wie komme ich zu einem Kassenvertrag? <http://www.aekwien.or.at/155.html> (1.6.2009); *Ruhaltinger*, Praxisübergabe: Ablöse für die Praxis, *ärztemagazin* 37/2008 <http://www.aerztemagazin.at/dynasite.cfm?dssid=4169&dsmid=94536&dspaid=718208> (1.6.2009).

Sollten sich der Übergeber und der potenzielle Übernehmer in puncto Ordinationsablöse nicht einigen, so kommt es zum eben erwähnten Vermittlungsversuch durch die Schlichtungskommission und zur Einholung eines Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Steuer- und Rechnungswesen über den angemessenen Praxiswert. Kommt die Schlichtungskommission zum Ergebnis, dass der Übergeber einen nicht angemessenen Preis verlangt und beharrt der Übergeber auf seiner Forderung, so hat die Schlichtungskommission festzustellen, dass der erstgereichte Bewerber dazu berechtigt ist, im Umkreis der zu übergebenden Ordination eine eigene zu eröffnen, für die er einen Vertrag mit der Wiener Gebietskrankenkasse erhält.⁵⁹⁵ Ist hingegen der erstgereichte Bewerber nicht bereit, einen angemessenen Preis zu zahlen und weigert er sich weiterhin einen solchen zu zahlen, so hat die Schlichtungskommission den erstgereichten Bewerber aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden und der zweitgereichte Bewerber kann Verhandlungen aufnehmen.⁵⁹⁶ Auch der Übergeber einer bestehenden Planstelle muss sich den auf Grundlage der Reihungskriterien-VO erstellten Richtlinien unterwerfen. Tut er dies nicht und verweigert er die Übergabe an den Erstgereichten, kann die Paritätische Schiedskommission den erstgereichten Bewerber dazu berechtigen, im Umkreis der zu übergebenden Ordination eine eigene zu eröffnen, für die er einen Kassenvertrag erhält.⁵⁹⁷

Diese Regelung der Stellennachfolge ist eine Besonderheit des Wiener Auswahlverfahrens. Aber auch in Niederösterreich und Oberösterreich wurden mE interessante Modelle zur Übergabe von bestehenden Arztpraxen entwickelt, dazu im Folgenden.

⁵⁹⁵ § 12 Abs 6 der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁹⁶ § 12 Abs 7 der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien.

⁵⁹⁷ § 12 Abs 9 der Reihungsrichtlinien der Ärztekammer für Wien.

4.3.3 Die Nachfolgepraxis in Oberösterreich

Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der umfassenden 58. Novelle⁵⁹⁸ zum ASVG, seit der nunmehr auch Gruppenpraxen⁵⁹⁹ Kassenverträge erhalten können, wurden in der oberösterreichischen Gruppenpraxisvereinbarung vier verschiedene Modelle solcher Gruppenpraxen vorgesehen, die alle völlig unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Eines dieser Modelle ist die sog „Nachfolgepraxis“ – das eigentliche Kernstück der oberösterreichischen Gruppenpraxisregelung.⁶⁰⁰

Mit der Einführung der Nachfolgepraxis wird jedem Kassenarzt das Recht eingeräumt, die Ausschreibung einer Nachfolgepraxis in der von ihm selbst zu wählenden Dauer von drei bis sechsunddreißig Monaten vor seinem Übertritt in den Ruhestand zu verlangen. Für die gewählte Dauer betreibt er dann mit dem Nachfolger der Kassenplanstelle gemeinsam eine befristete Gruppenpraxis. Gleichzeitig mit dem Antrag auf Bewilligung einer Nachfolgepraxis hat der Übergeber alle seine Einzelverträge zum vorgesehenen Endzeitpunkt zu kündigen⁶⁰¹ und die Erklärung abzugeben, dass sein Einzelvertrag während der Laufzeit des Einzelvertrages mit der Nachfolgepraxis ruht und erlischt, wenn er nach Beendigung der Gruppenpraxis den ärztlichen Beruf nicht mehr ausübt oder ihn ein ausschließliches oder überwiegendes Verschulden an der Auflösung der Gesellschaft trifft.⁶⁰²

⁵⁹⁸ BGBl. I Nr. 99/2001.

⁵⁹⁹ §§ 52 a und 52b ÄrzteG 1998.

⁶⁰⁰ Vgl dazu vor allem *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf zum OÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag samt 3. Zusatzprotokoll, 1. Abzurufen unter http://vertragspartner.oegkk.at/mediaDB/MMDB132170_Gruppenpraxen_aktuelle_Version2008.pdf (1.6.2009). Folgezitat: *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf*. Vgl auch *Ruhaltinger, Praxisübergabe: Ablöse für die Praxis, ärztemagazin 37/2008 <http://www.aerztemagazin.at/dynasite.cfm?dssid=4169&dsmid=94536&dspaid=718208> (1.6.2009); Wallner/Herdega/Hummelbrunner, Standespolitik - Gruppenpraxisvertrag in OÖ ab 1.7.2002 zwischen Ärztekammer für OÖ und OÖ Gebietskrankenkasse für Allgemeinärzte und Allgemeine Fachärzte http://www.hausaerzterverband.at/stand_gparxvert.htm (1.6.2009). Folgezitat: *Wallner/Herdega/Hummelbrunner, Standespolitik*.**

⁶⁰¹ Vgl hingegen die Regelung über die Stellennachfolge in Wien, wo der Einzelvertrag *ex contractu* in einen befristeten Vertrag umgewandelt wird, der mit dem Inkrafttreten des zwischen Gebietskrankenkasse und Planstellennachfolger abgeschlossenen Einzelvertrages schließlich automatisch endet. Siehe dazu oben Punkt 4.3.2.

⁶⁰² *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf, 4.*

In der Regel kann nur der nach den Reihungsrichtlinien Erstgereichte als Juniorpartner der Gruppenpraxis aufgenommen werden, es sei denn, der Seniorpartner kann gewichtige Gründe gegen die Aufnahme dieses Partners geltend machen. Die vorgebrachten Gründe werden von der durch Kammer und KVTr paritätisch besetzten Hearingkommission bewertet und überprüft. Werden sie allerdings nicht anerkannt, hat der Seniorpartner die Möglichkeit, von der Nachfolgepraxis zurückzutreten, da man ihn nicht in eine Gruppenpraxis „zwingen“ will. Mit diesem Rücktritt ist dann aber die Inanspruchnahme des Modells Nachfolgepraxis verwirkt und er muss seinen Einzelvertrag zurücklegen. Sind seine Einwände berechtigt, kommt der Nächstgereichte, demgegenüber keine gerechtfertigten Einwendungen bestehen, zum Zug. Auch in diesem Fall kann der Seniorpartner stattdessen die Praxis alleine weiterführen, verliert aber endgültig den Anspruch auf eine Nachfolgepraxis.⁶⁰³

Für die Ermittlung eines objektiven Substanzwertes und Firmenwertes der zu übergebenden Praxis wird im Gesamtvertrag ausdrücklich ein Bewertungsverfahren geregelt und ein ideeller Wert der Ordination explizit anerkannt. Bei Ermittlung des Substanzwertes wird eine Abschreibung über den Zeitraum von Inbetriebnahme der Investition bis zum Ende der Gruppenpraxis vorgenommen. Die Investitionen werden in verschiedene Klassen eingeteilt und je nach Höhe der Investition mit einem bestimmten Prozentsatz abgewertet.⁶⁰⁴ Der Wert einer Ordination hängt nicht nur vom Wert der Investitionen ab, sondern auch davon, wie viele Patienten bisher betreut wurden, was sich im Umsatz widerspiegelt. Auch diesen ideellen Wert, berechnet zum Zeitpunkt des Eintritts in die Praxis, abzüglich eines Abschlags von einem Prozent pro Monat der Dauer des Bestehens der Nachfolgepraxis, soll der Juniorpartner bezahlen. Der Abschlag erklärt sich ganz leicht damit, dass der Nachfolger ja mit zunehmender Dauer der Zusammenarbeit selbst einen gewissen ideellen Wert aufbaut. Ein Anteil von fünfundzwanzig Prozent des durchschnittlichen Jahressachleistungsumsatzes aller

⁶⁰³ *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf, 6; Wallner/Herdega/Hummelbrunner, Standespolitik; Klement, ecolex 2002, 431.*

⁶⁰⁴ Investitionen bis € 5.000,00 etwa werden mit ihrem Wert reduziert um zwanzig Prozent pro begonnenes Jahr angesetzt. Nach fünf Jahren werden diese Investitionen nicht mehr abgelöst. Vgl. *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf, 7.*

Kassen der letzten beiden Jahre vor Antragstellung werden als ideeller Wert angesetzt. Dreißig Prozent dieses Werts werden angesetzt, wenn innerhalb derselben Gemeinde bzw im selben Sanitätsgemeindeverband mehr als ein weiterer Kassenvertragsarzt derselben Fachrichtung angesiedelt ist.⁶⁰⁵

Ferner können selbstverständlich freiwillig auch auf Null abgewertete Investitionen des Seniorpartners vom Juniorpartner abgelöst werden, allerdings mit der Einschränkung, dass eine solche vertragliche Vereinbarung nur dann rechtsgültig ist, wenn sie zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem der Juniorpartner bereits die verbindliche Zusage, den Kassenvertrag zu erhalten, hatte. Der Grund für diese Einschränkung liegt auf der Hand, nämlich die Verhinderung der Vereinbarung unerlaubter Ablösen auf diesem „Umweg“.

Bereits vor Ausschreibung der Gruppenpraxis hat der Seniorpartner der Ärztekammer alle nötigen Unterlagen zu übermitteln, damit den Bewerbern für die Nachfolgepraxis ein provisorischer Ablösepreis genannt werden kann.⁶⁰⁶

Jede Nachfolgepraxis wird von der Gebietskrankenkasse subventioniert. Eine weitere Subvention aus Valorisierungsmitteln wird seitens der Ärztekammer zur Verfügung gestellt. Mit dieser Subvention wird dem Kassenplanstelleninhaber eine Art „Gleitpension“ ermöglicht. Denn mit der Aufnahme des Juniorpartners kann der Seniorpartner der Gruppenpraxis seine Arbeitsleistung um etwa die Hälfte reduzieren, da gesamtvertraglich vorgesehen ist, dass die Patientenzahl unverändert zu bleiben hat.⁶⁰⁷ Aufgrund der Subventionierung kann er dabei aber etwa siebzig bis achtzig Prozent seines Einkommens halten.⁶⁰⁸

Das Modell bietet für Jungärzte die Chance, wesentlich früher in das Kassenarztsystem einzusteigen und dabei in etwa das Einkommen eines

⁶⁰⁵ *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, Arbeitsbehelf, 6 ff; *Wallner/Herdega/Hummelbrunner*, Standespolitik.

⁶⁰⁶ *Wallner/Herdega/Hummelbrunner*, Standespolitik.

⁶⁰⁷ Aus Stellenplangründen kann die Anzahl der Patienten in der Gruppenpraxis nicht erhöht werden und ist mit dem Durchschnitt der Anzahl der vom Kassenplanstelleninhaber im letzten Kalenderjahr betreuten Patienten begrenzt. Vgl *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, Arbeitsbehelf, 24, 37.

⁶⁰⁸ *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, Arbeitsbehelf, 2; *Wallner/Herdega/Hummelbrunner*, Standespolitik; *Langer*, Anwendungsprobleme des Gruppenpraxisrechts, 124, 163.

Spitalsarztes (ohne Nachdienste) zu lukrieren. Der Kassenstellennachfolger genießt ferner den Vorteil, dass er von seinem etablierten Vorgänger in der Übergangszeit in die Praxis eingeführt wird und ab dem ersten Tag nach Abschluss seines Kassenvertrages in einem voll betriebsfähigen und eingespielten Unternehmen ordinieren kann, dessen Kundenstock ihm nunmehr ebenfalls weitgehend bekannt ist. Er muss nicht erst in eine Wahlarztordination investieren und dann lange Zeit auf einen Kassenvertrag warten.⁶⁰⁹

Vertragsärzte können nach diesem mE gelungenen Nachfolgemodell ihre Praxis geregelt gegen Entgelt übergeben. Damit wird ein Anreiz geboten, bis zum Ende der vertragärztlichen Tätigkeit in die Ordination zu investieren. Dies ist ein wesentlicher Beitrag zur Qualitätssicherung, der nicht zuletzt der Versichertengemeinschaft zugute kommt.⁶¹⁰

4.3.4 Die Übergabe- und Nachfolgepraxis in Niederösterreich

4.3.4.1 Die Übergabep Praxis

Mitte 2006 wurde zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der österreichischen SozVTr eine Zusatzvereinbarung zum Gesamtvertrag vom 21.3.1994 betreffend die sog „Übergabep Praxis“ abgeschlossen.⁶¹¹ Da somit die in § 341 Abs 1 ASVG zwingend vorgesehenen Abschlussermächtigungen (Ärztekammer und Hauptverband) erfüllt sind,⁶¹² handelt es sich bei dieser Zusatzvereinbarung im Übrigen ebenso wie bei den

⁶⁰⁹ *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, Arbeitsbehelf, 2; *Ruhaltinger*, Praxisübergabe: Ablöse für die Praxis, *ärztemagazin* 37/2008
<http://www.aerztemagazin.at/dynasite.cfm?dssid=4169&dsmid=94536&dspaid=718208> (1.6.2009); *Wallner/Herdega/Hummelbrunner*, Standespolitik.

⁶¹⁰ Vgl auch *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, Arbeitsbehelf, 2.

⁶¹¹ Zusatzvereinbarung betreffend Übergabep Praxis vom 20.6.2006. Abzurufen unter <http://cms.arztnoe.at/cms/beitrag/1000921/105789/> (1.6.2009). Folgezitat: Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶¹² Vgl dazu *Mosler*, in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 186.

Gesamtverträgen um einen privatrechtlichen Vertrag, dem nicht nur schuldrechtliche, sondern normative Wirkung zukommt.⁶¹³

Mit dieser Vereinbarung wurde festgelegt, dass zur Sicherstellung der optimalen Versorgung und kontinuierlichen Betreuung der Anspruchsberechtigten sowie der faktischen und rechtlichen Sicherheit für die Vertragsärzte, die Nachbesetzung einer vakanten Kassenplanstelle für drei Jahre vorweggenommen werden kann.⁶¹⁴ Ein Vertragsarzt kann nunmehr mittels eingeschriebenen Briefes der Ärztekammer und der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse sein Interesse an einer Praxisübergabe bekannt geben; gleichzeitig muss er die Kündigung des Vertrags im Voraus aussprechen.⁶¹⁵ Er verpflichtet sich, seinem potenziellen Nachfolger einmal jährlich die für eine Bewertung der ärztlichen Ordination erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dies dient der Vorbereitung einer privatrechtlichen Vereinbarung einer möglichen Ordinationsübergabe. Um Grundlage für die Berechnung der Ordinationsablässe sein zu können, haben diese Unterlagen jedenfalls die letzten drei Jahresabschlüsse sowie ein aktuelles Anlagenverzeichnis für die Ordination zu beinhalten.⁶¹⁶

Da der Praxisübergeber seine Kündigung ausgesprochen hat, wird in weiterer Folge die Kassenplanstelle, die „Übergabepaxis“, gemäß den Richtlinien für die Auswahl von Vertragsärzten (Niederlassungsrichtlinien)⁶¹⁷ im Internet ausgeschrieben. Nach den Vorschriften der Niederlassungsrichtlinien

⁶¹³ Siehe zur Rechtsnatur des Gesamtvertrages ausführlich oben Punkt 2.2.1.2.

⁶¹⁴ Punkt I. Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶¹⁵ Vgl. hingegen die Regelung über die Stellennachfolge in Wien, wo der Einzelvertrag *ex contractu* in einen befristeten Vertrag umgewandelt wird, der mit dem Inkrafttreten des zwischen Gebietskrankenkasse und Planstellennachfolger abgeschlossenen Einzelvertrages schließlich automatisch endet. Siehe dazu oben Punkt 4.3.2.

⁶¹⁶ Punkt II. Zusatzvereinbarung NÖ. Dies impliziert, dass es zwingend zu einer privatrechtlichen Einigung kommen muss. So auch *Scholler*, in *Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich*, 47.

⁶¹⁷ Niederlassungsrichtlinien NÖ.

erfolgt sodann die Auswahl des Bestgereihten als potenziellem Nachfolger. Dieser wird dem Praxisübergeber bekanntgegeben.⁶¹⁸

Nun beginnt eine Kooperation zwischen dem Vertragsarzt und dem potenziellen Nachfolger, die während einer maximal dreijährigen Übergangsfrist fort dauert und schließlich nach deren Ablauf in die In-Vertragsnahme des Nachfolgers durch die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse mündet. Nach Ablauf eines Jahres kann die Übergabefrist gegebenenfalls verkürzt werden, dies jedoch nur bei Einverständnis beider Kooperationspartner. Die Gebietskrankenkasse hat in diesem Fall der Verkürzung der Kündigungsfrist des Übergebers zuzustimmen. Die Kooperation kann im Falle des Eintritts eines unvorhergesehenen Ereignisses, wie etwa schwerer Erkrankung eines Kooperationspartners, auch vorzeitig beendet werden.⁶¹⁹

Innerhalb des ersten Jahres müssen sich die Kooperationspartner entscheiden, ob sie die Übergabepaxis fortsetzen wollen. Diese Entscheidung ist wiederum mittels eingeschriebenen Briefes an die Ärztekammer und die Gebietskrankenkasse bekanntzugeben. Während dieser Zeit besteht für den Nachfolger auch die Möglichkeit, sich um andere ausgeschriebene Kassenplanstellen zu bewerben. Wird die Kooperation innerhalb des ersten Jahres beendet, kann der Übergeber neuerlich den Wunsch nach einer Praxisnachfolge bei der Ärztekammer und der Gebietskrankenkasse kundtun, wobei wieder eine Ausschreibung der Kassenplanstelle erfolgt und nach den Niederlassungsrichtlinien der bestqualifizierte, potenzielle Nachfolger ermittelt wird. Die dreijährige Übergabefrist wird währenddessen unterbrochen und mit dem neuen potenziellen Übernehmer der Kassenplanstelle fortgesetzt. Die Laufzeit der Übernahmepraxis ist aber jedenfalls mit drei Jahren begrenzt. Konnte nach zwei erfolgten Kooperationsversuchen keine Einigung zwischen dem Vertragsinhaber und einem Nachfolger erzielt werden, erfolgt jedenfalls eine neuerliche Ausschreibung der Kassenplanstelle und zwar spätestens nach Ablauf

⁶¹⁸ Punkt III. und IV. Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶¹⁹ Punkt V. Zusatzvereinbarung NÖ.

der dreijährigen Übergabefrist, somit ist eine Verlängerung der kassenvertragsärztlichen Tätigkeit des Übergebers nach dieser Frist nicht mehr möglich. Jeder Vertragsarzt hat daher die Möglichkeit zweimal eine Kooperation nach dem Übergabeprixmodell einzugehen.⁶²⁰

Der Bewerber, der im Ergebnis des Auswahlvorgangs benannt wird, wird in der Vereinbarung als der „potenzielle Nachfolger“ bezeichnet. Um eine definitive Bestellung handelt es sich offenbar nicht, sondern vielmehr um eine Art „Benennung“, die es dem potenziellen Nachfolger ermöglicht, mit dem Übergeber in Kooperation und in Verhandlungen zu treten und zu versuchen, einen Konsens über die Praxisübergabe zu finden. Innerhalb des ersten Jahres müssen sich die Kooperationspartner entscheiden; nach Ablauf der maximal dreijährigen Übergangsfrist kommt es allenfalls zur endgültigen In-Vertragnahme des potenziellen Nachfolgers durch den KVTr. Denn in der Zusatzvereinbarung NÖ heißt es lediglich, dass mit Beginn der Kooperation zwischen Kassenarzt und potenziellem Nachfolger eine mindestens einjährige und maximal dreijährige Übergangsfrist startet und dass *„nach deren Ablauf die Invertragnahme des oben genannten Nachfolgers durch die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse erfolgt“*.⁶²¹ Das Ergebnis der Ausschreibung einer Übergabeprix ist demnach noch nicht unmittelbar der Einzelvertragsabschluss, da der Abschluss des Vertrages mit dem potenziellen Nachfolger mE durch das Unterbleiben einer Meldung der Nichtfortsetzung der Kooperation im ersten Jahr aufschiebend bedingt ist.

Kritisiert wurde an dem Modell auch, dass es zwingend eine privatrechtliche Einigung zwischen den Kooperationspartner voraussetze. Dies sei in Bezug auf die Rspr des Obersten Gerichtshofes unzulässig.⁶²² Die zwingende Anwendung der Reihungsrichtlinien im Vorfeld stellt aber mE ausreichend sicher,

⁶²⁰ Punkt VI. bis VII. Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶²¹ Punkt V. erster Satz Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶²² Scholler, in Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich, 47. Ein Widerspruch wird offenbar zu den Entscheidungen des OGH vom 11.7.2001, 7 Ob 299/00x und vom 5.8.2003, 7 Ob 165/03w gesehen.

dass potenzieller Nachfolger nur der fachlich bestqualifizierte Bewerber sein kann.

Für den Bewerber (im Übrigen auch für den Übergeber) ist ungewiss, ob das Ereignis eintritt, das die Rechtswirkungen des Einzelvertrages in Kraft setzt; dies ist das Wesen einer Bedingung, denn wäre der Eintritt des Ereignisses gewiss, so läge eine Befristung und keine Bedingung vor.⁶²³ Da diese Ungewissheit aber über einen durchaus überschaubaren Zeitraum - nämlich längstens für die ersten zwölf Monate der Kooperation - besteht und spätestens dann eine Entscheidung feststehen muss,⁶²⁴ ob der potenzielle Nachfolger zum *definitiven* Nachfolger wird, tut dies der Rechtmäßigkeit dieses Übergabemodells mAn keinen Abbruch.

4.3.4.2 Das Gruppenpraxismodell „Nachfolgepraxis“

Das Modell der Übergabepaxis läuft nunmehr aus. Stattdessen sieht der zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der SozVTr abgeschlossene und erst Anfang April 2009 in Kraft getretene Gruppenpraxis-Gesamtvertrag als eine Form der Zusammenarbeit das Modell „Nachfolgepraxis“ vor.⁶²⁵

Wie im Fall der oberösterreichischen Regelung bestehen auch in Niederösterreich vier Gruppenpraxismodelle, wobei ein Modell die Gruppenpraxis zur Nachfolgeregelung („Nachfolgepraxis“) ist.⁶²⁶ Der Seniorpartner teilt sich dabei kurz vor der Beendigung der vertragsärztlichen Tätigkeit die Vertragsarztstelle mit einem Juniorpartner. Intention der Zusammenarbeit ist der sukzessive Rückzug des Seniorpartners und ein

⁶²³ Vgl dazu etwa *Schrammel*, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), *Arbeitsrecht II*⁶, 37.

⁶²⁴ Punkt VII. Zusatzvereinbarung NÖ.

⁶²⁵ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag vom 1.4.2009. Abzurufen unter http://cms.arztnoe.at/cms/dokumente/1004349_100317/d5feae3a/Gruppenpraxen_GP.pdf (1.6.2009).
Folgezitat: NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009.

⁶²⁶ Vgl § 3 Abs 2 NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009.

geordneter Übergang des Einzelvertrages auf den Juniorpartner. Zum Zeitpunkt des Endes der Nachfolgepraxis erlangt der Juniorpartner einen Einzelvertrag.⁶²⁷

Die Voraussetzung für die Gründung einer Nachfolgepraxis ist lediglich ein seit mindestens fünf Jahren aufrechtes Vertragsverhältnis des Seniorpartners zum KVTr. Der Seniorpartner muss seinen Einzelvertrag zum vorgesehenen Endzeitpunkt der Nachfolgepraxis kündigen,⁶²⁸ während der Laufzeit der Nachfolgepraxis ruht der Vertrag. Ferner muss der Seniorpartner eine verbindliche Bereitschaftserklärung abgeben, mit dem nach einer Ausschreibung ausgewählten Partner eine Gruppenpraxis zu gründen.⁶²⁹ Mit der Nachfolgepraxis wird der Einzelvertrag auf maximal ein Jahr befristet abgeschlossen und endet durch Ablauf der Zeit, mit dem der Juniorpartner dann den Einzelvertrag für seine Ordination erhält.⁶³⁰

Der Auswahlprozess ist wiederum in speziellen Niederlassungsrichtlinien⁶³¹ für die Gruppenpraxen geregelt. Mit der Ausschreibung des Juniorpartner-Anteils einer Nachfolgepraxis ist auch der nach Beendigung der Nachfolgepraxis zu vergebende Einzelvertrag auszuschreiben. Es ist eine zeitgleiche Bewerbung für den Juniorpartner-Anteil und den Einzelvertrag erforderlich.⁶³² Grundsätzlich erfolgt die Bewertung der Bewerber nach den Kriterien der §§ 7 ff der Niederlassungsrichtlinien NÖ teambezogen. Die Punkte des Seniorpartners werden automatisch mit Null festgelegt.⁶³³ Bei der Auswahl ist dem bisherigen Vertragsarzt ein Recht zur Stellungnahme einzuräumen, wenn

⁶²⁷ § 3 Abs 2 Zif 4 NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009.

⁶²⁸ Vgl hingegen die Regelung über die Stellennachfolge in Wien, wo der Einzelvertrag *ex contractu* in einen befristeten Vertrag umgewandelt wird, der mit dem Inkrafttreten des zwischen Gebietskrankenkasse und Planstellennachfolger abgeschlossenen Einzelvertrages schließlich automatisch endet. Siehe dazu oben Punkt 4.3.2.

⁶²⁹ § 4 Abs 2 Zif 4 NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009.

⁶³⁰ §§ 9 Abs 6, 42 Abs 1 Zif 4 und 5 NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009. Siehe dazu auch die Ausführungen zur Befristung von Einzelverträgen oben Punkt 2.2.2.4.

⁶³¹ Gesamtvertragliche Vereinbarung betreffend Richtlinien für die Auswahl der Vertrags-Gruppenpraxen und der Vertrags-Gruppenpraxen-Gesellschafterinnen-/Gesellschafterstellen (Niederlassungsrichtlinien) vom 17.12.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger. Folgezitat: NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

⁶³² § 5 Abs 7 NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

⁶³³ § 6 Abs 1 und 2 NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

Bedenken bestehen, dass der Versorgungsauftrag durch den Bewerber erfüllt werden kann. Diese Bedenken sind zu begründen.⁶³⁴ Grundsätzlich ist ein Hearing durchzuführen, wenn die Punktezahl der Bewerber innerhalb einer Bandbreite von 5 % bezogen auf die Punkteanzahl des Erstgereihten liegt.⁶³⁵ Im Falle Gruppenpraxis soll aber offenbar jedenfalls ein Hearing stattfinden, denn die NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis sehen vor, dass der bisherige Vertragsarzt von der Ärztekammer informiert wird, sobald die Kandidaten feststehen. Der Übergeber hat sodann eine Stellungnahme zu den Kandidaten einzubringen, die diesen weitergeleitet wird. Die Bewerber können sich entweder vor oder während des Hearings bzw Vorstellungsgesprächs zur Stellungnahme des Seniorpartners äußern. Sind die vorgebrachten Gründe objektiv nachvollziehbar und teilt die Hearingkommission die erheblichen Bedenken, dass der Versorgungsauftrag durch den Bewerber erfüllt werden kann, so kann der betreffende Bewerber abgelehnt werden.⁶³⁶

Von einer Ordinationsablöse ist nirgendwo die Rede, aber auch in Niederösterreich gibt es eine finanzielle Abgeltung. Die praktizierte Bewertungsmethode ist ähnlich der beschriebenen „*Wiener Methode*“, allerdings werden als Praxiswert für eine Ordination eines Allgemeinmediziners 30 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes der letzten drei Jahre herangezogen.⁶³⁷ Dieser Wert versteht sich schon inklusive Inventar; es handelt sich hier also um eine Art Pauschalbewertung.⁶³⁸

Das Übergabe- bzw Nachfolgemodell hat mAn viele Vorteile und zwar für alle Beteiligten. Bei der Übergabepaxis wurde die Möglichkeit des Übergebers, den von der Ärztekammer vorgeschlagenen, potenziellen Nachfolger abzulehnen und mit einem neuen Bewerber die Übergabepaxis fortzusetzen, vielfach

⁶³⁴ § 7 NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

⁶³⁵ § 12 Abs 1 Niederlassungsrichtlinien NÖ.

⁶³⁶ § 7 NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

⁶³⁷ Vgl *Scholler*, in *Reisner/Dihlmann*, (Wahl)Arzt in Österreich, 41.

⁶³⁸ *Morawetz*, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 5.

kritisiert.⁶³⁹ Vor allem deshalb, weil nach dem Wortlaut der Zusatzvereinbarung NÖ kein Grund für das Scheitern der Kooperation angegeben werden muss. Nahe liegt aber die Vermutung, dass das Scheitern zumeist durch eine mangelnde finanzielle Einigung zwischen den Kooperierenden bedingt sein wird. Ist der Unternehmer nicht bereit oder finanziell nicht imstande, den geforderten Betrag zu zahlen, kann ihn der präsumtive Übergeber im Ergebnis ohne nähere Begründung ablehnen und bekommt eine „zweite Chance“ mit dem neuen Bewerber.

Wie erwähnt läuft das Modell Übergabepaxis nun ohnehin aus. Diese Problematik konnte mE zwar durch die Neuregelung der Nachfolgepraxis im NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009 etwas entschärft werden, da nun zumindest die Hearingkommission mitentscheidet, wenn ein Bewerber abgelehnt werden soll. Die Regelung des § 7 der NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis ist mE nicht nur wirr, sondern auch immer noch lückenhaft. Im Falle der Nachfolgepraxis soll offenbar *stets* die Kommission beigezogen werden, indem vor dieser ein Vorstellungsgespräch stattzufinden hat.⁶⁴⁰ Ausdrücklich ist eine zwingende Befassung der Hearingkommission aber nicht geregelt – sei es gewollt oder ungewollt. Insofern besteht hier mAn noch Klarstellungs- bzw erneut Regelungsbedarf.

Wie bereits angesprochen, finden sich weder im neuen NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009, noch in den NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis Vorschriften betreffend eine Ordinationsablöse. Die Gesamtvertragsparteien machen um dieses brisante Thema offenbar einmal mehr einen „großen Bogen“ - fatal, denn die Ablöse dürfte mE häufig der wahre Grund der Ablehnung eines Bestqualifizierten sein. Es sollte daher in Erwägung gezogen werden, ähnlich dem oberösterreichischen Modell der Nachfolgepraxis, die Rahmenbedingungen für die Ermittlung der Höhe der Ablöse in einer

⁶³⁹ Vgl etwa den Artikel in der Zeitschrift Medical Tribune 29/2006, <http://www.medical-tribune.at/dynasite.cfm?dsmid=74635&dspaid=581412> (1.6.2009).

⁶⁴⁰ Vgl dazu die mE wesentlich klarere Regelung für das oberösterreichische Nachfolgemodell, wo dem Seniorpartner ein Vetorecht bei besonders schwerwiegenden Einwänden gegen die Person des Erstgereihten zusteht. Die Beiziehung der Hearingkommission ist für diesen Fall zwingend vorgesehen – sie entscheidet, ob die Einwände berechtigt sind oder nicht. Vgl *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf*, 6.

Vereinbarung zwischen Ärztekammer und KVTr festzulegen.⁶⁴¹ Andernfalls wird es mE weiterhin möglich sein, aufgrund überhöhter Ablöseforderungen den Kassenvertrag letztlich einem schlechter gereihten und weniger qualifizierten Bewerber zukommen zu lassen und so die entsprechenden Bestimmungen des ASVG, der Reihungskriterien-VO und der Richtlinien zu umgehen.

4.3.5 Eigene Beurteilung

Zunächst möchte ich in Erinnerung rufen, dass Kassenvertragsärzte zu einem geringeren Tarif tätig werden, dem KVTr berichtspflichtig sind und darüberhinaus dem KVTr ein Aufsichts- und Kontrollrecht zukommt. Insbesondere ihre Verschreibungen unterliegen im Hinblick auf eine ökonomische Verschreibweise einer besonderen Kontrolle durch den KVTr.⁶⁴² Kassenärzte tragen wesentlich zur flächendeckenden medizinischen Versorgung der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen bei. Sie ermöglichen dem sozialversicherungsrechtlichen Sachleistungsprinzip entsprechend eine medizinische Versorgung der Versicherten, ohne diese mit hohen Kosten zu belasten. Der Umsetzung dieser Ziele dienen die Einrichtung, der Aufbau und die Erhaltung eines funktionierenden Ordinationsbetriebes als Kassenplanstelle. Dementsprechend kann es sozusagen als Ausgleich auch nur sachgerecht sein, dass ihnen dieser Aufwand bei Abgabe und Neuübernahme der Kassenplanstelle abgegolten wird.

Die Übernahme der an der bisherigen Kassenplanstelle betriebenen Ordination ist gegenüber den Auswahlkriterien kein zwingendes Erfordernis für den Abschluss eines Kassenvertrages, sondern hat nur zu erfolgen, sofern diese unter angemessenen, gerechtfertigten Bedingungen möglich ist. Der Bewerber um einen Kassenvertrag ist nur dann zur Übernahme verpflichtet, wenn er als

⁶⁴¹ Siehe zu diesem Modell oben Punkt 4.3.3.

⁶⁴² OLG Wien 24.11.2005, I R 213/05h. *Kopetzki*, RdM 1996, 175; *Krejci*, SozSi 1988, 302.

Gegenleistung für die Zahlung des Übernahmepreises auch entsprechende Sachwerte erhält.

Was bei der Diskussion um die Zulässigkeit der Bezahlung einer Ordinationsablöse allgemein und die Berechnung des angemessenen Preises im Speziellen mE auf keinen Fall vergessen werden darf, ist das Faktum, dass das ASVG eine Pensionsregelung im herkömmlichen Sinne für niedergelassene Ärzte nicht vorsieht. Von den Spezialfällen der Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem KVTr und dem Arzt (etwa strafrechtliche Verurteilung, Auflösung des KVTr, etc)⁶⁴³ abgesehen, wird das Kassenvertragsverhältnis in aller Regel nur durch den Tod des Kassenarztes oder durch die Aufkündigung seitens des Arztes nach § 342 Abs 4 ASVG⁶⁴⁴ beendet.

Die am Ende der kassenärztlichen Tätigkeit zu erwartende Abgeltung der Aufwendungen ist zudem wichtiger Anreiz für Kassenvertragsärzte, die Kassenplanstelle bis zuletzt ordnungsgemäß zu führen. Wird die Leistung einer Ordinationsablöse für unzulässig erkannt, so fällt jegliche Motivation des „alternden Kassenarztes“ weg, in den letzten Jahren seiner Tätigkeit in die Ordination zu investieren, diese bis zuletzt auf hohem wissenschaftlichen, technischen und organisatorischen Niveau zu betreiben und schließlich wohlgeordnet zu übergeben. Resultat wären technisch völlig veraltete Ordinationen einerseits und eine Überalterung der Ärzteschaft andererseits, da der finanzielle Anreiz, den Kassenvertrag zu kündigen durch Wegfall der Ordinationsablöse ebenso entfiel. Dies kann jedoch nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der ja durch den Abschluss der Einzelverträge die ausreichende Versorgung des versicherten Personenkreises sichergestellt haben möchte.⁶⁴⁵ Dass diese Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung in qualitativer Hinsicht durch überaltete Kassenärzte, die in nicht mehr dem

⁶⁴³ Vgl § 343 Abs 2 ASVG. Siehe zu den Beendigungsarten eingehend auch oben Punkt 2.2.2.3.

⁶⁴⁴ Siehe dazu eingehend auch oben Punkt 2.2.2.3. Das Vertragsverhältnis kann nach § 342 Abs 4 ASVG von beiden Teilen jederzeit unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ende des Kalendervierteljahres gekündigt werden.

⁶⁴⁵ § 338 Abs 2 ASVG.

aktuellen Stand der Technik entsprechenden Arztpraxen praktizieren, erreicht werden kann, wage ich zu bezweifeln.

Schließlich ist nicht außen vor zu lassen, dass für die Kassenpatienten des den Kassenvertrag kündigenden Arztes möglichst keine Veränderungen eintreten sollen, wofür die Beibehaltung der bisherigen Ordination am bestehenden Standort zweifelsohne eine wichtige praktische Voraussetzung ist.

Wünschenswert wäre jedenfalls eine Regelung der Ordinationsablöse durch den Gesetzgeber im ASVG. Denn diese Entscheidung den Gesamtvertragsparteien zu überlassen, scheint auf Dauer nicht zielführend. Insbesondere die Ärztekammern sind mit der Regelung dieser äußerst heiklen Frage insofern überfordert, als sie als Interessenvertretung der Ärzteschaft ja sowohl die Interessen des Übergebers, einen möglichst hohen Preis für seine Ordination zu bekommen, als auch jene des Übernehmers, realistisch finanzierbar in die Selbständigkeit eintreten zu können, vertreten und berücksichtigen müssen. Diesem Interessenkonflikt anders als durch eine einheitliche Lösung im ASVG Herr zu werden, wird mAn schwierig.

5 Die Rechtmäßigkeit von Auswahlkriterien

Zur Rechtmäßigkeit einiger der derzeit angewandten Auswahlkriterien habe ich bereits oben ausführlich Stellung genommen.⁶⁴⁶ Generell ist die Meinung, ein Kassenvertrag werde ohnehin *nur* an den Nachkommen eines Ordinationsinhabers weitergegeben, immer noch weit verbreitet. Tatsächlich aber werden für ein bestehendes Verwandtschaftsverhältnis von keiner Ärztekammer mehr Punkte vergeben oder ein solches sonst bei der Reihung oder Vergabe des Kassenvertrages durch den KVTr berücksichtigt. Der Oberste Gerichtshof hat zu diesem heiklen Thema mit seiner Entscheidung 7 Ob 299/00x⁶⁴⁷ uA Stellung bezogen; die Entscheidung wurde nicht nur unter Juristen viel diskutiert und hat

⁶⁴⁶ Siehe dazu oben Punkt 4.2.

⁶⁴⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x = JBl 2002, 36 = RdM 2002/1.

einen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung und Funktionsfähigkeit des Kassenarztmodells geleistet.⁶⁴⁸ Sie soll daher im Nachfolgenden detaillierter dargestellt werden.

Inhaltlich war das Höchstgericht in dieser Sache mit einzelnen Kriterien der damals aktuellen Richtlinie für die Vergabe von Kassenplanstellen in Niederösterreich⁶⁴⁹ befasst. Der Niederösterreichischen Ärztekammer wurde vorgeworfen, bei ihrer gesetzlich geforderten Beteiligung am Auswahlverfahren, der Reihung sachlich nicht gerechtfertigte Kriterien zugrunde zu legen. Es stellte sich die Frage, ob die Vergabe von Kassenplanstellen aufgrund von bestimmten Reihungsrichtlinien den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verletzt.

Im der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich eine Ärztin um eine Kassenplanstelle in Niederösterreich beworben und war nach Punktevergabe entsprechend den Reihungskriterien grundsätzlich jene Bewerberin mit der höchsten Punkteanzahl. Die Richtlinien enthielten aber auch das Kriterium *„privatrechtliche vorvertragliche Einigung mit dem Praxisvorgänger bzw. Bereitschaftserklärung zur Leistung des von der Kommission festgestellten Bewertungsbetrages an den bisherigen Praxisinhaber“*. Da sich die Klägerin mit der Praxisvorgängerin nicht auf eine Ordinationsübernahme vorvertraglich einigen konnte und diese Einigung im Punkteschema mit 8 Punkten relativ hoch bewertet wurde, wurde letztlich ein anderer Bewerber vorgezogen, der zwar sonst weniger Punkte erreicht hatte, sich jedoch mit der Vorgängerin vorvertraglich einigen konnte.

Die Bewerberin klagte die Niederösterreichische Ärztekammer auf Unterlassung der Anwendung der diskriminierenden Punktevergabekriterien. Sachlich nicht gerechtfertigt sei nämlich neben der *„privatrechtlichen vorvertraglichen Einigung mit dem Praxisvorgänger bzw. Bereitschaftserklärung zur Leistung des von der Kommission festgestellten Bewertungsbetrages an den*

⁶⁴⁸ So *Schrammel*, ZAS 2002/8. Vgl etwa auch den Bericht in der Zeitschrift *Profil*, Ausgabe 41 vom 8.10.2001, 44 ff.

⁶⁴⁹ Richtlinien für die Vergabe von Kassenplanstellen in Niederösterreich vom 10.12.1997 (Stand zum 1.1.1998).

bisherigen Praxisinhaber“ auch noch das Kriterium des „örtlichen Bezuges (Wohnsitz oder Dienstort oder Berufssitz in Niederösterreich in den letzten fünf Jahren der Niederlassung und Nachweis durch Vorlage von Meldezetteln)“ und das Reihungskriterium der „Nachfolge innerhalb der Familie in direkter Linie (Adoption mindestens fünf Jahre vor Bewerbungszeitpunkt)“. Der Oberste Gerichtshof gab der Klage in enger Anlehnung an die hM statt.

Zunächst bestätigte der Oberste Gerichtshof die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und nahm dabei Bezug auf Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes, der bereits ausgesprochen hatte, dass die zwischen den Ärztekammern und dem Hauptverband der SozVTr abgeschlossenen Gesamtverträge dem Privatrecht zugehören.⁶⁵⁰ Demnach sei die Ausübung des in einem solchen Gesamtvertrag vorgesehenen Vorschlagsrechtes der Ärztekammern ebenfalls ein dem Privatrecht zuzuzählender Akt.⁶⁵¹ Einhellig werde auch in der Lehre die Ansicht vertreten, dass sowohl Einzelvertrag, als auch Gesamtvertrag Institute des Privatrechts sind und damit auch die Vertragsarztauswahl dem Privatrecht zuzurechnen ist.⁶⁵² Mangels einer angeordneten verwaltungsbehördlichen Sonderkompetenz sind daher nach der höchstrichterlichen Rspr Streitigkeiten um die Kassenzarztauswahl und -zulassung gemäß § 1 JN vor den ordentlichen Gerichten im Zivilrechtsweg auszutragen.⁶⁵³

Zum Kriterium des „örtlichen Bezuges“ sprach der Oberste Gerichtshof aus, dass die Vergabe von Punkten für einen örtlichen Bezug aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bedenklich sei, da Art 52 EGV⁶⁵⁴ Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Bürgern der Europäischen Union verbiete.⁶⁵⁵ Andererseits sei die Heranziehung eines örtlichen Bezuges als sachliches

⁶⁵⁰ VfGH 24.2.1997, V 49/96, V 50/96 = VfSlg 14.740; 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414.

⁶⁵¹ VfGH 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414.

⁶⁵² Statt vieler *Mosler*, DRdA 1996, 430ff; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 149, 164.

⁶⁵³ So auch schon *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 55.

⁶⁵⁴ Nunmehr Art 43 EGV.

⁶⁵⁵ *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Wallner*, RdM 1999, 67; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 153.

Differenzierungskriterium an sich schon fragwürdig.⁶⁵⁶ Als möglicher sachlicher Grund für die Bewertung eines örtlichen Bezuges wurde von der beklagten Ärztekammer für Niederösterreich angeführt, dass die Patientenzufriedenheit von einem Arzt gefördert werde, der seinen Sitz in der Nähe der künftigen Ordinationsstätte habe, zumal er auch außerhalb der Ordinationszeiten in dringenden Fällen erreichbar und mit dem sozialmedizinischen Umfeld der Region vertraut sei. Auf dieses Argument war nach der Ansicht des Höchstgerichts aber schon deshalb nicht einzugehen, weil damit kein örtlicher Bezug zur späteren Ordinationsstätte gefordert werde, sondern lediglich der Bezug zum Bundesland. Es sei damit das örtliche Naheverhältnis wie oben dargestellt ohnehin nicht gewährleistet. Zudem sei es durchaus auch möglich, dass ein Arzt aus einem angrenzenden Bundesland rein aufgrund der regionalen Nähe mit dem Umfeld des Patienten weit besser vertraut und allenfalls sogar besser erreichbar ist, als ein sonst im Bundesland ansässiger Arzt.⁶⁵⁷ Im Übrigen erfülle bereits die Begründung eines Wohnsitzes irgendwo im Großraum des Landes Niederösterreich das fragliche Kriterium, und zwar auch ohne Entfaltung einer ärztlichen Tätigkeit. Eine im Interesse der Versicherten liegende, objektiv fachlich bessere Eignung eines in Niederösterreich ansässigen Kandidaten, wie es von den Richtlinien der niederösterreichischen Ärztekammer gefordert wird, sei demnach nicht zu erkennen. Das Auswahlkriterium wurde vom Obersten Gerichtshof als sachlich nicht gerechtfertigt beurteilt. Die Unzulässigkeit der Anwendung des Kriteriums des örtlichen Bezuges gelte sowohl für unmittelbare Diskriminierungen nach europarechtlichen Bestimmungen (Bevorzugung österreichischer Staatsbürger, Zusatzpunkte für Geburt in Österreich, etc), als auch für mittelbare Diskriminierung (Wohnsitzkriterien, die nicht unmittelbar nach der Staatsbürgerschaft unterscheiden).

Offengelassen hat der Oberste Gerichtshof allerdings, ob ein tatsächliches örtliches Naheverhältnis auch als Reihungskriterium ausgeschlossen ist, weil dies bei einer Bezugnahme lediglich auf das Bundesland (wie dies bei den geprüften

⁶⁵⁶ *Wallner*, RdM 1999, 67; *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51.

⁶⁵⁷ So auch *Wallner*, RdM 1999, 67.

niederösterreichischen Richtlinien der Fall war) jedenfalls nicht gegeben ist. Nach Ansicht *Moslers*⁶⁵⁸ wird ein solches Kriterium nur zulässig sein, wenn dieses erstens genau auf die örtliche Nähe hin definiert ist; er schlägt hier vor, etwa die bisherige Tätigkeit in der Gemeinde oder in einem bestimmten Umkreis heranzuziehen. Zweitens kommt es seiner Meinung nach überhaupt nur in jenen Fachrichtungen in Betracht, in denen ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten eine Rolle spielt. Dieses Kriterium für die Reihung von Bewerbern um Planstellen für Allgemeinmedizin festzulegen, sei eher gerechtfertigt, als für bestimmte Vertragsfacharztstellen; *Mosler* nennt hier etwa Laborärzte oder Radiologen, die ja grundsätzlich eher diagnostische Tätigkeiten ausüben und kaum Patientenkontakt haben. Im Verhältnis zur Gesamtpunkteanzahl dürfe einem solchen Kriterium aber auch in diesem Fall nur eine geringfügigere Punktezahl zugeordnet werden.

Die „*Nachfolge innerhalb der Familie in direkter Linie*“ wurde mit 20 von 53 möglichen Punkten besonders hoch bewertet. Betreffend dieses Auswahlkriterium folgte der Oberste Gerichtshof in seiner Beurteilung dem überwiegenden Teil der Lehre⁶⁵⁹, welche die Privilegierung von Verwandten bei der Vergabe von Kassenverträgen schon länger als nicht im öffentlichen Interesse und damit als nicht sachlich gerechtfertigt ablehnte. Lediglich *Mosler*⁶⁶⁰ sieht das Auswahlkriterium bloß als „*nicht unbedenklich*“ an, denn aufgrund einer Nachfolge innerhalb der Familie gehe die Übertragung eines Kassenvertrages einschließlich der ausgestatteten und eingeführten Praxis (dh eines Patientenstocks) immerhin problemfreier vonstatten. Auch er führt aber schließlich aus, dass als Folge der Berücksichtigung eines derartigen Kriteriums ein fairer Wettbewerb und die Berücksichtigung von Erfahrung und Qualifikation nicht mehr möglich seien, was auch für die Versicherten von Nachteil sein könne.

⁶⁵⁸ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 414.

⁶⁵⁹ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 54; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 153, 165.

⁶⁶⁰ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 266.

Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass in der Nachfolge innerhalb der Familie eine bessere fachliche Qualifikation des Arztes nicht zu erkennen sei. Obwohl auch eine Adoption mindestens fünf Jahre vor dem Bewerbungszeitpunkt gleichgestellt wird, könne dieses Kriterium willentlich von einem Bewerber nicht erfüllt werden. Denn auch die Adoption scheide in Wahrheit aus, da eine solche aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht gefördert werden solle. Der Einwand der beklagten Ärztekammer, man wolle den Wert der Ordination erhalten, sei rein wirtschaftlicher und nicht sachlicher Natur im Sinne der Such des am besten geeigneten Kandidaten: *„Die Beklagte versucht auf diese Art und Weise etwas zu erreichen, von dem sie selbst einräumt, dass dies nicht möglich sei, nämlich eine wirtschaftliche Art der ‚Weitergabe eines Kassenvertrages‘ an den Nachfolger. Von der Verletzung des Grundrechts auf Eigentum kann gar keine Rede sein, da ja das Eigentum des Vorfahren nicht geschmälert wird. Er bleibt Eigentümer und kann seine Rechte auf seine Nachkommen übertragen. Der Kassenvertrag ist aber kein gesondertes, umlauffähiges und übertragbares Vermögensrecht und steht nicht im Eigentum eines Arztes. Der Oberste Gerichtshof verkennt dabei nicht, dass wirtschaftlich gesehen natürlich der Kassenvertrag eine unverhältnismäßig größere Anzahl von Patienten sichert. Der Kundenstock hängt unmittelbar mit dem Bestehen von Kassenverträgen zusammen, die der veräußernde Arzt aber nicht übertragen kann. Diese Problematik ist eine Auswirkung der Beschränkung des Zugangs der Ärzte zu Einzelverträgen, die nicht im Umweg über das Auswahlverfahren - weil es kein fachspezifisches Kriterium im Interesse der Versicherten ist - gemildert werden kann.“*⁶⁶¹

Die niederösterreichischen Richtlinien sahen weiters vor, dass sofern eine vorvertragliche privatrechtliche Einigung mit dem Praxisvorgänger erzielt bzw die Bereitschaft erklärt wurde, den von der Schlichtungskommission festgestellten Bewertungsbetrag an den bisherigen Praxisinhaber zu leisten, 8 Punkte vergeben werden können. Obwohl dies rein theoretisch von jedem Bewerber erfüllt werden könne, hegte das Höchstgericht erhebliche Bedenken gegen dessen sachliche

⁶⁶¹ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

Rechtfertigung.⁶⁶² Es solle durch den Nachweis der Erfüllung des Kriteriums nämlich nicht etwa ein bestimmter Standard einer Ordination eines Kassenarztes sichergestellt werden, sondern lediglich die Bezahlung eines vereinbarten oder von der Schlichtungskommission festgesetzten Betrages an den Praxisinhaber und Vorgänger.⁶⁶³ Auch dieses Kriterium sei damit sachlich nicht gerechtfertigt, weil es über die spezifische fachliche Qualifikation des Bewerbers nichts aussage und nur die Interessen des Praxisvorgängers schütze.

Alle drei geprüften Reihungskriterien, also die privatrechtliche vorvertragliche Einigung mit dem Praxisvorgänger zur Leistung des von der Schlichtungskommission festgestellten Bewertungsbetrages an den bisherigen Praxisinhaber, der örtliche Bezug und die Nachfolge innerhalb der Familie, sah der Oberste Gerichtshof als sachlich nicht gerechtfertigt an. Die beklagte Ärztekammer verstieß daher mit den von ihr zur Anwendung gebrachten inkriminierten, sachlich im Sinne des § 342 ASVG nicht gerechtfertigten Auswahlkriterien gegen den für sie geltenden Gleichheitsgrundsatz. Wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB hafte sie daher für daraus entstehende Schäden. Aus der drohenden Rechtsverletzung resultiere ein Unterlassungsanspruch der klagenden Bewerberin gegen die beklagte Ärztekammer hinsichtlich der Anwendung dieser Auswahlkriterien anlässlich zukünftiger Reihungen. Die Ärztekammer wurde daher schuldig gesprochen, die genannten Reihungskriterien für den Fall der Bewerbung der Klägerin um eine freie Kassenvertragsstelle zu unterlassen, sodass diese bei dem an den SozVTr zu erstattenden Vorschlag unberücksichtigt bleiben.⁶⁶⁴

⁶⁶² *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 53; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 166.

⁶⁶³ Siehe zur Stellennachfolge und Ordinationsablöse im Detail oben Punkt 4.3.

⁶⁶⁴ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

6 Der Rechtsschutz

Festzuhalten ist, dass weder das ASVG, noch die Reihungskriterien-VO⁶⁶⁵, noch die gesamtvertraglich vereinbarten Reihungsrichtlinien^{666, 667} einem Bewerber um eine ausgeschriebene Planstelle einen Rechtsanspruch auf den Abschluss eines Einzelvertrages einräumen.⁶⁶⁸ Auch der Verfassungsgerichtshof lehnt einen Rechtsanspruch vor allem aufgrund eines Vergleiches von § 343 ASVG mit § 343a Abs 2 ASVG ab, der ausdrücklich einen Rechtsanspruch auf Abschluss eines Einzelvertrages für Jugendlichen- und Vorsorge(Gesunden)untersuchungen vorsieht, während ein vergleichbarer Rechtsanspruch in § 343 ASVG fehlt.⁶⁶⁹

6.1 Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte

Die Paritätische Schiedskommission kann nur zur Schlichtung von Streitigkeiten aus bestehenden Einzelvertragsverhältnissen angerufen werden, wobei lediglich die Parteien eines Einzelvertrages antragsberechtigt sind.⁶⁷⁰ Mittels historisch-teleologischer Interpretation wird die Antragslegitimation auf jeden erstreckt, der entweder als Vertragspartner, Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger einen Direktanspruch aus dem Einzelvertrag oder als

⁶⁶⁵ BGBl. II Nr. 487/2002.

⁶⁶⁶ § 343 Abs 1 ASVG iVm § 5 Abs 2 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83.

⁶⁶⁷ Siehe zu all diesen Rechtsgrundlagen sogleich oben Punkt 4.1.1.

⁶⁶⁸ VfGH 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414. In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 11.7.2001, 7 Ob 299/00x verwies dieser lediglich auf die Lehrmeinungen, äußerte sich aber direkt zu diesem Thema. Vgl auch *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 416; *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 56 f; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 168.

⁶⁶⁹ VfGH 6.6.2006, B 367/06 = VfSlg 17.824 = SSV-NF 20/B 4.

⁶⁷⁰ § 344 Abs 1 ASVG. Siehe dazu eingehend oben Punkt 2.2.2.6.1.

Vertragspartner einen Anspruch in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag geltend machen will.⁶⁷¹

Die Zuständigkeit der Paritätischen Schiedskommission erstreckt sich jedoch nicht auf die Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Rechtssubjekten, die nicht Vertragspartner eines Einzelvertrages sind.⁶⁷² Streitigkeiten hinsichtlich der Auswahl eines Bewerbers um einen Einzelvertrag sind aufgrund der Einordnung in das Privatrecht und mangels verwaltungsbehördlicher Sonderkompetenz⁶⁷³ gemäß § 1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten auszutragen.⁶⁷⁴

Lediglich die Anfechtung eines Einspruches gegen die geplante Gründung einer Vertragsgruppenpraxis durch zwei oder mehrere Vertragsärzte bzw die Aufnahme eines weiteren Vertragsarztes als Gesellschafter einer bestehenden Vertragsgruppenpraxis hat bei der Paritätischen Schiedskommission zu erfolgen,⁶⁷⁵ was jedoch insofern keiner besonderen Erwähnung im Gesamtvertrag bedurft hätte, als hier ja bereits ein Zusammenhang mit einem Einzelvertrag besteht.⁶⁷⁶ Antragsberechtigt sind in diesem Falle ja ebenfalls nur die Vertragsärzte bzw die Vertragsgruppenpraxis.

Nahe liegt auch die Assoziation, die Vergabe des Kassenvertrages mit den Mitteln des Vergaberechts einer nachprüfenden Kontrolle zu unterziehen. Die Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts und damit des vergaberechtlichen

⁶⁷¹ OGH 11.7.1990, 2 Ob 54/90; 28.10.1997, 1 Ob 329/97g. Letztere mit Verweis auf die Materialien zur 48. Novelle zum ASVG, aus denen als Anwendungsfall etwa Schadenersatzstreitigkeiten und das Verfahren über ein Vertragserlöschten hervorgeht. Vgl RV 1098 BlgNR XVII.GP., 17.

⁶⁷² OGH 10.12.1997, 9 ObA 387/97w = DRdA 1998, 360 = SZ 70/259; LBK Wien 9.10.2003, SSV-NF 17/B 3; LBK Wien 9.10.2003, SSV-NF 17/B 2; LBK Wien 22.12.2003, SSV-NF 17/B 5.

⁶⁷³ So auch *Mosler*, DRdA 1996, 437.

⁶⁷⁴ Vgl OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; VfGH 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414; LBK Wien 9.10.2003, SSV-NF 17/B 3. *Krejci*, ZAS 1989, 109; *Krejci*, Kassenärzte, 13; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 55 f; *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 56; *Schneider*, Ärztliche Ordinationen und selbständige Ambulatorien, 406. In einer Entscheidung einer paritätischen Schiedskommission wurde angenommen, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Abschluss bzw der Anbahnung des Einzelvertrages ebenfalls von der Zuständigkeit der Paritätischen Schiedskommissionen umfasst seien; vgl LSK Tirol 8.11.1994, SSV-NF 8/B 11.

⁶⁷⁵ § 6 Abs 1 Wiener Gruppenpraxisgesamtvertrag vom 1.1.2004.

⁶⁷⁶ *Langer*, Anwendungsprobleme des Gruppenpraxisrechts, 140.

Rechtsschutzsystems wurde jedoch vom Bundesvergabebeamten ausdrücklich verneint, dass seine Unzuständigkeit aussprach und somit sämtliche Anträge eines überangegangenen Bewerbers zurückwies. Die Unzuständigkeit des Bundesvergabebeamten wurde schließlich auch durch den angerufenen Verfassungsgerichtshof bestätigt.⁶⁷⁷

6.2 Die Anspruchsgrundlagen

Mittlerweile ist klar und durch den Obersten Gerichtshof mehrfach bestätigt, dass bei der Auswahl der Kandidaten durch die Ärztekammer eine Fiskalgeltung der Grundrechte zum Tragen kommt. Die Vergabe eines Kassenvertrages, die Erstattung der Besetzungsvorschläge und auch die den Vorschlägen zugrunde liegenden Reihungsrichtlinien der Ärztekammern müssen auf objektiven und nachprüfaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind.⁶⁷⁸

Prinzipiell gelten für Gebietskörperschaften im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung die Regeln des Privatrechts und damit auch Privatautonomie. Die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte fließen nämlich über § 16 ABGB in die Privatrechtsordnung ein und setzen neben ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen auch aus dem Gleichheitsgrundsatz dort Grenzen, wo besondere Umstände hinzukommen.⁶⁷⁹ Die Ärztekammern sind im Rahmen ihrer gesetzlich angeordneten Mitwirkung bei der Auswahl der Kandidaten für den Abschluss des Einzelvertrages mit dem zuständigen KVTr im öffentlichen Interesse

⁶⁷⁷ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367; BVA 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28 = RPA 2002, 170. Siehe dazu ausführlich unten Punkt 8.2.

⁶⁷⁸ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; unter Hinweis auf *Funk*, VersRdSch 3/1995, 55; *Mosler*, DRdA 1996, 436. Vgl auch OGH 12.2.2002, 4 Ob 31/02s; zuletzt 19.2.2009, 2 Ob 48/08k. *Schrammel*, ZAS 2002/8; *Kienast/Newole*, RdW 2002/155.

⁶⁷⁹ OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94; 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; 6.7.1998, 8 ObA 61/97x.

privatrechtlich tätig; nach dem eben Gesagten sind sie dabei an die Grundrechte, im Konkreten an den Gleichheitsgrundsatz, gebunden.⁶⁸⁰

Verstößt die Ärztekammer etwa durch die Anwendung sachlich nicht gerechtfertigter Auswahlkriterien gegen grundrechtliche Vorgaben, handelt sie rechtswidrig und hat dafür zivilrechtlich einzustehen. Der Oberste Gerichtshof leitet aus der drohenden Rechtsverletzung einerseits einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Anwendung der nicht gerechtfertigten Kriterien anlässlich zukünftiger Reihungen ab.⁶⁸¹ Andererseits haftet die Ärztekammer wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 Satz 2 2.Fall ABGB iVm § 1295 ABGB für daraus entstehende Schäden.⁶⁸² Dies hat nach der stRspr zur Folge, dass die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zum Tragen kommt und sich die Ärztekammer als Schädiger freibeweisen muss, dass sie an der Übertretung des Schutzgesetzes kein Verschulden trifft.⁶⁸³

Dem Grunde nach besteht im Übrigen ebenso kein Zweifel, dass auch die KVTr für rechtswidriges Verhalten im Rahmen ihrer Vertragsarztauswahl einzustehen haben.⁶⁸⁴

Ebenfalls wurde durch den Obersten Gerichtshof festgehalten, dass sowohl der Gesamtvertrag, als auch die in Konkretisierung des Gesamtvertrages und auf seiner Grundlage zwischen den KVTr und den Ärztekammer vereinbarten

⁶⁸⁰ Siehe dazu sogleich ausführlich unten Punkte 7.1 und 7.2. Vgl auch OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 12.2.2002, 4 Ob 31/02s; 5.8.2003, 7 Ob 165/03w. Siehe zu diesen Entscheidungen auch oben Punkt 4.3. *Mosler*, DRdA 1996, 436 f; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 169; *Reischauer*, in Rummel, ABGB³, § 1311 Rz 11d.

⁶⁸¹ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x. Angedacht wird vereinzelt auch, diesen Unterlassungsanspruch auf § 1 UWG zu stützen. Vgl dazu *Kienast/Newole*, RdW 2002/155.

⁶⁸² Vor dieser Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof traten einige Autoren für eine Haftung des KVTr aus vorvertraglichem Schuldverhältnis ein. Vgl dazu *Mosler*, DRdA 1996, 436. Siehe dazu sogleich unten.

⁶⁸³ RIS-Justiz RS0026351; OGH 5.3.1970, 2 Ob 25/70; 6.7.1978, 2 Ob 5/78 ua = SZ 51/109; 31.8.1984, 1 Ob 14/84 = SZ 57/134. Vgl auch *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band II¹³, 321; *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶, § 1311, E36a ff. *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 416; *Kienast/Newole*, RdW 2002/155. Krit zur Beweislastumkehr bei Schutzgesetzverletzungen: *Reischauer*, in Rummel, ABGB³, § 1311 Rz 17; *Harrer*, in Schwimann, ABGB³, § 1298 Rz 22; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil³, 13/37.

⁶⁸⁴ So auch *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 416; *Langer*, Anwendungsprobleme des Gruppenpraxisrechts, 143.

Reihungsrichtlinien⁶⁸⁵ Schutzwirkungen zu Gunsten des Vertragsarztes sowie dessen Rechtsnachfolger entfaltet. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass die Zusatzvereinbarungen zum Inhalt des Gesamtvertrages zählen und daher gemäß § 341 Abs 3 ASVG auch Inhalt der Einzelverträge sind. Die Bestimmungen des ASVG würden einen Interessenausgleich bezwecken. Sie sollen einerseits den Schutz der Versichertengemeinschaft durch Sicherstellung ausreichender Sachleistungsvorsorge bewirken, andererseits aber auch die Interessen der Ärzteschaft schützen. *„Mag zwar schon aus der Zielsetzung des ASVG heraus das Schwergewicht auf dem zentralen „Versorgungsauftrag“ des ASVG liegen, also in der Sicherstellung einer ausreichenden und zweckmäßigen, das Maß des Notwendigen nicht übersteigenden Krankenbehandlung (§ 135 Abs 2 ASVG), so ist doch jedenfalls auch ein gewisser Schutz der Ärzteschaft unübersehbar im Gesetz zugrundegelegt.“*⁶⁸⁶ Diese Schutzwirkung schlage gerade bei einer Materie wie der hier gegenständlichen Ordinationsübernahme auf den Rechtsnachfolger durch. Dementsprechend wurde die Schutzwirkung sowohl zu Gunsten des Vertragsarztes, als auch zu Gunsten dessen Rechtsnachfolger bejaht.

Verstoßen die Gesamtvertragsparteien daher rechtswidrig und schuldhaft gegen eine zum Gesamtvertrag zählende Zusatzvereinbarung über die Auswahl von Vertragsärzten, so haften diese für daraus resultierende Schäden.

Allerdings ist nun durch eine kürzliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofes klargestellt, dass die vermögensrechtlichen Interessen des präsumentiven Übergebers einer bestehenden Ordination mit Kassenvertrag vom Schutzbereich der Reihungskriterien nicht erfasst sind.⁶⁸⁷

Bevor die Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof erfolgte, dass der Gleichheitssatz Schutzgesetz iSd § 1311 Satz 2 2.Fall ABGB und daher bei einem Rechtsverstoß iVm § 1295 ABGB als Rechtsgrundlage heranzuziehen sei, war

⁶⁸⁵ Vgl § 343 Abs 1 ASVG iVm § 5 Abs 2 Muster-GV, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 83. Siehe zu diesen bereits ausführlich oben Punkt 4.1.1.

⁶⁸⁶ OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w; unter Hinweis auf *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 151; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 252.

⁶⁸⁷ OGH 19.2.2009, 2 Ob 48/08k. Siehe dazu ausführlich oben Punkt 4.3.

umstritten, ob sich der Schadenersatzanspruch des übergangenen Bewerbers nicht auch auf ein vorvertragliches Schuldverhältnis stützen könne. So führte etwa *Resch*⁶⁸⁸ aus, dass der übergangene Bewerber aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gegenüber den Schädigern hätte. Die Rechtsverletzung („*culpa in contrahendo*“) basiere in diesem Fall auf dem gemeinschaftlichen Zusammenwirken des KVTr und der Ärztekammer, weshalb eine solidarische Haftung beider naheliege.⁶⁸⁹ Denn nach der derzeitigen gesetzlichen Konzeption führen diese die Auswahlentscheidung einvernehmlich durch. Erfolge die Entscheidung in rechtswidriger Weise, ziehe dies daher auch die solidarische Haftung nach sich. In das vorvertragliche Rechtsverhältnis sei durch das ASVG nämlich auch die Ärztekammer einbezogen.

*Mosler*⁶⁹⁰ hingegen plädierte schon damals, dass es „*rechtsdogmatisch überzeugender*“ sei, den Gleichheitsgrundsatz als Rechtsgrundlage heranzuziehen. Der Oberste Gerichtshof ist ihm einmal mehr gefolgt. Der in rechtswidriger Weise übergangene Bewerber hat also nach der stRspr des Obersten Gerichtshofes⁶⁹¹ wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 Satz 2 2.Fall ABGB iVm § 1295 ABGB Anspruch auf Schadenersatz,⁶⁹² konkret auf Ersatz des Vermögensschadens⁶⁹³. Dieser erfasst prinzipiell den positiven Schaden und allenfalls entgangenen Gewinn, wobei nach § 1324 ABGB auf den

⁶⁸⁸ *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 167.

⁶⁸⁹ aA *Mosler*, DRdA 1996, 436. Dieser schließt eine Berufung auf *culpa in contrahendo* im Falle der Ärztekammer aus, da der Vertrag ja schließlich nur mit der Kasse und nicht mit der Ärztekammer zustande komme.

⁶⁹⁰ *Mosler*, DRdA 1996, 436 (Fn 37).

⁶⁹¹ RIS-Justiz RS0115622; OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 10.5.2005, 1 Ob 69/05m; zuletzt 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

⁶⁹² *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 56; *Mosler*, DRdA 1996, 436; *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 167, 169; *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 56; *Schneider*, Ärztliche Ordinationen und selbständige Ambulatorien, 406; *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 416 f; *Kienast/Newole*, RdW 2002/155; *Reischauer*, in Rummel, ABGB³, § 1311 Rz 11e.

⁶⁹³ Die meisten Autoren äußern sich nicht dazu, in welcher Höhe nun in Folge der Schutzgesetzverletzung ein Schadenersatz zusteht. Ebenso wenig nimmt der Oberste Gerichtshof dazu Stellung. Zunächst ist anzumerken, dass es sich um einen Schadenersatz aus einem gesetzlichen und keineswegs aus einem vertraglichen Schuldverhältnis handelt. *Mosler* geht aber mE unrichtig davon aus, dass aufgrund der Schutzgesetzverletzung der Ersatz des „*Erfüllungsinteresses*, dh der Gewinn aus dem Einzelvertrag“ gebührt (So *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 417). Gemeint kann daher wohl nur das „*Interesse*“ sein, nicht aber das Erfüllungsinteresse, da dies schon rein begrifflich für einen deliktischen Schadenersatzanspruch mAn nicht in Frage kommen kann.

Verschuldensgrad abzustellen ist. Bei grobem Verschulden, also Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, ist volle Genugtuung zu leisten und sohin auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.⁶⁹⁴ Im Falle eines rechtswidrig übergangenen Bewerbers wird daher der entgangene Gewinn aus dem Kassenvertrag zu ersetzen sein, sofern der schädigenden Ärztekammer bzw dem KVTr ein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann. Verfahrensrechtlich kommt dem Bewerber § 273 ZPO zugute, wonach bei einem dem Grunde nach feststehenden Schadenersatzanspruch die Schadenshöhe vom Gericht nach freier Überzeugung festgesetzt werden kann, wenn der Beweis der Höhe nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist.⁶⁹⁵

Der Bestbewerber hat sich im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht den Gewinn aus zumutbaren anderen Berufstätigkeiten anrechnen zu lassen.⁶⁹⁶ Der entstandene Schaden liegt also in der Differenz zwischen dem tatsächlich erwirtschafteten Einkommen des übergangenen Bewerbers bei der Ausübung anderer Berufstätigkeiten und seinem hypothetischen Verdienst aus dem Kassenvertrag.⁶⁹⁷

7 Die grundrechtlichen Anforderungen an die Vergabe

7.1 Die Fiskalgeltung der Grundrechte

Die Ärztekammern sind für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes zur Vertretung des ärztlichen Berufsstandes eingerichtet,⁶⁹⁸ wie auch die Österreichische Ärztekammer sind sie Körperschaften öffentlichen

⁶⁹⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band II¹³, 303, 323 f.

⁶⁹⁵ So auch *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 417.

⁶⁹⁶ *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 167, 169; *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 417.

⁶⁹⁷ *Kienast/Newole*, RdW 2002/155.

⁶⁹⁸ § 65 Abs 1 ÄrzteG 1998. Vgl auch *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 65 Anm 1 bis 3.

Rechts.⁶⁹⁹ Eine „Körperschaft“ ist eine zur juristischen Person erhobene und daher mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Personenmehrheit. Um den Körperschaften öffentlichen Rechts die Ausübung und Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, gehört ihnen idR ein bestimmter Personenkreis zwangsweise derart an, dass ihr der Einzelne entweder schon von Gesetzes wegen zuzuzählen ist oder zumindest durch das Gesetz verpflichtet wird, in die Gemeinschaft einzutreten. Diese sog Zwangsmitgliedschaft kennzeichnet Körperschaften öffentlichen Rechts in besonderer Weise.⁷⁰⁰ Bei den Ärztekammern ergibt sich die Zwangsmitgliedschaft unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 68 ÄrzteG.⁷⁰¹

Diese Konstruktion der Ärztekammern als Gebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit, obligatorischer Mitgliedschaft, finanzieller Selbständigkeit,⁷⁰² Befehls- und Zwangsgewalt, relativer Unabhängigkeit von staatlichen Organen (weisungsfrei, aber aufsichtsunterworfen),⁷⁰³ dessen Organe durch die eigenen Mitglieder bestellt werden,⁷⁰⁴ erfüllt die maßgeblichen Voraussetzungen der Selbstverwaltung.⁷⁰⁵ Die Ärztekammern haben hoheitliche Befugnisse und erfüllen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung;⁷⁰⁶ sie sind Selbstverwaltungskörper.⁷⁰⁷ Das angesprochene Aufsichtrecht kommt der jeweiligen Landesregierung zu. Die Österreichische Ärztekammer unterliegt der Aufsicht des Bundesministers für Gesundheit, Familie und Jugend.⁷⁰⁸

⁶⁹⁹ § 65 Abs 2 ÄrzteG 1998. Vgl auch *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 65 Anm 4 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 927.

⁷⁰⁰ Vgl auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 321.

⁷⁰¹ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 65 Anm 4, § 68 Anm 1.

⁷⁰² Vgl § 69 Abs 1 und § 91 ÄrzteG 1998.

⁷⁰³ Vgl § 195 ÄrzteG 1998.

⁷⁰⁴ Vgl § 70 Abs 1 ÄrzteG 1998.

⁷⁰⁵ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 380 ff, 388; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 65 Anm 4.

⁷⁰⁶ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 393, 396 f.

⁷⁰⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x. Mit Verweis auf *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 485; *Walter/Mayer*, Grundriss des besonderen Verwaltungsrechts², 623; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 351; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 477; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 920 ff (927).

⁷⁰⁸ Nunmehr des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG). § 195 Abs 1 ÄrzteG 1998. Vgl auch *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 195 Anm 1 ff.

Wie es für die Selbstverwaltung kennzeichnend ist, kommen auch den Ärztekammern grundsätzlich zwei Aufgabenbereiche zu. Ein Kreis der Aufgaben steht dem Selbstverwaltungskörper besonders nahe; diese fallen in den sog eigenen Wirkungsbereich.⁷⁰⁹ Dem stehen jene Aufgaben gegenüber, die sie im Auftrag des Staates besorgen; hier handelt es sich um den sog übertragenen Wirkungsbereich. Nur im übertragenen Wirkungsbereich gibt es einen Instanzenzug an staatliche Organe.⁷¹⁰ Im eigenen Wirkungsbereich besteht Unabhängigkeit gegenüber staatlicher Weisung und idR ein Ausschluss des Rechtsmittels an Organe außerhalb des Selbstverwaltungskörpers.⁷¹¹

Nach den bereits ausführlich dargestellten Rechtsvorschriften des ASVG wirken die Ärztekammern bei der Auswahl der Vertragärzte und dem Abschluss der Einzelverträge zwischen dem KVTr und dem Arzt, die grundsätzlich nach den Bestimmungen des Gesamtvertrages zu erfolgen hat, entscheidend mit.⁷¹² Ebenso wurde erläutert, dass die Gesamtverträge nach der hL und vor allem nach der stRspr des Verfassungsgerichtshofes dem Privatrecht zugehören.⁷¹³ Die Ausübung des der Ärztekammer in den Gesamtverträgen eingeräumten Rechts, dem KVTr einen Bewerber für eine zu vergebende Planstelle vorzuschlagen, ist ebenso ein dem Privatrecht zuzuzählender Akt.⁷¹⁴

Die sog Fiskalgeltung der Grundrechte für den privatrechtlich handelnden Staat und die übrigen Gebietskörperschaften steht heute außer Streit.⁷¹⁵ Unter der

⁷⁰⁹ Vgl dazu auch § 66 Abs 1 ÄrzteG 1998. *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 66 Anm 1.

⁷¹⁰ Vgl etwa die Eintragung in die Ärzteliste, die nach § 27 Abs 8 ÄrzteG von der Ärztekammer mit Bescheid zu versagen ist, sofern die betreffende Person die Erfordernisse nicht erfüllt und den dagegen zustehenden Rechtsschutz nach § 28 ÄrzteG mittels Berufung an den jeweiligen Landeshauptmann. Vgl dazu *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 27 Anm 6, § 28 Anm 2.

⁷¹¹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 393; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³, § 65 Anm 4. Siehe generell zum eigenen und übertragenen Wirkungsbereich: *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 857 f.

⁷¹² Siehe dazu ausführlich oben Punkte 4.1.1, 4.1.1.1 und 4.1.1.2. Vgl auch § 342 Abs 1 Zif 1 und 2 sowie § 343 Abs 1 ASVG.

⁷¹³ Siehe dazu oben Punkt 2.2.1.2.

⁷¹⁴ VfGH 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414. Vgl auch OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x. *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Der Vertragsarzt, 55; *Resch*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Der Vertragsarzt, 149, 164.

⁷¹⁵ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 737 ff, 800; *Berka*, in *Rill/Schäffer*, B-VG, Art 7, Rz 113 f; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 146 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-*

Fiskalgeltung der Grundrechte versteht man ganz allgemein die Bindung des Staates auch als Träger von Privatrechten an die Grundrechte. Es ist anerkannt, dass der Staat, also die Gebietskörperschaften, Selbstverwaltungsträger und andere selbständige, aber öffentliche Aufgaben besorgende Rechtsträger, auch dann an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie in privatrechtlicher Form, also nicht hoheitlich, typisch staatliche (öffentliche) Aufgaben besorgen.⁷¹⁶ Für die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Körperschaften gelten also dieselben grundrechtlichen Schranken wie für staatliche Hoheitsakte.⁷¹⁷

Soweit Gebietskörperschaften im Rahmen des Privatrechts tätig werden, gelten für sie zwar auch die Regeln des Privatrechts und damit grundsätzlich die Privatautonomie, dies jedoch beschränkt durch § 16 ABGB. Die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte fließen nämlich über § 16 ABGB in die Privatrechtsordnung ein und setzen neben ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen auch aus dem verfassungsgesetzlich garantierten Gleichheitsgrundsatz dort Grenzen, wo besondere Umstände hinzukommen.⁷¹⁸ Die privatrechtlich tätigen Gebietskörperschaften dürfen nur im öffentlichen Interesse handeln, weil die Grundrechte für die öffentliche Hand auch dann verpflichtend wirken, wenn sie privatrechtsförmig tätig werden. Der Gleichheitsgrundsatz verlangt damit für die privatrechtlich agierende Körperschaft öffentlichen Rechts eine sachliche Rechtfertigung für jede konkrete

Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 1350; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 38.

⁷¹⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 737; *Mayer*, B-VG⁴, Art 17, II.2.; *Korinek/Holoubek*, ÖZW 1995, 108.

⁷¹⁷ VfGH 12.12.1994, B 2083/93, B 1545/94 = VfSlg 13.975. *Adamovic/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³, 374 ff; *Berka*, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 113 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 737; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1702.

⁷¹⁸ OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94; 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; 6.7.1998, 8 ObA 61/97x.

Gestaltung einer Ausnahmeregelung.⁷¹⁹ Für Kammern als Körperschaften öffentlichen Rechts gelten diese Grundsätze ebenso.⁷²⁰

Ausgehend von den oben dargelegten Grundsätzen ergibt sich also, dass die Ärztekammern als Körperschaften öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer gesetzlich angeordneten Mitwirkung bei der Auswahl der Kandidaten für den Abschluss des Einzelvertrages mit dem zuständigen KVTr im öffentlichen Interesse privatrechtlich tätig sind. Dass ein öffentliches Interesse besteht, ist nicht zu bezweifeln, schließlich hat nur die jeweilige Ärztekammer neben den Vertragsparteien Einfluss auf die Auswahl. Aufgrund der Fiskalgeltung und auch über § 16 ABGB ist sie daher bei ihrer Tätigkeit im Auswahlverfahren an die Grundrechte, im Konkreten an den Gleichheitsgrundsatz, gebunden.⁷²¹

Erklärtes Ziel der Bestimmung des § 342 Abs 1 ASVG ist es, die ärztliche Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Soweit der Schutz der Ärzte im Rahmen von bestehenden Einzelverträgen im ASVG geregelt ist, ist daraus keine für das Vorfeld der Vertragserrichtung abzuleitende Zielsetzung zu erkennen. Denn letztlich ist das ASVG kein Beschäftigungssicherungsgesetz für medizinische Berufe, sondern dient der Sachleistungserbringung für die Versichertengemeinschaft.⁷²² Es entspricht daher der Absicht des Gesetzgebers im Interesse der bestmöglichen Versorgung der Versicherten aus mehreren geeigneten Bewerbern den Bestqualifizierten auszuwählen.⁷²³ Schutzobjekte des Gleichbehandlungsgebotes sind daher nicht nur die einzelnen Bewerber, sondern vor allem auch die Gemeinschaft der Versicherten.⁷²⁴ Das Gebot der Auswahl des

⁷¹⁹ OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95. Vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 1350.

⁷²⁰ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; unter Hinweis auf OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95. Vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 720 ff (729); *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 38.

⁷²¹ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 12.2.2002, 4 Ob 31/02s. Vgl auch *Mosler*, DRdA 1996, 436 f; *Resch*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 169. Verstößt die Ärztekammer gegen Grundrechte, handelt sie rechtswidrig und hat dafür zivilrechtlich einzustehen. Es besteht im Übrigen ebenso kein Zweifel, dass auch die KVTr für rechtswidriges Verhalten im Rahmen der Vertragsarztauswahl einzustehen haben.

⁷²² *Resch*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 151. So auch OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁷²³ *Mosler*, in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 269.

⁷²⁴ *Mosler*, DRdA 1996, 430.

„bestqualifizierten“ Bewerbers kann wohl nur in dem Sinne zu verstehen sein, dass der „fachlich und arzt spezifisch Geeignetste“ zu suchen ist.⁷²⁵

Im Kern verbietet der Gleichheitsgrundsatz unsachliche Differenzierungen, also die Anwendung sachlich nicht gerechtfertigter Auswahlkriterien.⁷²⁶ Die Vergabe eines Kassenvertrages, die Besetzungsvorschläge sowie die den Vorschlägen zugrundeliegenden Reihungsrichtlinien der Ärztekammern müssen daher auf objektiven und nachprüfbaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind.⁷²⁷ Folglich verstößt die Ärztekammer, sofern sie sachlich im Sinne des § 342 ASVG nicht gerechtfertigte Auswahlkriterien zur Reihung der Bewerber heranzieht, gegen den für sie geltenden Gleichheitsgrundsatz.⁷²⁸

Wie sich zeigt, kommt also dem Gleichheitssatz einmal mehr auch im Zusammenhang mit der Vergabe der Kassenverträge zentrale Bedeutung zu. Auf diesen und andere Grundrechtsbestimmungen, aus denen Bindungen der an dem Vergabeverfahren Beteiligten denkbar sind, ist daher im Folgenden einzugehen.

7.2 Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz

In seiner Geschichte hat der Gleichheitssatz bemerkenswerte Entwicklungen und Bedeutungserweiterungen erfahren. Während er nach seinem Wortlaut und seinem historischen Verständnis nach Ungleichbehandlungen verbietet, wurde er durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu einem umfassenden allgemeinen Sachlichkeitsgebot ausgebaut.⁷²⁹

⁷²⁵ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁷²⁶ *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 39. Siehe ausführlich zum Gleichheitssatz sogleich unten Punkt 7.2.

⁷²⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; unter Hinweis auf *Funk*, *VersRdSch* 3/1995, 51; *Mosler*, *DRdA* 1996, 430.

⁷²⁸ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁷²⁹ Vgl etwa *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹⁰, 1357 ff.

In Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG ist das Prinzip der Gleichbehandlung der Menschen, der sog Gleichheitssatz, verankert.⁷³⁰ Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich. Dies bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Gesetze auf alle Bürger in gleicher Weise anzuwenden sind, ohne Bedachtnahme auf Religion, Stand, Geschlecht, etc. Darin kommt die sog Rechtsanwendungsgleichheit zu Ausdruck, dh eine gleichmäßige und willkürfreie Vollziehung des geltenden Rechts, wie sie sich in der ursprünglichen Bedeutung der Gleichheit „vor dem Gesetz“ ausdrückt.⁷³¹

Allein dieser Art war das eingeschränkte Verständnis des Inhalts des Gleichheitssatzes, wie es lange Zeit vorherrschte. Die Frage der sog Rechtsgleichheit aber, also ob der derart formulierte Gleichheitssatz den Gesetzgeber selbst bindet, war langjährig graue Theorie. Nur vereinzelt war anerkannt, dass auch die Gesetze dem Gleichheitsgebot entsprechen müssen und *„die rechtliche Gleichheit daher nicht nur ‚vor‘ dem Gesetz, sondern auch ‚durch‘ das Gesetz und ‚im‘ Gesetz zu gewährleisten war“*⁷³².

Dass auch der Richter ein Gesetz am Maßstab des Gleichheitsprinzips prüfen und ihm allenfalls den Gehorsam verweigern dürfe, wurde erstmals um 1929 in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bejaht; praktisch wirksam wurde die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz erst in der Zweiten Republik.⁷³³

Wie kaum eine andere Verfassungsbestimmung wurde der Gleichheitsgrundsatz weiter entwickelt und in seiner inhaltlichen Bedeutung stetig erweitert. Nach der heutigen Auffassung umschließt der Gleichheitssatz ein

⁷³⁰ Siehe zu diesen Bestimmungen sowie Art 67 StV St.Germain auch: *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 1352.

⁷³¹ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1627; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 760; *Berka*, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 5

⁷³² *Berka*, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 5; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1627.

⁷³³ VfGH 26.6.1929, G 2/29 = VfSlg 1230; 1.6.1932, B 10/32 = VfSlg 1451.

Privilegierungsverbot, ein Diskriminierungsverbot, ein Differenzierungsverbot und ein Sachlichkeitsgebot.⁷³⁴

Das Privilegierungsverbot meint, dass niemand wegen seiner persönlichen, subjektiven Eigenschaften gegenüber anderen Menschen bevorzugt werden darf, besonders wenn dies solche Eigenschaften betrifft, die den Wert eines Menschen unberührt lassen, wie etwa seine Rasse oder sein Geschlecht. So kommt es ausdrücklich in Art 7 B-VG zum Ausdruck: *„Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen.“*⁷³⁵

Art 7 B-VG bestimmt ausdrücklich zwar nur, dass bestimmte *„Vorrechte“* ausgeschlossen sind, dies beinhaltet aber auch ein Diskriminierungsverbot, denn auch Benachteiligungen aus den angeführten Motiven oder auch aus anderen unsachlichen Gründen sind unzulässig und verfassungswidrig.⁷³⁶

Nur demonstrativ nennt Art 7 B-VG einige verpönte Differenzierungsmerkmale (Geburt, Geschlecht, Stand, Klasse, Bekenntnis). Der Gleichheitssatz verbietet aber alle Unterscheidungen, die einer sachlichen Rechtfertigung entbehren.⁷³⁷ *„In diesem Sinn läuft die Quintessenz des Gleichheitssatzes darauf hinaus, dass der Staat ‚Gleiches gleich und Ungleiches ungleich‘ behandeln muss.“*⁷³⁸ Verwehrt ist es, Ungleichbehandlungen ohne sachliche Rechtfertigung vorzusehen, ebenso wie Ungleiches in unsachlicher Weise gleich zu behandeln. Andere als sachlich begründbare Differenzierungen

⁷³⁴ Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 30 ff; Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1636 ff.

⁷³⁵ Art 7 Abs 1 zweiter Satz B-VG. Vgl auch Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 30.

⁷³⁶ Vgl auch Art I RassDiskrVerbG; Art 14 EMRK. Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1636; Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 31; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷, Rz 756 f; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 1352 ff.

⁷³⁷ VfGH 13.12.1928, G4/28 = VfSlg 1123; 5.3.1951, B 119/50 = VfSlg 2088.

⁷³⁸ Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 32.

sind dem Gesetzgeber also verboten. Dieses Differenzierungs*verbot* schließt also ein Differenzierungs*gebot* in sich.⁷³⁹

Bei all diesen Bedeutungen, die dem Gleichheitssatz zukommen, geht es stets um einen Vergleich unterschiedlicher Regelungen und um die Frage, ob es für eine unterschiedliche Behandlung (Bevorzugung, Benachteiligung, Differenzierung) eine sachliche Rechtfertigung gibt. Der Verfassungsgerichtshof hat das Gleichheitsprinzip durch seine Rechtsprechung aber letztlich zu einem allgemeinen und umfassenden verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot fortentwickelt, das zur Anwendung gelangt, ohne den dem Gleichheitsgebot immanenten Vergleich unterschiedlicher Regelungen vorzunehmen. Wann immer der Gesetzgeber Differenzierungen vornimmt, hat er dieses zu beachten und sich somit die Frage zu stellen, ob es für diese Differenzierung auch ausreichende sachliche Gründe gibt. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung ist gleichheitswidrig und verboten.⁷⁴⁰

Der derart entwickelte Gleichheitssatz ist nunmehr ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, ein „*Grundrecht mit einem denkbar weiten Anwendungsbereich, der alle Bereiche des Staatshandelns umschließt*“⁷⁴¹. Er ist der praktisch wichtigste Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und unter allen Grundrechten der am häufigsten zur Begründung einer Gesetzesaufhebung herangezogene Grundsatz.⁷⁴² Das Gleichheitsprinzip bewirkt daher, dass Gesetze dem Kriterium der Sachlichkeit entsprechen müssen und unsachliche Entscheidungen des Gesetzgebers dem „*Verdikt der Verfassungswidrigkeit*“⁷⁴³ unterliegen. Der Gleichheitssatz wird heute als umfassendes Willkürverbot⁷⁴⁴ verstanden, das

⁷³⁹ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1638; Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 32, mwN; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷, Rz 761.

⁷⁴⁰ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1639, 1644; Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 33; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷, Rz 765 ff.

⁷⁴¹ Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 2.

⁷⁴² Öhlinger, Verfassungsrecht⁷, Rz 760.

⁷⁴³ Berka, in Rill/Schäffer, B-VG, Art 7, Rz 7.

⁷⁴⁴ Vgl VfGH 21.6.1957, B 20/57 = VfSlg 3197; 11.10.1974, G 8/74 = VfSlg 7400.

sowohl Vollziehung als auch Gesetzgebung bindet.⁷⁴⁵ Diesen Anforderungen muss die Erstattung ihrer Besetzungsvorschläge durch die Ärztekammern und die Vergabe des Kassenvertrages durch den KVTr also gerecht werden.⁷⁴⁶

7.3 Der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern

In engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller Staatsbürger, wie er eben dargelegt wurde, steht auch die Bestimmung des Art 3 StGG über das Recht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter.⁷⁴⁷ Im Grunde handelt es sich dabei auch nur um eine Ausprägung des Gleichheitssatzes, der seine Wirkung auch ohne den Umweg über Art 3 StGG entfaltet. Die Frage der Anwendbarkeit dieses Grundrechts im österreichischen Vertragsarztsystem kann aber ohnehin klar verneint werden, denn „öffentliche Ämter“ iSd Art 3 StGG sind nur jene bei den Gebietskörperschaften sowie sonstigen Körperschaften und Anstalten öffentlichen Rechts eingerichteten Organe, deren Inhaber durch einen öffentlich-rechtlichen Akt (Bescheid oder Wahl) bestellt werden und hoheitliche Aufgaben besorgen,⁷⁴⁸ dh jede Funktion, die einer juristischen Person öffentlichen Rechts zuzuordnen ist.⁷⁴⁹

Diese Kriterien sind nicht erfüllt, und zwar bei einem Vertragsarzt insbesondere schon deshalb, da er trotz unbestreitbarer Einbindung in das Sozialversicherungssystem einen freien Beruf ausübt, er nicht etwa Dienstnehmer des KVTr ist und seine Funktion auch sonst nicht dem KVTr zuzurechnen ist.

⁷⁴⁵ *Adamovic/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³, 380 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 760; *Berka*, in *Rill/Schäffer*, B-VG, Art 7, Rz 3 ff.

⁷⁴⁶ Siehe dazu bereits ausführlich oben Punkt 7.1.

⁷⁴⁷ Vgl auch Art 66 Abs 2 StV St.Germain. *Adamovic/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³, 364; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 803 f.

⁷⁴⁸ *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, Rz 1708 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 804.

⁷⁴⁹ *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 39, mwN.

7.4 Die Freiheit der Berufs- und Erwerbsausübung

Die Problematik in Zusammenhang mit diesem Grundrecht wurde im Zuge der Ausführungen zum gesamtvertraglichen Stellenplan bereits kurz angesprochen.⁷⁵⁰

Art 18 StGG gewährleistet die Freiheit der Berufswahl und Berufsausbildung, Art 6 StGG die Freiheit der Erwerbsausübung. Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit schützt alle Phasen der - selbständigen oder unselbständigen - Erwerbstätigkeit, insbesondere Erwerbsantritt und Erwerbsausübung.

Zum Teil wird die Meinung vertreten, der Stellenplan greife verfassungswidrig in die Berufsfreiheit und die Erwerbsausübungsfreiheit des Arztes ein.⁷⁵¹ Die Konsequenzen der Qualifikation als Eingriff in diese Grundrechte wären, wie *Kopetzki*⁷⁵² ausführt, weitreichend.

Der Verfassungsgerichtshof unterwirft gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit nämlich einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷⁵³ Deren Elemente können mit der Formel umschrieben werden, dass gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit nur zulässig sind, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, ein zur Zielerreichung taugliches und adäquates Mittel und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. Sobald man einen Eingriff in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit bejaht, zieht dies die Anwendung dieser strengen Prüfungskriterien nach sich, die der Verfassungsgerichtshof entwickelt hat. *Kopetzki* bringt es auf den Punkt - nicht zuletzt aufgrund dieser rigorosen Verhältnismäßigkeitsprüfung von Zulassungssystemen und

⁷⁵⁰ Siehe dazu oben Punkt 2.2.1.3.1.

⁷⁵¹ Vgl etwa *Raschauer*, Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in Tomandl, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts, 88 f; *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung, 154; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 250; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen, 88 ff; aA *Nauta*, Das Recht der freien Berufe, 53 ff; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 40 ff.

⁷⁵² *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 40.

⁷⁵³ Vgl etwa VfGH 4.10.1984; G 70/84 = VfSlg 10.179; 6.10.1987, G 1/87, G 171/87= VfSlg 11.483; ua.

Bedarfsprüfungsmodellen löst alleine das Stichwort „Bedarfsprüfung“⁷⁵⁴ geradezu zwangsläufig den Verdacht einer Verfassungswidrigkeit aus.⁷⁵⁵

Führt man sich vor Augen, dass die Tätigkeit als Kassenarzt keinen eigenen „Beruf“ iS dieser Grundrechte darstellt,⁷⁵⁶ sondern vielmehr nur eine Art und Weise der Ausübung des Arztberufes, wird schnell klar, dass der Stellenplan und die beschränkte Zulassung zu Kassenverträgen nicht als Eingriff in die Freiheit der Berufswahl oder des Berufsantrittes gewertet werden können. Der Beruf des Arztes kann ja auch ohne Innehabung eines Kassenvertrages ausgeübt und angetreten werden, etwa als Wahlarzt oder als Spitalsarzt.⁷⁵⁷ Der Zugang zum Arztberuf ist daher jedenfalls nicht beschränkt, eine rechtliche Erwerbsantrittsschranke liegt nicht vor.⁷⁵⁸ *Kopetzki* meint daher, die Regelungen über den Stellenplan und die Vertragsarztauswahl können - wenn überhaupt - nur in die Berufsausübungsfreiheit des Arztes eingreifen.

Es ist daher zu untersuchen, ob ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff vorliegt und bejahendenfalls, ob dieser Eingriff iSd dargestellten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist.

Das Vorliegen eines tatsächlichen Grundrechtseingriffs ist mE jedoch fraglich. Ein solcher liegt vor, wenn eine Maßnahme gesetzt wird, welche die Rechtssphäre von Personen im Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts betrifft. Sachlich umfasst der Schutzbereich alle Tätigkeiten, die auf den Erwerb von

⁷⁵⁴ „Echte“ Bedarfsprüfungen im Ärztegesetz (hinsichtlich Zweitordinationen von Fach- und Allgemeinärzten sowie Sonderfachbeschränkungen) wurden vom VfGH im Übrigen bereits aufgehoben. Vgl dazu *Dujmovits*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I*², 429, mwN; *Nauta*, *Das Recht der freien Berufe*, 40.

⁷⁵⁵ *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 39 f; *Mayer*, B-VG⁴, Art 6 StGG, II.; *Adamovich/Funk/Holzinger*, *Grundrechte*, 158 f; *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁷, Rz 888 ff; *Korinek*, in *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte VII/1*, § 196 Rn 8; so auch schon *Oberndorfer*, *JB1* 1992, 273.

⁷⁵⁶ Vgl zum Begriff des „Berufes“ insb *Oberndorfer*, *JB1* 1992, 273.

⁷⁵⁷ *Aigner*, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Handbuch Medizinrecht II*, III/11 ff.

⁷⁵⁸ *Nauta*, *Das Recht der freien Berufe*, 54; *Mosler*, in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 112; *Kopetzki*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 41 f; *Dujmovits*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I*², 427.

Einkommen, sowie auf die Schaffung und Erhaltung von Vermögen gerichtet sind. Zweifelsfrei fällt die Tätigkeit als Arzt in diesen Schutzbereich. Aber nicht jede Beschränkung, die mit dem Grundrecht irgendwie in Konflikt gerät, ist auch als Eingriff zu werten. Jedenfalls muss ein Einfluss auf die Rechtssphäre der Betroffenen und nicht bloß auf deren wirtschaftliches Fortkommen gegeben sein. Die Erwerbsausübung muss „in einer qualifizierten Weise tangiert“ sein.⁷⁵⁹

Auch *Kopetzki*⁷⁶⁰ gesteht zu, man könne wohl kaum bezweifeln, dass die Erwerbsfreiheit durch das Stellenplansystem irgendwie berührt wird. Um zu beurteilen, ob diese Berührung so intensiv ist, dass sie in einen Eingriff in das Grundrecht umschlägt, sei aber vorab zu klären, ab welcher Berührungsqualität oder –quantität jene verfassungsrechtlichen Rechtfertigungen erforderlich werden, die das jeweilige Grundrecht verlangt.⁷⁶¹

Welche Konsequenzen hat die Nichtzulassung eines Arztes zum Kassenvertrag also tatsächlich? Zunächst lohnt sich wiederum ein Blick ins ÄrzteG 1998. Nach den §§ 4 ff ÄrzteG 1998 kann sich ein Arzt an jedem beliebigen Ort ohne Bewilligung oder Zulassung niederlassen und den ärztlichen Beruf ausüben, sofern er nur die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.⁷⁶² Wahl- und Vertragsärzte behandeln prinzipiell einen identen Patientenkreis, wobei zugegebenermaßen das Sachleistungsprinzip dem Kassenarzt einen gewissen Wettbewerbsvorteil und einen finanziellen Sicherheitsfaktor aufgrund des *de facto* Mindesteinkommens verschafft. Darin liegt jedoch keine rein rechtliche, sondern allenfalls eine faktische, wirtschaftliche Beschränkung.

Die Nichtzulassung eines Arztes zum Kassenvertragssystem stellt daher keine rechtliche Einschränkung der Erwerbs- und Berufsausübungsfreiheit dar, und zwar auch nicht gegenüber den versicherten Patienten. Denn ganz anders als

⁷⁵⁹ *Grabenwarter*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 88.

⁷⁶⁰ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 40.

⁷⁶¹ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 42.

⁷⁶² Vgl §§ 4 ff ÄrzteG 1998. Vgl auch *Aigner/Kierein/Kopetzki*, *Ärztegesetz*³, §§ 4 ff; *Aigner*, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Handbuch Medizinrecht II*, III/17 ff.

bei einem echten Konzessionensystem, wo die Verwehrung einer Berechtigung einem Verbot der Tätigkeit gleichkommt, steht es einem Arzt weiterhin frei, als Wahlarzt auch krankenversicherte Personen zu behandeln.⁷⁶³ Das Stellenplansystem kann insofern weder eine *rechtliche* Berufszugangsbeschränkung, noch eine *rechtliche* Beschränkung der ärztlichen Erwerbsausübung darstellen.

Daher stützt sich der Teil der Lehre, der im Stellenplan einen Eingriff in die Grundrechte des freien Berufszuganges und der freien Erwerbsausübung sieht, auf genau den angesprochenen wirtschaftlichen Aspekt. Mit der Nichtzulassung zum Kassenvertrag sei der Arzt von einem wirtschaftlichen Markt abgeschnitten.⁷⁶⁴ Ein Wahlarzt kann zwar auch Personen behandeln, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, allerdings haben diese nur einen Kostenerstattungsanspruch gegen ihren KVTr, der zudem mit 80 % limitiert ist.⁷⁶⁵ Diese Limitierung der Kostenrückerstattung stellt zwar keine rechtliche, doch aber eine gewisse faktische Zugangsbeschränkung bzw ein faktisches Zugangerschwernis zum „Markt“ der versicherten Personen dar.

Nach der Rspr des Verfassungsgerichtshofes zur Erwerbsfreiheit, stellt diese - allenfalls - faktische Beschränkung aber noch keinen Eingriff in das Grundrecht dar. Denn ein Eingriff in Art 6 StGG wird von dem Höchstgericht zum Einen dann angenommen, wenn eine Gesetzeskonstruktion vorliegt, die einerseits durch Einführung eines Konzessionszwanges die betreffende Erwerbsausübung jedermann untersagt, andererseits aber niemandem einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer solchen Konzession einräumt, selbst wenn die gesetzliche Voraussetzung, an die die Konzession gebunden ist, erfüllt ist.⁷⁶⁶ Das heißt also, ein Grundrechtseingriff liegt jedenfalls vor, wenn die

⁷⁶³ Vgl etwa § 2 Abs 1 GütbefG; § 2 Abs 1 GelverkG.

⁷⁶⁴ *Raschauer*, Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in Tomandl, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts, 88 f; *Mosler*, in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 252; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 227 ff.

⁷⁶⁵ §§ 131, 135 ASVG.

⁷⁶⁶ VfGH 17.3.1966, G 9/65, G 14/65 = VfSlg 5240.

Erwerbsbetätigung faktisch untersagt iSv rechtlich verboten wird. Zum Anderen ist das Grundrecht verletzt, wenn der Zugang zu einer ganzen Branchengruppe beschränkt wird, also die Ausübung eines gesamten Erwerbszweiges unmöglich gemacht wird.⁷⁶⁷ Die Beeinträchtigung muss aber jedenfalls eine rechtliche sein, eine bloß mittelbare, faktische oder wirtschaftliche Beeinträchtigung der Erwerbsfreiheit fällt nach hA grundsätzlich nicht in den Schutzbereich des Art 6 StGG.⁷⁶⁸

Faktische „Nebenwirkungen“ außerhalb echter Verbote bzw rechtlicher Zulassungsbeschränkungen werden erst als Eingriff gewertet, wenn sie den Gebrauch der Freiheit unmöglich machen oder einem Verbot zumindest wertungsmäßig gleichzuhalten sind.⁷⁶⁹ Sonstige tatsächliche oder wirtschaftliche Berührungen der Erwerbstätigkeit begründen keinen Grundrechtseingriff.

Der Arzt, der keinen Kassenvertrag bekommt, ist aber aufgrund der Möglichkeit, neben vielen anderen Arten, die Erwerbstätigkeit auszuüben, als Wahlarzt tätig zu werden, letztlich in das System eingebunden. Die Eingriffsintensität erreicht daher keinesfalls das erforderliche Ausmaß.⁷⁷⁰ Dem ist mE zuzustimmen und der Stellenplan bzw das Kassenarztsystem nicht als verfassungswidriger Grundrechtseingriff zu bewerten.

Nachdem andere Teile der Lehre dennoch von einem Eingriff in die Erwerbsfreiheit ausgehen, soll iSd Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes geprüft werden, ob ein solcher Eingriff allenfalls durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ VfGH 8.12.1956, G 16/56 = VfSlg 3118. Vgl auch *Korinek*, in FS Wenger, 257; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 43; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 893.

⁷⁶⁸ VfGH 14.6.1978, B 99/76 = VfSlg 8309; 11.6.1988, B 827/87 = VfSlg 11.705; ua. Vgl dazu auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 1496; *Mayer*, B-VG⁴, Art 6 StGG, I.2.; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 895.

⁷⁶⁹ *Korinek*, in FS Wenger, 257; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 43. Vgl auch VfGH 8.12.1956, G 16/56 = VfSlg 3118.

⁷⁷⁰ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 44.

⁷⁷¹ VfGH 4.10.1984; G 70/84 = VfSlg 10.179; 6.10.1987, G 1/87, G 171/87= VfSlg 11.483; ua.

Als öffentliches Interesse kommt einerseits jenes an einer ausreichenden, umfassenden und hochwertigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung innerhalb und außerhalb von Ballungszentren, in Betracht, andererseits das Interesse, die der Sozialversicherung daraus entstehenden finanziellen Belastungen möglichst gering zu halten.⁷⁷² So befindet etwa *Mosler*⁷⁷³ den Eingriff in die Erwerbsfreiheit wegen der hohen Wertigkeit der verfolgten Ziele - Schutz der Gesundheit, Erhaltung einer gewissen Kostenstabilität - für angemessen. Der Verfassungsgerichtshof hat bestätigt, dass ein öffentliches Interesse an der flächendeckenden, qualifizierten medizinischen Versorgung der Bevölkerung besteht.⁷⁷⁴

*Schrammel*⁷⁷⁵ geht zwar auch davon aus, dass Regelungen, die darauf abzielen, durch öffentliche Mittel eine für den Einzelnen finanziell tragbare medizinische Behandlung sicherzustellen, im öffentlichen Interesse liegen, er bezweifelt aber die Adäquanz und sonstige sachliche Rechtfertigung des Zulassungssystems zum Kassenvertrag. Eine absolute Zugangssperre sieht auch *Schrammel* nicht, nimmt aber „zweifellos“ eine Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit an.

Der erwähnten Ansicht *Moslers*⁷⁷⁶, der Schutz der Gesundheit und die Erhaltung einer gewissen Kostenstabilität gehörten zu besonders wichtigen öffentlichen Interessen, hält *Schrammel*⁷⁷⁷ entgegen, dass eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung durch das Stellenplansystem nur mittelbar zu erreichen sei. Denn durch den Stellenplan könne zwar Überversorgung in Ballungszentren erfolgreich vermieden werden, für eine ärztliche Tätigkeit in

⁷⁷² *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 249. So auch *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.2.1.; *Nauta*, *Das Recht der freien Berufe*, 54. Vgl dazu auch die Materialien zum ASVG, die betonen, der Forderung der Ärzteschaft nach Zulassung aller Ärzte zum Kassenvertrag könne aus finanziellen Gründen nicht entsprochen werden. AB 613 BlgNR VII.GP., 30.

⁷⁷³ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 258.

⁷⁷⁴ VfGH 7.3.1992, G 198/90, ua = VfSlg 13.023.

⁷⁷⁵ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.2.1.

⁷⁷⁶ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 258.

⁷⁷⁷ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.2.1.

unterversorgten Gebieten könne aber maximal ein Anreiz geboten werden, denn eine Verpflichtung zum Abschluss von Einzelverträgen in den unterversorgten Gebieten bestehe nicht.⁷⁷⁸ Daher könne letztlich auch durch den Stellenplan keine vollkommen flächendeckende Versorgung der versicherten Personen sichergestellt werden. Ebenso wenig könne durch den Stellenplan eine reale Kostenstabilität verwirklicht werden. Zu bedenken sei nämlich auch die Tätigkeit der zahlreichen Wahlärzte, die über die teilweise Kostenerstattung im Sinne des § 131 Abs 1 ASVG zumindest anteilig auch von den KVTr zu honorieren ist.

Zusammenfassend betrachtet ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses bei Beschränkung der Planstellen wohl zu bejahen.

Damit ist die Prüfung aber noch nicht abgeschlossen. Die die Erwerbsfreiheit beschränkende Maßnahme muss nämlich auch zur Erreichung der im öffentlichen Interesse gelegenen Ziele geeignet sein. Der Verfassungsgerichtshof setzt hier aber keinen strengen Maßstab an und bejaht die Eignung, sofern es sich nicht um ein absolut unaugliches Mittel handelt.⁷⁷⁹ Dementsprechend wird die Eignung des Stellenplanes und des Vertragsarztsystems zur Erreichung der erwähnten Ziele auch zu bejahen sein.

Bei der Prüfung der Adäquanz geht es darum, ob es eine der vorhandenen Maßnahme oder Regelung gleichwertige alternative Regelungsmöglichkeit gibt, die weniger intensiv in das Grundrecht eingreift. Vorschläge gibt es dazu zahlreiche. *Mosler*⁷⁸⁰ etwa meint, man könne über stärkere Einflussnahme auf die Honorargestaltung, gezielte Abrechnungskontrollen, eine verstärkte Kostenbeteiligung der Versicherten oder Gesamtausgabenbeschränkungen bei Heilmitteln und Heilbehelfen, ebenso die Ziele (ausreichende, hochwertige medizinische Versorgung; flächendeckende Versorgung; Kostenstabilität) erreichen. Auch *Schrammel*⁷⁸¹ schlägt eine verschärfte Wirtschaftlichkeitsprüfung

⁷⁷⁸ So auch *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 253.

⁷⁷⁹ VfGH 15.6.1990, G 56/89 = VfSlg 12.379.

⁷⁸⁰ *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 237.

⁷⁸¹ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.2.1.

als geringfügiger in die Erwerbsfreiheit eingreifendes Mittel zur Erreichung von Kostenregulierung und Versorgungssicherstellung vor. Ferner sieht er eine wirtschaftliche Eigenbeteiligung der Patienten sowie eine Einschränkung des Leistungsangebotes durch eine bedarfsorientierte Zulassungsbegrenzung als adäquate Alternativen zur Kostendämpfung, denn letztlich sei auch das Verbraucherverhalten verantwortlich für die Kostenexplosion im Gesundheitswesen. *Mosler*⁷⁸² hingegen befürchtet, dass eine Kostenbeteiligung der Patienten unerwünschte soziale Auswirkungen haben könne und beurteilt diese daher letztlich nicht als adäquate Alternative zum Stellenplansystem. Abgesehen davon, dass all diese Vorschläge graue Theorie sind und eine Prognose über die Wirksamkeit dieser Konzepte nicht aufgestellt werden kann, halte ich die von *Schrammel* und *Mosler* vorgeschlagenen Maßnahmen allenfalls gekoppelt mit dem Stellenplansystem für wirksam, nicht jedoch isoliert. In diesem Sinne gehe ich von einer Adäquanz des Planstellensystems aus.

Zuletzt ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, also die allgemeine sachliche Rechtfertigung oder Angemessenheit der Maßnahme zu beurteilen, und zwar durch eine Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffes und dem Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Interessen. Nach *Schramme*⁷⁸³ bestehen im Rahmen dieser Gesamtabwägung Zweifel, ob das Stellenplansystem ein zur Erreichung der erwähnten öffentlichen Interessen verhältnismäßiger Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen ist. Es liege der Verdacht nahe, dass das Stellenplansystem in erster Linie dem Schutz der Vertragsärzte vor unerwünschter Konkurrenz dient.

Ganz allgemein fallen Ausübungsbeschränkungen weniger ins Gewicht als Antrittsschranken. Nachdem sich jeder Arzt als Wahlarzt niederlassen kann und so uneingeschränkter „Zugang“ zum selben Patientenkreis wie die Vertragsärzte hat, ist er zweifellos in das System eingebunden, wenn gleich auch wirtschaftlich etwas schlechter gestellt. Sohin ergibt sich, dass der Grundrechtseingriff im Falle

⁷⁸² *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 261 ff (264).

⁷⁸³ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts*²¹, 5.3.3.2.1.

des Kassenarztsystems nicht allzu schwer wiegt. Die öffentlichen Interessen, die den Eingriff rechtfertigen sollen, werden demgegenüber vom Verfassungsgerichtshof relativ hoch bewertet: Gewissen Rechtsgütern kommt nämlich ein höherer Stellenwert zu als anderen, wozu auch der Bereich des Gesundheitswesens und Gesundheitsschutzes zählt.⁷⁸⁴ Der Etablierung eines funktionierenden und finanzierbaren Versorgungssystems und den darin verwirklichten öffentlichen Interessen muss mE mehr Gewicht zukommen, als einem doch so geringfügigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit des einzelnen Arztes.

Somit ergibt sich, dass der Stellenplan allenfalls eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit darstellt, diese aber im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes aufgrund der bestehenden öffentlichen Interessen und des hohen Stellenwerts der verfolgten Ziele gerechtfertigt und daher nicht verfassungswidrig ist.

*Schrammel*⁷⁸⁵ merkt an, dass auch bei diesem Ergebnis immer noch zu fragen bleibt, ob denn der „konkrete“ Stellenplan dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot entspricht. Die Gesamtvertragsparteien haben jedenfalls eine „ausgewogene Regelung“ zu treffen.⁷⁸⁶ Diese Ausgewogenheit könne aber nicht alleine aus Sicht der Klientel der KVTr, der Patienten, beantwortet werden. Vielmehr müsse auch auf die Interessen der durch die Ärztekammer vertretenen Ärzteschaft Bedacht genommen werden. Zu fragen sei, aus welchen sachlichen Gründen bestimmte Ärzte von der direkten kassenärztlichen Versorgung ausgeschlossen und damit auf die Wahlarztversorgung verwiesen werden. Die berufsrechtlichen Bestimmungen über die Ausübung des ärztlichen Berufes würden dabei deutlich zeigen, dass der Gesetzgeber den freien Wettbewerb zwischen Ärzten durchaus als im öffentlichen Interesse gelegen ansieht. Das Argument, es solle damit jedem niedergelassenen Arzt eine entsprechende

⁷⁸⁴ *Grabenwarter*, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 94.

⁷⁸⁵ *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.1.; *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen, 87 ff.

⁷⁸⁶ § 342 Abs 1 und 2 ASVG: „ausreichende ärztliche Versorgung“.

Kundschaft garantiert werden, schlägt insofern fehl. Mit dem Versorgungsargument alleine lasse sich diese Differenzierung auch nicht begründen, denn dass der freie Wettbewerb in der Sozialversicherung zu Versorgungslücken führe, sei nicht erwiesen. Es bleibe daher nur mehr das Kostenargument als sachliches Differenzierungskriterium. Dieses Argument versage aber schon unabhängig von der oben dargestellten Kritik aufgrund § 131 Abs 1 ASVG, wenn die Versorgung nicht ausreichend ist. Eine grundrechtskonforme Zulassungsordnung müsse jedenfalls eine großzügige Zulassung außerhalb von dauernd gewidmeten Stellen ermöglichen. Diesen Anforderungen würden die Gesamtverträge jedoch oft nicht genügen.

8 Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Vergabe

8.1 Die Anforderungen an die gesamtvertragliche Normsetzung

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei den Gesamtverträgen um Normenverträge; sie schaffen generelle Normen, die über den Kreis der Vertragspartner hinaus fremdbestimmende Rechtsetzungswirkung haben.⁷⁸⁷ Sie beruhen auf öffentlichem Recht, sind aber selbst keine Verordnungen sondern vielmehr Rechtsquellen *sui generis*. Die klassische Vertragsfreiheit des Privatrechts kommt ihnen nicht zu; sie haben die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Bindungen zu beachten und umzusetzen.⁷⁸⁸

Der Oberste Gerichtshof hat in Zusammenhang mit der Honorarordnung festgestellt, dass die gesamtvertragliche Rechtsetzung nicht dem freien Ermessen der Vertragspartner unterliegt, sondern jedenfalls die Grundsätze der Billigkeit und von Treu und Glauben zu wahren sind. In seiner Begründung ist der Oberste Gerichtshof in dieser Sache weitgehend einer Argumentation *Krejci*⁷⁸⁹ gefolgt.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Siehe dazu oben Punkt 2.2.1.2.

⁷⁸⁸ *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff.

⁷⁸⁹ *Krejci*, VersRdSch 1991, 145 ff.

Dieser geht davon aus, dass der Gesamtvertrag nach dem ASVG den Inhalt und damit die Leistung der Einzelverträge gestaltet. Eine solche Fremdbestimmung durch Dritte sei nur nach billigem Ermessen zulässig, wobei die Einhaltung dieses Ermessensspielraumes durch die Gerichte zu kontrollieren sei. Ein Gesamtvertrag, der etwa keine kostendeckende Honorierung vorsehe, überschreite das billige Ermessen und begründe daher Schadenersatzansprüche des Vertragsarztes gegen die Gesamtvertragsparteien.

*Tomandl*⁷⁹¹ vertritt die Auffassung, dass nicht ein derartiger zivilrechtlicher Ansatz, sondern vielmehr ein grundrechtlicher Ansatz angemessen sei. Man könne die zwingende Wirkung des Gesamtvertrages nicht mit privatrechtlichen Konstruktionsmodellen erklären. Denn mit den Instrumenten des österreichischen Privatrechtes lasse sich die Rechtsstellung dritter Personen nicht zwingend gestalten. *Tomandl* meint, es gebe „für die zwingende Wirkung des Gesamtvertrages keine andere Erklärung als die Einräumung einer speziellen Rechtsetzungsmacht durch den Gesetzgeber“. Wie die Kollektivverträge seien auch die Gesamtverträge nicht nur an den einfachen Gesetzen zu messen, sondern auch an die Grundrechte gebunden. Die Rechtsetzungsmacht sei insbesondere den im Gleichheitssatz eingeschlossenen Prinzipien der Sachangemessenheit und Verhältnismäßigkeit verpflichtet.

*Funk*⁷⁹² meint, der Einwand *Tomandls* gegen die Begründung des Obersten Gerichtshofes und gegen die Argumentation *Krejci* beziehe sich auf Prämissen, unter denen das Rechtsproblem aufgerollt werde, also um die Alternative zwischen der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise. *Funk* sieht darin aber wenig Bedeutung für das jeweils zu gewinnende Ergebnis, denn beide Ansätze führen seiner Ansicht nach zu den gleichen Konsequenzen. Er erklärt dies plausibel damit, dass „die Gute-Sitten-Klauseln des Privatrechts auf denselben Grundwerten beruhen wie die verfassungsrechtlich verankerten Gebote

⁷⁹⁰ OGH 16.12.1992, 2 Ob 20/92 = VersRdSch 1993, 137; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff; *Krejci*, VersRdSch 1991, 145 ff; kritisch *Tomandl*, *ecolex* 1993, 328.

⁷⁹¹ *Tomandl*, *ecolex* 1993, 328; mwN.

⁷⁹² *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff.

der *Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit*“. Sowohl die gesamtvertragliche Regelung des Auswahlverfahrens als auch die tatsächliche Vergabe der Einzelverträge sind jedenfalls an die Grundsätze der „*sachgerechten Gleichbehandlung, der objektiven Auswahl und der Garantie eines fairen Verfahrens*“ gebunden.

Daraus lassen sich wiederum Anforderungen an die Vergabepraxis ableiten. Als geeignete Orientierungshilfe für die Gestaltung der leitenden Grundsätze der gesamtvertraglichen Regelungen über die Vergabe der Einzelverträge kommt nach *Funk*⁷⁹³ das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe in Betracht.⁷⁹⁴ Übertragen werden könne insbesondere das Prinzip der öffentlichen Ausschreibung. Über diese muss ein ungehinderter Zugang zur Bewerbung möglich sein, woraus sich wiederum entsprechende Anforderungen an die Publizität und an Bewerbungsfristen ergeben. In diesem Sinne stellt *Funk* fest, dass bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern um Kassenarztstellen Entscheidungen nach objektiven und nachprüfbaren Kriterien getroffen werden müssen und eine Begründung der Auswahlentscheidungen erforderlich sei, und zwar in Form einer zweifachen Begründungspflicht. Denn die Entscheidung habe im Falle mehrerer Bewerber eine doppelte Wirkung, da mit der Annahme einer Bewerbung ablehnend über die übrigen entschieden werde. Die Begründungspflicht sei deshalb eine doppelte, da auch die übergangenen Bewerber das Recht haben, zu erfahren, warum einem anderen Konkurrenten der Vorzug gegeben wurde. Nach *Funk* bilden sowohl die Ausschreibung, als auch die entsprechende Begründung das „*rechtsstaatliche Pflichtprogramm*“ bei der Vergabe von Kassenverträgen.

Für die angewandten Reihungskriterien kann gefolgert werden, dass nicht nur jene Kriterien, die die bestmögliche medizinische Versorgung der Versicherten sicherstellen sollen, unproblematisch sind. Diesen Maßstab vermögen insbesondere jene Kriterien zu erfüllen, die die Qualifikation der

⁷⁹³ *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff.

⁷⁹⁴ Zur Frage der Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts auf die Vergabe von Kassenverträgen siehe ausführlich unten Punkt 8.2.

Bewerber in den Vordergrund stellen. Allerdings kann die Qualität nicht das alleinige Kriterium sein, auf das bei der Reihung Bedacht genommen werden darf. Die Entscheidung muss vielmehr auch stets auf objektiven und nachprüfaren Erwägungen beruhen und die Kriterien für eine Wahl müssen transparent und sachlich gerechtfertigt sein.⁷⁹⁵ Diesen Anforderungen wird dann jedenfalls nicht entsprochen, wenn die Reihungskriterien so ausgestaltet sind, dass persönliche Umstände des einen Bewerbers die bessere Qualifikation des anderen Bewerbers völlig verdrängen. Die In-Vertragnahme eines nicht ausreichend qualifizierten Bewerbers widerspräche jedenfalls dem Konzept des ASVG. Schlägt die Ärztekammer einen Bewerber vor, mit welchem der KVTr nicht kontrahieren möchte, da ein besser qualifizierter Bewerber zur Verfügung steht, so ist diesem Bewerber der Vorzug zu geben.⁷⁹⁶ Nach der Ansicht *Schrammels*⁷⁹⁷ ist jedoch die Auswahl der Bewerber nach sachlichen Gesichtspunkten schon ein „*einfachgesetzliches Gebot*“; es müsse daher auf das verfassungsgesetzliche Gleichheitsgebot, das zu einer sachlichen Auswahl verpflichtet, gar nicht zurückgegriffen werden.

8.2 Die Anwendbarkeit Bundesvergaberechts

Wie eben angesprochen, hat schon *Funk*⁷⁹⁸ im Vergaberecht eine geeignete Orientierungshilfe für die Gestaltung der leitenden Grundsätze der gesamtvertraglichen Regelungen über die Vergabe der Einzelverträge erkannt. Was tatsächlich aus diesem Rechtsbereich zu gewinnen ist, sowie die Frage der Anwendbarkeit des BVergG auf die Vergabe von Kassenverträgen soll im Folgenden untersucht werden.

Ziel des Vergaberechts ist es, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eine diskriminierungsfreie, den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbs

⁷⁹⁵ OGH 12.2.2002, 4 Ob 31/02s. So auch *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff.

⁷⁹⁶ BSK 29.11.2000, R 2-BSK/00 = SSV-NF 14/A 1. Vgl auch *Schrammel*, ZAS 2002/8.

⁷⁹⁷ *Schrammel*, ZAS 2002/8.

⁷⁹⁸ *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff.

entsprechende, transparente Vorgangsweise zu erreichen, und zwar durch die Einhaltung bestimmter Verfahren gemeinsam mit der Schaffung eines Rechtsschutzsystems.⁷⁹⁹ Derzeit steht das BVergG 2006⁸⁰⁰ in Geltung.

Von der Rechtsprechung⁸⁰¹ wurde die Frage, ob bei der Vergabe von Einzelverträgen Bundesvergaberecht zur Anwendung kommen muss lange Zeit offen gelassen. Seit einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 2004 ist klar, dass die Einzelvertragsvergabe nicht in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG fällt.⁸⁰²

Der Vollständigkeit halber sollen nun zunächst die Rechtslage und der Meinungsstand im Schrifttum in der Zeit vor dem Erkenntnis des Höchstgerichts einer näheren Prüfung unterzogen werden. Der überwiegende Teil der Lehre ging nämlich anders als der Verfassungsgerichtshof von einer Anwendbarkeit des BVergG aus.

8.2.1 Der persönliche Geltungsbereich

Nach dem BVergG 1997⁸⁰³ bestand kein Zweifel daran, dass die KVTr vom persönlichen Geltungsbereich des Vergaberechts erfasst sind, denn § 11 Abs 1 Zif 4 BVergG 1997 legte explizit fest, dass die SozVTr und der Hauptverband als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Gesetzes anzusehen sind. Schon mit der Einführung des BVergG 2002⁸⁰⁴ wurde der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes in § 7 Abs 1 Zif 2 BVergG 2002, der dem nunmehr gültigen § 3 Abs 1 Zif 2 BVergG 2006 entspricht, in anderer Weise umschrieben. Demgemäß waren und sind vom persönlichen Geltungsbereich nur solche Einrichtungen erfasst, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im

⁷⁹⁹ *Elsner*, BVergG 2006², Rz 59.

⁸⁰⁰ Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

⁸⁰¹ OGH 4.5.2004, 4 Ob 77/04h.

⁸⁰² VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

⁸⁰³ Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG 1997), BGBl. I Nr. 56/1997.

⁸⁰⁴ Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002.

Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Sie müssen zumindest teilrechtsfähig sein. Letzte Voraussetzung ist, dass sie überwiegend von Auftraggebern gemäß Zif 1 leg cit⁸⁰⁵ oder anderen Einrichtungen im gerade umschriebenen Sinne der Zif 2 leg cit finanziert werden oder aber hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Zif 1 leg cit oder anderen Einrichtungen im Sinne der Zif 2 leg cit ernannt worden sind.

Diese Voraussetzungen dürften die KVTr wohl erfüllen. Fraglich ist aber vor allem, ob die Ärztekammern bei der Vergabe eines Einzelvertrages als Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 anzusehen wären, denn definitionsgemäß ist nach § 2 Zif 8 BVergG 2006 ein Auftraggeber nur derjenige, *„der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt“*. Zweifelsohne erteilt die Ärztekammer an den Bewerber keinen Auftrag, denn der Einzelvertrag wird zwischen dem KVTr und dem Bewerber geschlossen. Es steht aber ebenso zweifelsfrei fest, dass die jeweilige Ärztekammer am Vergabeverfahren wesentlich beteiligt ist und jedenfalls die Vorbereitung der Vergabeentscheidung bei dieser vollkommen zentriert ist.⁸⁰⁶ Letzte Zweifel lassen sich schließlich durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien entkräften. In der Regierungsvorlage zum BVergG 2006 - wie auch schon in jener zum BVergG 2002 - wird nämlich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Hauptverband der SozVTr, die einzelnen SozVTr selbst sowie auch die beruflichen Interessenvertretungen - und daher die Ärztekammern - vom persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden sollen.⁸⁰⁷ Diese alle sind daher als *„öffentliche Auftraggeber“* im Sinne des Gesetzes anzusehen und unter den persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 zu subsumieren.

⁸⁰⁵ Das sind die Gebietskörperschaften, also Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände.

⁸⁰⁶ So auch schon zum BVergG 2002 *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 420.

⁸⁰⁷ RV 1171 BlgNR XXII.GP.

Dies ist auch nach dem erwähnten, die Anwendbarkeit des BVergG verneinenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes unbestritten.

8.2.2 Der sachliche Geltungsbereich

Bis zu dem Erkenntnis des Höchstgerichts⁸⁰⁸ war nicht klar, ob die Vergabe von Kassenverträgen dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegt. Der Oberste Gerichtshof⁸⁰⁹ hatte diese Frage zuletzt offen gelassen, in der Lehre wurde sie überwiegend bejaht.⁸¹⁰

Hauptargument gegen eine Anwendbarkeit des BVergG war, dass das ASVG ohnehin ein eigenes Vergabeverfahren vorsehe und daher als *lex specialis* dem BVergG vorgehe. Zudem würden wesentliche Bestimmungen des BVergG nicht passen, wie etwa, dass der Bewerber ein „Angebot“ im Sinne des § 2 Zif 3 BVergG 2006 abgeben muss,⁸¹¹ die Bewerber um einen Kassenvertrag hingegen lediglich eine Bewerbung und kein „Angebot“ abgeben. Ein solches setze nämlich voraus, dass der Preis der Leistung nicht vorausbestimmt ist. Die Höhe des Honorars der Kassenärzte werde aber im jeweiligen Gesamtvertrag verbindlich und zweiseitig zwingend festgelegt.⁸¹²

*Kietaibl*⁸¹³ meint, dass diese Einwände allesamt auf Einzelvertragsabschlüsse auf Grundlage eines gültigen und bestehenden Gesamtvertrages bezogen seien. Dem Argument, das ASVG gehe als *lex specialis* dem BVergG vor, sei entgegensetzen, dass das ASVG, der auf dessen

⁸⁰⁸ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

⁸⁰⁹ OGH 4.5.2004, 4 Ob 77/04h.

⁸¹⁰ *Kietaibl*, ZAS 2007/9. Vgl zum BVergG 1997: *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt, 152 ff; *Mosler*, DRdA 1996, 430; *Funk*, VersRdSch 3/1995, 51 ff; vgl zum BVergG 2002: *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 419 ff; *Mosler*, in Kneihls/Lienbacher/Runggaldier, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherung?, 154 f; *Herzig*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 99 ff.

⁸¹¹ Vgl §§ 28 ff BVergG 2006.

⁸¹² *Kietaibl*, ZAS 2007/9. Vgl zum BVergG 2002: *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 420.

⁸¹³ *Kietaibl*, ZAS 2007/9.

Grundlage geschlossene Gesamtvertrag sowie die Reihungskriterien-VO keinen dem Vergaberecht gleichwertigen Rechtsschutz enthalten. Noch weniger könne dieser Einwand im vertragslosen Zustand überzeugen, da die als *leges speciales* in Betracht kommenden Bestimmungen des ASVG sowie die Reihungskriterien im Gesamtvertrag bei Fehlen eines solchen nicht zur Anwendung kommen. *Kietaibl* geht daher davon aus, dass die Vergabe von Einzelverträgen bei Fehlen eines Gesamtvertrages jedenfalls dem BVergG 2006 zu unterstellen ist.

Der Verfassungsgerichtshof stützte sich in seinem ablehnenden Erkenntnis jedoch auf keines der eben genannten Argumente, sondern darauf, dass zwischen dem Kassenarzt und dem SozVTr weder ein Dienstleistungsauftrag, noch eine Dienstleistungskonzession und damit kein Dienstleistungsverhältnis iSd BVergG vorliege und dieses daher nicht zur Anwendung kommen könne.⁸¹⁴

8.2.3 Die Auftragsarten

Auch vor der höchstgerichtlichen Entscheidung war umstritten, um welche Auftragsart es sich bei der Vergabe einer Kassenplanstelle handeln könne. In Betracht käme die Einstufung des Kassenvertrags als „*Dienstleistungsauftrag*“⁸¹⁵ oder als „*Dienstleistungskonzession*“⁸¹⁶. Die Unterscheidung ist relevant, da für Dienstleistungskonzessionsverträge nicht alle Bestimmungen des BVergG 2006 zur Anwendung kommen.⁸¹⁷ In Erwägung gezogen wurde vor allem die Einstufung als Dienstleistungsauftrag für nicht-prioritäre Dienstleistungen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich bei Dienstleistungsaufträgen um entgeltliche Aufträge, die keine Bau- und

⁸¹⁴ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

⁸¹⁵ § 6 BVergG 2006.

⁸¹⁶ § 8 BVergG 2006.

⁸¹⁷ § 11 BVergG 2006: Demnach kommen für Dienstleistungskonzessionsverträge nur die Bestimmungen § 3 Abs 1 und 5 (Definition öffentlicher Auftraggeber und sonstiger zur Anwendung des BVergG verpflichtete Auftraggeber), § 8 (Definition Dienstleistungskonzessionsverträge), § 11 (Schwellenbereiche); § 49 (freiwillige Bekanntmachungen auf Gemeinschaftsebene), § 355 (Korrekturmechanismus und Verfahren der Republik Österreich mit der Kommission), § 344 (Strafbestimmungen) und § 345 Abs 1 bis 3 BVergG 2006 (In-Kraft-Treten, Außer-Kraft-Treten, Übergangsbestimmungen) zur Anwendung.

Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der im Anhang des Gesetzes definierten prioritären⁸¹⁸ oder nicht-prioritären⁸¹⁹ Dienstleistungsaufträge sind. Prioritäre Dienstleistungen unterliegen dem Vergaberecht vollständig, während die nicht-prioritären Dienstleistungen nur einem eingeschränkten Vergaberegime unterliegen.⁸²⁰

Dienstleistungskonzessionsverträge hingegen sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, 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. Nach dem Gemeinschaftsrecht besteht keine einheitliche Definition einer Konzession. Festgelegt wurden bloß einige Merkmale, die vorliegen müssen, um eine Konzession annehmen zu können. So müssen die Nutznießer der zu erbringenden Leistung dritte, am Vertrag nicht beteiligte Personen sein. Durch die zu erbringende Leistung muss eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden; es muss sich also um eine Aufgabe handeln, deren Erfüllung grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt. Die Vergütung des Konzessionärs muss entsprechend der geleisteten Dienste erfolgen und dieser muss letztlich auch das wirtschaftliche Risiko bei der Aufgabenerfüllung tragen.⁸²¹

Diese Voraussetzungen sah die Lehre beim Kassenvertrag zwar grundsätzlich erfüllt, gestand jedoch zu, dass die Gegenleistung für die vertragsärztliche Tätigkeit ausschließlich das Honorar entsprechend der gesamtvertraglich vereinbarten Honorarordnung sei. Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürfe die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen bei Dienstleistungskonzessionsverträgen aber ausschließlich in dem *„Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines*

⁸¹⁸ Vgl Anhang III zum BVergG 2006.

⁸¹⁹ Vgl Anhang IV zum BVergG 2006. Hierzu zählt auch das Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen.

⁸²⁰ *Elsner*, BVergG 2006², Rz 29. Vgl zu den nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen sogleich unten.

⁸²¹ Vgl die Schlussanträge des Generalanwalts *Alber*, EuGH Rs C-108/98, *RLSAN.*, Rn 50.

*Preises*⁸²² bestehen. Dieses Kriterium sei bei der Vergabe eines Kassenvertrages jedenfalls nicht erfüllt. In Betracht komme daher vielmehr, die Einzelvertragsvergabe als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages für nicht-prioritäre Dienstleistungen im Sinne des § 6 iVm Anhang IV⁸²³ BVergG 2006 zu qualifizieren.

Auch in dem Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof stützten sich die Beschwerdeführer darauf, dass es sich um eine Vergabe eines Dienstleistungsauftrags für nicht-prioritäre Dienstleistungen handle.⁸²⁴

Wie erwähnt, stellte das Höchstgericht fest, dass zwischen dem Kassenarzt und dem SozVTr weder ein Dienstleistungsauftrag, noch eine Dienstleistungskonzession und damit gar kein Dienstleistungsverhältnis im Sinne des BVergG vorliege und lehnte aus diesem Grund die Anwendung von Bundesvergaberecht bei der Besetzung von Kassenplanstellen ab.⁸²⁵

8.2.4 Die Folgen einer Anwendung des BVergG 2006

Im Folgenden wird - im Sinne der vor dem höchstgerichtlichen Erkenntnis bestehenden überwiegenden Lehrmeinung - von der Qualifikation der Vergabe eines Kassenvertrages als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages für nicht-prioritäre Dienstleistungen im Sinne des § 6 iVm Anhang IV BVergG 2006 und damit von der theoretischen Anwendbarkeit des BVergG 2006 bei aufrechtem Gesamtvertrag ausgegangen; dies, um zu prüfen, ob das praktizierte Vergabeverfahren von Kassenverträgen dessen Vorgaben gerecht würde.

Bei Anwendbarkeit des BVergG 2006 müssten Kassenverträge entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs und der

⁸²² § 8 BVergG 2006.

⁸²³ Vgl Kategorie 25 des Anhangs IV zum BVergG 2006: Nicht-prioritäre Dienstleistungen im Gesundheits-, Veterinär und Sozialwesen.

⁸²⁴ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367; BVA 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28 = RPA 2002, 170.

⁸²⁵ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367. Siehe dazu sogleich unten Punkt 8.2.5.

Gleichbehandlung aller Bewerber an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen vergeben werden.⁸²⁶ Offene Stellen müssten neutral ausgeschrieben und nach objektiven Kriterien vergeben werden. In der Ausschreibung der Stelle müssten alle Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung angegeben werden.

Wohlgemerkt, diese Grundsätze bestehen nicht nur nach dem Vergaberecht, sondern ergeben sich schon aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.⁸²⁷ Dem Vergaberecht sind jedoch viel detailliertere Vorgaben und Kriterien zu entnehmen, weshalb es zusätzlichen Schutz gewährleistet.⁸²⁸ Insbesondere sehen die §§ 291 ff BVergG 2006 einen besonderen behördlichen Rechtsschutz vor, wie er für übergangene Bewerber um einen Kassenvertrag nach dem ASVG nicht besteht. Denn dieses enthält lediglich die Anordnung, dass die Auswahl der Vertragsärzte im Einvernehmen zwischen KVTr und Ärztekammer zu erfolgen hat und dass durch eine Verordnung verbindliche Reihungskriterien festzulegen sind.⁸²⁹ Bei Nichteinigung zwischen KVTr und Ärztekammer kann von beiden Parteien die jeweilige Landesschiedskommission⁸³⁰ angerufen werden. Zur Schlichtung von Streitigkeiten in rechtlichem und tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag sind die Paritätischen Schiedskommissionen⁸³¹ berufen, wobei nur eine Partei eines bestehenden Einzelvertrages, nicht aber der übergangene Bewerber antragsberechtigt ist.⁸³² Für

⁸²⁶ § 19 Abs 1 BVergG 2006.

⁸²⁷ Siehe dazu oben Punkt 7.2.

⁸²⁸ *Kietaibl*, ZAS 2007/9.

⁸²⁹ § 343 Abs 1 ASVG.

⁸³⁰ § 345a ASVG. Siehe zur Landesschiedskommission bereits eingehend oben Punkt 2.2.1.4.1. Vgl insb auch *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 661 f; *Souhrada*, SozSi 1990, 18; *Reif*, SozSi 1991, 594.

⁸³¹ § 344 ASVG. Siehe zu den Paritätischen Schiedskommissionen bereits eingehend oben Punkt 2.2.2.6.1. Vgl insb auch *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht², 650; *Souhrada*, JBl 1982, 519; *Geppert*, DRdA 1987, 177; *Souhrada*, SozSi 1990, 18; *Reif*, SozSi 1991, 594.

⁸³² § 344 Abs 1 ASVG; § 2 SchKV. RV 1098 BlgNR XVII.GP.; veröffentlicht auch bei *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG, Vorbem zu den § 344, 345, 345a, 346 und 347, 1624. Vgl auch *Souhrada*, SozSi 1990, 18.

den übergangenen Bewerber besteht daher keine Möglichkeit, eine der Schiedskommissionen anzurufen.⁸³³

Es kann daher festgehalten werden, dass im ASVG für den übergangenen Bewerber um eine Kassenplanstelle ein dem Rechtsschutzsystem für den nicht zum Zuge gekommenen Bieter nach dem BVergG 2006 vergleichbares Verfahren nicht besteht.

Nun zu den Verfahrensvorschriften beim Vergabeakt an sich: Das Bundesvergaberecht sieht unterschiedliche Regime vor, je nachdem, ob Dienstleistungsaufträge im „Oberschwellen-“, oder „Unterschwellenbereich“ vergeben werden; jenes im Oberschwellenbereich ist naturgemäß als das strengere anzusehen. Durch die Bestimmung des § 12 BVergG 2006 werden beide Bereiche definiert. Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen demnach im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer bei Dienstleistungsaufträgen mindestens € 206.000,00 beträgt.⁸³⁴ Bei Dienstleistungsaufträgen für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist je nachdem, ob es sich um einen befristeten oder einen unbefristeten Auftrag handelt, ein anderer Wert als geschätzter Auftragswert anzusetzen. Bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von höchstens 48 Monaten ist es der geschätzte Gesamtwert für die Laufzeit des Vertrages. Bei unbefristeten Aufträgen oder bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten wird das 48fache des zu leistenden Monatsentgelts herangezogen.⁸³⁵

Bei unbefristeten Kassenverträgen dürfte das 48fache des Monatsentgelts wohl eine € 206.000,00 übersteigende Summe ausmachen und der diesbezügliche nicht-prioritäre Dienstleistungsauftrag daher in den Oberschwellenbereich fallen.

§ 25 BVergG 2006 regelt die verschiedenen Verfahrensarten und sieht dabei ein offenes Verfahren, ein nicht offenes Verfahren, ein

⁸³³ *Kietaibl*, ZAS 2007/9; *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 420.

⁸³⁴ § 12 Abs 1 Zif 2 BVergG 2006.

⁸³⁵ § 16 Abs 2 Zif 1 und 2 BVergG 2006.

Verhandlungsverfahren, eine Rahmenvereinbarung, ein dynamisches Beschaffungssystem, einen wettbewerblichen Dialog und eine Direktvergabe vor. Gemäß § 27 BVergG 2006 können die Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Die Regelungen §§ 37 und 38 BVergG 2006 enthalten jene Tatbestände, bei deren Vorliegen im Unterschwellenbereich zusätzlich zu den §§ 27 bis 30 BVergG 2006 genannten Situationen besondere Verfahrensarten für Auftragsvergaben zur Anwendung gelangen können.⁸³⁶ Dabei besteht gemäß § 37 BVergG 2006 im Unterschwellenbereich die Möglichkeit, Aufträge im nicht offenen Verfahren *ohne* vorherige Bekanntmachung zu vergeben, sofern dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen, und wenn bei (Liefer- und) Dienstleistungsaufträgen, der geschätzte Auftragswert € 80.000,00 nicht erreicht. Gemäß § 38 Abs 1 leg cit können (Liefer- und) Dienstleistungsaufträge im Unterschwellenbereich stets im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung vergeben werden.⁸³⁷

Abgesehen davon, dass die Einzelvertragsvergabe vermutlich stets in den Oberschwellenbereich fallen wird, kommt wegen der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben im Gesamtvertrag für die Vergabe der Einzelverträge im Grunde ohnehin nur das offene Verfahren in Betracht⁸³⁸; bei diesem wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, weshalb es den größtmöglichen Wettbewerb zwischen den Bietern sichert.⁸³⁹

Beachtlich werden ferner die Vorschriften über die sog „*Bekanntmachung*“⁸⁴⁰ vor der Auftragsvergabe sein. Im Vergabeverfahren ist sie das zentrale Mittel zur Erfüllung des gemeinschafts- und primärrechtlichen

⁸³⁶ RV 1171 BlgNR XXII.GP.

⁸³⁷ Vgl *Elsner*, BVergG 2006², Rz 103 f. Siehe zu dieser förmlichen Bekanntmachung sogleich unten.

⁸³⁸ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 420.

⁸³⁹ § 25 Abs 2 BVergG 2006. *Elsner*, BVergG 2006², Rz 85

⁸⁴⁰ §§ 46 ff BVergG 2006.

Transparenzgebotes für öffentliche Beschaffungen.⁸⁴¹ Die Publizität soll es potenziellen Interessenten die freie Entscheidung ermöglichen, ob eine konkrete Vergabe für sie von Relevanz ist. Erfolgt eine Auftragsvergabe unter Außerachtlassung jeglicher Bekanntmachung, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung besteht bzw ein entsprechender Ausnahmetatbestand erfüllt ist, so stellt dies eine wesentliche Verletzung der Vergabevorschriften dar und beeinträchtigt den Wettbewerb unwiederbringlich und fundamental.⁸⁴²

Nun enthält die Regelung des § 50 BVergG 2006 die bereits gemeinschaftsrechtlich festgelegte Verpflichtung zur Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Die Einzelvertragsvergabe wird wie gesagt in aller Regel in diesen Bereich fallen.⁸⁴³ Für die nationale Bekanntmachung von Vergaben können die Publikationsmedien und Veröffentlichungsmodalitäten durch Verordnung des Bundeskanzlers und der Landesregierungen geregelt werden.⁸⁴⁴ Eine solche Verordnung gibt es für die Ausschreibung von Kassenverträgen nicht. In den Gesamtverträgen wird regelmäßig die Bekanntmachung der Einzelvertragsvergabe durch Veröffentlichung in den Mitteilungen sowie auf der Homepage der jeweiligen Ärztekammer vorgesehen, was wohl als ausreichend anzusehen ist und mE die geforderte Transparenz gewährleistet.⁸⁴⁵

In Bezug auf bereits vergebene Aufträge enthält sodann § 54 BVergG 2006 eine entsprechende Bekanntmachungspflicht. Innerhalb von 48 Tagen nach der Zuschlagserteilung muss der Auftraggeber den Zuschlag der Kommission mitteilen, die das Ergebnis veröffentlicht. Bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen, wie es die Einzelvertragsvergabe wäre, hat der Auftraggeber anzugeben, ob er mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Diese sind also nur mit dessen Einverständnis bekannt zu machen, wobei der

⁸⁴¹ RV 1171 BlgNR XXII.GP. EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*; 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname. König/Reichel-Holzer*, BVergG 2006, § 46; *Elsner*, BVergG 2006², Rz 109.

⁸⁴² RV 1171 BlgNR XXII.GP. EuGH 24.1.1995, Rs C-359/93, *Kommission/Niederlande*; 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname. König/Reichel-Holzer*, BVergG 2006, § 46; *Elsner*, BVergG 2006², Rz 109.

⁸⁴³ Vgl Art 35 Abs 1 RL 2004/18/EG.

⁸⁴⁴ §§ 52 Abs 1, 55 Abs 2 BVergG 2006.

⁸⁴⁵ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung*, 423.

Auftraggeber sowohl die Veröffentlichung der gesamten Bekanntmachung als auch bloß einzelner Punkte untersagen kann.⁸⁴⁶ Die Bekanntmachung an die Kommission hat aber jedenfalls alle Informationen zu enthalten.⁸⁴⁷ Eine derartige Bekanntmachung über die Europäische Kommission erfolgt nach der „Zuschlagserteilung“ an einen Bewerber um einen Kassenvertrag jedenfalls nicht. In Bezug auf diese Publizitätsvorschrift im BVergG 2006 wäre das Vergabeverfahren nach dem ASVG daher wohl insuffizient.

Erhebliche Bedeutung haben im Bundesvergaberecht die §§ 130, 131 BVergG 2006. Nach § 130 Abs 1 BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) zu erteilen. Nach Abs 2 *leg cit* sind die Gründe für die Zuschlagserteilung schriftlich festzuhalten.⁸⁴⁸ Da im Falle des Kassenvertrages sowohl der Preis durch die Honorarordnung als auch die Bedingungen der Leistungserbringung durch den Gesamtvertrag zweiseitig verbindlich geregelt sind und daher weder technisch noch wirtschaftlich, noch preismäßig ein Angebot günstiger sein kann als ein anderes, passt die Bestimmung auf das Vergabeverfahren von Kassenverträgen nicht. *Mosler*⁸⁴⁹ meint, man könne die Bestimmung so auslegen, dass man dem bestqualifizierten Bewerber den Zuschlag erteilen muss.

*Kietaibl*⁸⁵⁰ bezweifelt überhaupt, ob die KVTr Einzelverträge nach dem Billigstbieterprinzip vergeben dürfen, und zwar schon alleine wegen der Vorgaben der Reihungskriterien-VO. § 80 Abs 3 BVergG 2006 erlaube eine Zuschlagserteilung nach dem Billigstbieterprinzip ausnahmsweise nur dann, wenn der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Leistung klar und eindeutig definiert

⁸⁴⁶ § 54 Abs 1 und 4 BVergG 2006. RV 1171 BlgNR XXII.GP. *König/Reichel-Holzer*, BVergG 2006, § 55; *Elsner*, BVergG 2006², Rz 115.

⁸⁴⁷ RV 1171 BlgNR XXII.GP. Vgl auch Art 35 RL 2004/18/EG.

⁸⁴⁸ *Elsner*, BVergG 2006², Rz 216.

⁸⁴⁹ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 424.

⁸⁵⁰ *Kietaibl*, ZAS 2007/9; bezogen auf den vertragslosen Zustand.

ist, sodass durch diese Festlegungen qualitativ gleichwertige Angebote sichergestellt sind. Bei der Einzelvertragsvergabe könne das nur dann und insoweit bejaht werden, als die KVTr in ihrer Ausschreibung den Katalog der vom Arzt geschuldeten Behandlungsleistungen auch in qualitativer Hinsicht festlegen und zusätzlich jeder Arzt schon durch das Berufsrecht zur Behandlung *lege artis* verpflichtet ist. Allerdings könne gegen die Zulässigkeit des Billigstbieterprinzips sprechen, dass die KVTr entsprechend der allgemeinen Vorgaben des ASVG zum Vertragspartnerrecht eine ausreichende Versorgung der Versicherten auch in qualitativer Hinsicht sicherzustellen haben. Insofern könne eine allfällig nach dem Vergaberecht bestehende Wahlmöglichkeit zwischen dem Best- und dem Billigstbieterprinzip eingeschränkt sein. In erster Linie sei bei Bestehen eines Gesamtvertrages und im vertragslosen Zustand die Qualifikation der Bewerber zu berücksichtigen. Der Preis dürfe erst bei mehreren gleich qualifizierten Bewerbern den Ausschlag geben. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.

Aus § 131 BVergG 2006 ergibt sich, dass der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich, elektronisch oder mittels Telefax, in Ausnahmefällen auch brieflich, mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (sog „*Zuschlagsentscheidung*“). Schon in dieser Mitteilung müssen das Ende der sog „*Stillhaltefrist*“⁸⁵¹, die Gründe für die Ablehnung des Angebots, die Vergabesumme sowie die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebots enthalten sein, sofern dies nicht öffentlichen Interessen oder berechtigten Geschäftsinteressen widerspricht. Der Zuschlag ist nichtig, wenn diese Verpflichtung nicht eingehalten wird. Ebenfalls bei sonstiger Nichtigkeit darf der Zuschlag nicht innerhalb von 14 Tagen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (sog „*Stillhaltefrist*“) erteilt werden,⁸⁵² innerhalb derer der

⁸⁵¹ Siehe zu dieser § 132 Satz 1 BVergG 2006 und sogleich unten.

⁸⁵² § 132 Satz 1 und 2 BVergG 2006.

Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung noch jederzeit abändern und auch zurücknehmen kann.⁸⁵³

Diese Bestimmungen müssten bei prinzipieller Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts auf die Einzelvertragsvergabe selbstverständlich auch eingehalten werden. Das hieße, der KVTr müsste noch vor dem Abschluss des Verfahrens alle verbliebenen Bewerber von dem einvernehmlich mit der Ärztekammer beschlossenen Ergebnis informieren und danach die vierzehntägige Stillhaltefrist einhalten. Erst nach deren Ablauf dürfe schließlich der Vertrag mit dem erstgereihten Bewerber abgeschlossen werden. Würde dieses Verfahren nicht eingehalten, so wäre der abgeschlossene Einzelvertrag nichtig. Dem entspricht das praktizierte Vergabeverfahren jedenfalls nicht.

Zuletzt sind die bereits erwähnten Rechtsschutzbestimmungen, §§ 291 ff BVergG 2006 zu untersuchen. Zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen⁸⁵⁴ im Oberschwellenbereich wurde auf Bundesebene eine vergabespezifische Rechtsschutzbehörde, das „*Bundesvergabeamt*“, eingerichtet,⁸⁵⁵ für dessen Mitglieder die verfassungsrechtlichen Garantien der Unabhängigkeit gelten.⁸⁵⁶ Auf Landesebene ist in Wien und Salzburg ein „*Vergabekontrollsenat*“ eingerichtet. In allen übrigen Bundesländern werden die Unabhängigen Verwaltungssenate als vergabespezifische Rechtsschutzbehörde tätig. Diese Behörden entscheiden über Nachprüfungsanträge von Bewerbern und Bieterinnen gegen bestimmte Entscheidungen des Auftraggebers, über einstweilige Verfügungen zur Gewährung von Rechtsschutz im Provisorialverfahren und über Feststellungsanträge nach erfolgter Zuschlagserteilung. Aufgrund

⁸⁵³ VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222. *Elsner*, BVergG 2006², Rz 220; mwN.

⁸⁵⁴ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (RL 89/665/EWG) idF der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (RL 2007/66/EG).

⁸⁵⁵ § 291 BVergG 2006.

⁸⁵⁶ § 291 BVergG 2006 iVm Art 89 B-VG.

verfassungsrechtlich gebotener Erstreckung⁸⁵⁷ besteht im Unterschwellenbereich ebenfalls Zuständigkeit der genannten Vergaberechtsschutzbehörden.

Das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt dient der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter, nicht hingegen der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. Bis zur Erteilung des Zuschlags bzw bis zur Widerrufserklärung kann jeder Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beantragen, sofern er ein Interesse am ausgeschriebenen Vertrag behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.⁸⁵⁸ Nach den Bestimmungen des BVergG 2006 kann der ausgeschiedene Bieter sein eigenes Ausscheiden gesondert anfechten.⁸⁵⁹ Die angefochtene Entscheidung ist nichtig zu erklären, wenn diese oder ihr vorausgegangene, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen den Antragsteller in den geltend gemachten Beschwerdepunkten verletzen und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.⁸⁶⁰ Es können dabei auch Teile der Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt werden.⁸⁶¹

In der oben besprochenen Entscheidung⁸⁶² des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahr 2001, bei der eine Bewerberin um einen Kassenvertrag diesen bloß deshalb nicht erhalten hatte, da sie sich uA mit dem Praxisvorgänger vorvertraglich nicht über die Ordinationsablöse einigen konnte, wäre eine derartige Rechtswidrigkeit, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, wohl gegeben gewesen. Bei Anwendbarkeit des BVergG 2006 könnte ein derart übergangener Bewerber um eine Kassenplanstelle die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung verlangen. Nach erteiltem Zuschlag, also Abschluss des Einzelvertrages, käme außerdem die Feststellung

⁸⁵⁷ VfGH 3.11.2000, G 110, 11/99-8.

⁸⁵⁸ § 320 Abs 1 BVergG 2006.

⁸⁵⁹ § 2 Zif 16 BVergG 2006.

⁸⁶⁰ § 325 Abs 1 BVergG 2006. *Elsner*, BVergG 2006², Rz 346; mwN.

⁸⁶¹ BVA 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28 = RPA 2002, 170.

⁸⁶² OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

der Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise in Betracht, die insbesondere für einen nachfolgenden Schadenersatzprozess von Bedeutung ist, der allerdings vor den ordentlichen Gerichten auszutragen wäre.⁸⁶³

8.2.5 Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes

*Mosler*⁸⁶⁴ plädierte bereits 2003 für eine entsprechende Einschränkung des Geltungsbereichs des BVergG bzw eine Änderung des ASVG, um die „*keineswegs sinnvolle Anwendung des BVergG auszuschließen*“. Zudem schlug er vor, die Möglichkeit der Anrufung der Schlichtungsstellen bereits für Bewerber um Kassenverträge zu eröffnen, denn dann könne man tatsächlich davon ausgehen, dass das ASVG ein dem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren vergleichbares System vorsieht, das dem BVergG 2006 als *lex specialis* vorgeht.

Weder die Einschränkung des Geltungsbereichs des BVergG, noch die Änderung des ASVG war letztlich notwendig. Denn die Frage der Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts auf die Vergabe von offenen Kassenplanstellen durch die KVTr wurde vom Verfassungsgerichtshof verneint.⁸⁶⁵

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführer hatten sich um verschiedene Kassenplanstellen beworben, die letztendlich an andere Bewerber vergeben wurden. In der Folge stellten die Beschwerdeführer beim Bundesvergabeamt⁸⁶⁶ die Anträge, das Bundesvergabeamt möge die Ausschreibung der einzelnen Kassenvertragsstellen im jeweiligen Publikationsorgan der zuständigen Ärztekammer sowie alle Folgeentscheidungen des Auftraggebers und die Entscheidung, eine Ordinationsablösevereinbarung als zusätzliches Zuschlagskriterium

⁸⁶³ So auch *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 426.

⁸⁶⁴ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 427.

⁸⁶⁵ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367; BVA 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28 = RPA 2002, 170.

⁸⁶⁶ BVA 26.6.2002, N-23/02-8. = RPA 2002, 170.

heranzuziehen, für nichtig erklären. Weiters wurde jeweils die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der das Vergabeverfahren ausgesetzt werden sollte.

Das Bundesvergabeamt erklärte sich hinsichtlich der Anträge für unzuständig. Dies wurde damit begründet, dass das Bundesvergabeamt nur Entscheidungen für nichtig erklären könne, deren Rechtswidrigkeit sich aus der Verletzung der für Dienstleistungsaufträge geltenden Bestimmungen des BVergG⁸⁶⁷ ergebe. Die Überwachung der Einhaltung anderer vergaberechtlicher Vorschriften, sowohl des BVergG als auch etwa jene des Europarechts, falle jedoch in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Gegen die zurückweisenden Bescheide richteten sich die auf Art 144 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 wurde.

Der Verfassungsgerichtshof erkannte: *„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 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 Einzelvertrags determiniert (§ 342 Abs 1 Zif 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 Heilbehandlung in der Regel kostenfrei verschafft. Die dabei anfallenden Kosten werden nämlich direkt zwischen Krankenversicherungsträger und den einzelnen Leistungserbringern*

⁸⁶⁷ In Geltung stand damals noch BVergG 1997, BGBl. I Nr. 56/1997.

verrechnet.⁸⁶⁸ 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.⁸⁶⁹ 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.“⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ Mit Verweis auf Mosler, DRdA 1996, 430.

⁸⁶⁹ Mit Verweis auf VfGH 25.11.2002, B 46/00 = VfSlg 16.697, betreffend Krankentransportdienstleistungen.

⁸⁷⁰ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

Für die Ausübung des im Gesamtvertrag vorgesehenen Vorschlagsrechtes der Ärztekammer zur Besetzung einer Kassenvertragsstelle sei im ASVG ein gesondertes Verfahren vorgesehen, gegen das aus Sicht des Verfassungsgerichtshofes keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Streitigkeiten um die Vertragsarztauswahl und insbesondere die Gleichbehandlung der Bewerber seinen kraft § 1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten auszutragen.⁸⁷¹

Im Ergebnis hatten die Beschwerdeführer vor dem Bundesvergabeamt sohin die Nachprüfung von „Vergabevorgängen“ begehrt, die nach Ansicht des Höchstgerichts dem BVergG nicht unterliegen und folglich auch einem Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesvergabeamt nicht zugänglich gemacht werden können. Die Zurückweisung der Anträge wegen Unzuständigkeit erfolgte daher nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes zu Recht. Dieses Ergebnis stehe 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“*.⁸⁷² Die Beschwerden waren daher abzuweisen.

Der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes ist grundsätzlich zuzustimmen und die Klarstellung der Nichtanwendbarkeit des Bundesvergaberechts bei der (Nach-)Besetzung von Kassenplanstellen durchaus zu begrüßen. An dieser Stelle möchte ich nochmals auf den Vorschlag *Moslers*⁸⁷³ zurückkommen, die Möglichkeit der Anrufung der Schlichtungsstellen bereits für *Bewerber* um Kassenverträge zu eröffnen, um so ein dem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren vergleichbares System im ASVG zu etablieren, das dem BVergG 2006 als *lex specialis* vorgehe. Ich halte dies nämlich nicht für sinnvoll. Die im ASVG vorgesehenen Schiedskommissionen sind lediglich zur

⁸⁷¹ Mit Verweis auf OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁸⁷² VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

⁸⁷³ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 427.

Entscheidung von Streitigkeiten der Parteien des Gesamtvertrages bzw eines Einzelvertrages zuständig. Die Kompetenz der Streitschlichtungseinrichtungen in dieser Weise zu beschränken, gewährleistet mE nicht nur die Schnelligkeit der Regulierung von Streitigkeiten unter den bereits bestehenden Vertragspartnern, die Einbeziehung von bloßen Bewerbern in dieses Streitschlichtungsmodell ist vielmehr - auch im Hinblick auf die Rechtsschutzrichtlinie (RL 89/665/EWG)⁸⁷⁴ – überhaupt nicht erforderlich, da jeder Bewerber Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche kraft § 1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten geltend machen kann, was als ausreichend iSd Rechtsschutz-RL 89/665/EWG anzusehen ist.⁸⁷⁵

9 Das Gemeinschaftsrecht

Wie in nahezu allen Bereichen der innerstaatlichen Rechtsordnung, spielt auch bei der Vergabe von Kassenverträgen das Gemeinschaftsrecht eine nicht unbeachtliche Rolle, da es durch primärrechtliche Vorgaben und durch bestimmte Vergaberichtlinien auf das Vergabeverfahren einwirkt. Primärrechtlich sind insbesondere die Niederlassungsfreiheit des Art 43 EGV und das generelle Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV zu beachten. Sekundärrechtlich interessieren vor allem einige Richtlinien, nämlich die Dienstleistungsrichtlinie⁸⁷⁶, die Rechtsschutzrichtlinie⁸⁷⁷ und die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ Siehe zu dieser sogleich unten Punkt 9.3.

⁸⁷⁵ So auch VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367; OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x. *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 428.

⁸⁷⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

⁸⁷⁷ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge.

⁸⁷⁸ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

9.1 Die Niederlassungsfreiheit

Das freie Niederlassungsrecht umfasst die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften. Geschützt werden grundsätzlich Unionsbürger, also Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates. Drittstaatsangehörige werden damit von der Niederlassungsfreiheit nicht erfasst.⁸⁷⁹

In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ist vor allem entscheidend, welche inhaltliche Reichweite ihr zukommt.⁸⁸⁰ Nach der stRspr des EuGH umfasst Art 43 EGV sowohl ein Diskriminierungsverbot als auch ein Beschränkungsverbot:

Die Niederlassungsfreiheit normiert ein Verbot der unterschiedlichen Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie bei der Gründung und Leitung von Unternehmen (Diskriminierungsverbot). Positiv formuliert kann man den Inhalt der gegenständigen Bestimmung des EGV auch als Gebot der Inländergleichbehandlung bezeichnen. Verboten sind sowohl direkte (rechtliche) als auch indirekte (tatsächliche) Diskriminierungen von Unionsbürgern.⁸⁸¹ Das freie Niederlassungsrecht verlangt die Beseitigung jeglicher Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.⁸⁸²

Nach der Rspr des EuGH enthält Art 43 EGV auch ein Beschränkungsverbot. Aufzuheben sind alle Beschränkungen, die darauf beruhen, dass eine Person etwa Berufserfahrungen in einem anderen Land erworben hat. Danach können selbst gleichbehandelnde Maßnahmen verboten sein, sofern sie

⁸⁷⁹ Art 43 EGV.

⁸⁸⁰ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 57f.

⁸⁸¹ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht*, Rz 1479 f.

⁸⁸² EuGH 31.5.2001, C-283/99, *Kommission/Italien*.

geeignet sind, die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁸⁸³

Insbesondere sind daher „Wohnortklauseln“ verboten, die etwa gewisse Rechtsvorteile an die Wohnsitznahme im Mitgliedsstaat knüpfen.⁸⁸⁴ Will sich ein Unionsbürger als Arzt in einem anderen Mitgliedsstaat niederlassen, so müssen auch die außerhalb des Gemeinschaftsgebietes erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten für die Zulassung berücksichtigt werden.⁸⁸⁵

Der EuGH stellt bei dem Beschränkungsverbot stets auf die Spürbarkeit einer Beschränkung ab und subsumiert nur solche Beschränkungen unter das Verbot des Art 43 EGV, die nicht zu ungewiss sind und zu indirekt wirken.⁸⁸⁶ Ferner ist auch bei der Niederlassungsfreiheit - ähnlich der *Keck*-Formel bei der Warenverkehrsfreiheit⁸⁸⁷ - zwischen Regelungen über den Berufszugang einerseits und Regelungen über die Modalitäten der Berufsausübung andererseits zu unterscheiden. Letztere sind vom Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausgenommen, sofern die gleichbehandelnd sind.⁸⁸⁸

Entsprechend der *Cassis*-Rechtssprechung⁸⁸⁹ hat der EuGH neben der Spürbarkeitsgrenze noch weitere Schranken der Niederlassungsfreiheit formuliert.

⁸⁸³ EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, *Konstantinidis*; 11.7.2002, Rs C-294/00, *Gräbner*; 1.2.2001, Rs C-108/96, *MacQuen*. Vgl dazu auch *Schrammel*, ZAS 2002/8.

⁸⁸⁴ EuGH 13.4.2000, Rs C-251/98, *C.Baars*. Vgl dazu auch *Schrammel*, ZAS 2002/8.

⁸⁸⁵ EuGH 4.7.2000, Rs C-424/97, *Haim II*. Vgl dazu auch *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹, 5.3.3.2.1.

⁸⁸⁶ EuGH 20.6.1996, verb Rs C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*.

⁸⁸⁷ EuGH 24.11.1993, verb Rs C- 267/91 und C-268/92, *Keck und Mithouard*. Der EuGH stellte in dieser Entscheidung fest, dass sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag berufen würden, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist. Er sprach aus, dass die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (EuGH 11.7.1974, Rs 8/74) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Unter Verkaufsmodalitäten sind Regelungen zu verstehen, die sich auf den Vertrieb von Waren beziehen, also auf das „*wer, wo, wann, wie*“. Derartige Regelungen fallen nicht in den Tatbestand des Art 28 EGV. So *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rz 1396 ff.

⁸⁸⁸ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rz 1483.

⁸⁸⁹ EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*.

Demnach sind Beschränkungen nicht verboten, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Es ist also zuerst zu prüfen, ob solch zwingende Gründe überhaupt vorliegen und in einem zweiten Schritt, ob das eingesetzte Mittel zur Verwirklichung dieser Gründe im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet und erforderlich ist.⁸⁹⁰

Es bestehen zwei Gruppen von Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit. Erstens die Rechtfertigungsgründe⁸⁹¹, zweitens die Ausübung öffentlicher Gewalt⁸⁹². Gemäß Art 46 Abs 1 EGV beeinträchtigen die Bestimmungen des EGV über die Niederlassungsfreiheit und die aufgrund dieser getroffenen Maßnahmen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (sog *ordre public*). Aus den genannten Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit können direkte Diskriminierungen von Ausländern gerechtfertigt sein. Indirekte Diskriminierungen sind dann gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven, sachlichen, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhen und einem Verhältnismäßigkeitsmaßstab genügen. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit nach Art 46 Abs 1 EGV müssen nicht mehr geprüft werden. Sie sind bereits von den objektiven Erwägungen umfasst. Gemäß Art 45 Abs 1 EGV finden die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit ferner keine Anwendung auf Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Der EuGH⁸⁹³ interpretiert diese Regelung eher restriktiv dahingehend, dass ihre Anwendung nur dann in Betracht kommt, wenn die Ausübung öffentlicher Gewalt einen nicht abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit darstellt.⁸⁹⁴

⁸⁹⁰ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rz 1483 f.

⁸⁹¹ Art 46 EGV.

⁸⁹² Art 45 EGV.

⁸⁹³ EuGH 21.6.1974, Rs 2/74, *Reyners*.

⁸⁹⁴ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rz 1487 ff.

Sieht man die Niederlassungsfreiheit lediglich als Diskriminierungsverbot gegenüber Unionsbürgern, so werden die Zugangsbeschränkung zu Kassenverträgen unproblematisch sein, weil ja weder direkt noch indirekt nach der Staatsbürgerschaft unterschieden wird. Begreift man sie hingegen mit der Rspr des EuGH als allgemeines Beschränkungsverbot, wird man das Zulassungssystem, wie dies bereits *Kopetzki* festgestellt hat, als Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit qualifizieren müssen.⁸⁹⁵ Denn dafür reicht bereits, dass die freie Niederlassung bloß mittelbar und wirtschaftlich erschwert wird, dass also der Entschluss zur Ausübung der Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in irgendeiner Weise weniger attraktiv gemacht wird.⁸⁹⁶ Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass auch wenn sich grundsätzlich jeder Arzt ohne rechtliche Beschränkung in Österreich als (Wahl-)Arzt niederlassen kann, die bloß eingeschränkte Möglichkeit als Kassenarzt tätig werden zu können in Verbindung mit der wirtschaftlichen Schlechterstellung der Wahlärzte gegenüber Vertragsärzten wohl als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu werten wäre.⁸⁹⁷

Damit ist die Prüfung iSd Rspr des EuGH aber noch nicht abgeschlossen - entsprechend dem oben dargestellten Prüfungsschema ist als nächster Schritt nämlich auch noch die Spürbarkeit der festgestellten Beschränkungen zu prüfen. Es stellt sich also die Frage, ob die beschränkenden Wirkungen des Zulassungssystems nicht zu ungewiss und zu mittelbar sind, als dass sie geeignet wären, die Grundfreiheiten zu behindern.⁸⁹⁸ Sind die Beschränkungen schließlich aufgrund ihrer Spürbarkeit unter das Verbot des Art 43 EGV zu subsumieren, verlagert sich die Prüfung auf die Ebene der Rechtfertigungsgründe. An dieser Stelle ist sodann zu beurteilen, ob die Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, wobei hier all jene Gründe herangezogen

⁸⁹⁵ *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 57 f.

⁸⁹⁶ Mit Verweis auf *Bleckmann*, *Europarecht*⁶, Rz 1649. Vgl auch EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, *Konstantinidis*; 11.7.2002, Rs C-294/00, *Gräbner*; 1.2.2001, Rs C-108/96, *MacQuen*. Vgl dazu auch *Schrammel*, ZAS 2002/8.

⁸⁹⁷ Vgl dazu *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung*, 399.

⁸⁹⁸ Vgl dazu EuGH 20.6.1996, verb Rs C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*.

werden, die auch für die Verfassungskonformität⁸⁹⁹ des Stellenplansystems ins Treffen geführt werden.⁹⁰⁰

*Mosler*⁹⁰¹ führt dazu aus, dass die fraglichen Zulassungsbeschränkungen über die Festlegung eines Planstellensystems das Ziel verfolgen, eine ausgewogene regionale Verteilung der Vertragsärzte zu erreichen. Damit solle insbesondere das Entstehen eines Überangebotes an Ärzten in Stadtgebieten einerseits und Versorgungsdefiziten in den ländlichen Regionen andererseits hintangehalten werden. Ferner solle die unkontrollierte Steigerung der Anzahl von Vertragsärzten verhindert werden, da dies geradezu zwangsläufig auch zu einer Vermehrung der erbrachten Leistungen und damit zu einer größeren wirtschaftlichen Belastung der KVTr führen würde. Ein völlig unbeschränkter Zugang zu Kassenverträgen könne weiters dazu führen, dass durch einen scharfen Konkurrenzkampf unter den Ärzten mittelfristig deren wirtschaftliches Überleben - insbesondere in Ballungszentren - gefährdet wäre.

*Mosler*⁹⁰² stellt im Anschluss daran fest, dass das Planstellensystem derartigen negativen Entwicklungen bisher erfolgreich entgegenwirke. Wesentlich sei aber, dass ja auch Ärzte außerhalb des Vertragsarztsystems nicht auf den schmalen Sektor der Privatbehandlungen verwiesen sind, sondern durch die Kostenerstattung „vom Markt der Sozialversicherten partizipieren“.⁹⁰³ Dadurch werde die Schwere des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit und die Spürbarkeit jedenfalls relativiert. Auf der Rechtfertigungsebene seien auch die Besonderheiten der Gesundheitsversorgung und der Vertragsarztstätigkeit gegenüber „klassischen“ wirtschaftlichen Berufstätigkeiten zu bedenken. Die Funktionen der

⁸⁹⁹ Vgl VfGH 18.3.2000, G 24/98 ua, V38/98 ua – V62/99 = VfSlg 15.787 – 15.865 = JBl 2000, 502 = SozSi 2000, 738. *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung*, 239 ff; *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 38 ff. Siehe dazu bereits eingehend oben Punkt 2.2.1.3.1 sowie Punkt 7.

⁹⁰⁰ So auch *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung*, 399.

⁹⁰¹ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung*, 400.

⁹⁰² *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung*, 400 f.

⁹⁰³ So zur Freiheit der Erwerbsausübung auch *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 42 f.

Krankenkassen als Anbieter gleichwie als Nachfrager können nicht völlig von einander getrennt werden, da die Verträge mit den Leistungserbringern in ein staatlich organisiertes und streng reglementiertes Umfeld eingebettet seien. Dem Anspruch der Versicherten auf die Sachleistungen liege eine Pflichtversicherung mit einer gesetzlichen Beitragspflicht zugrunde. *„Ökonomisch gesehen erzeugt der Staat eine auf Gesundheitsleistungen gerichtete Kaufkraft, die ohne Pflichtversicherung jedenfalls viel geringer wäre.“* Die Steuerung des Gesundheitswesens sei eine der wesentlichsten Staatsaufgaben und liege auch weitgehend in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Anders als bei üblichen Marktbedingungen, sei der Preis der Leistung für die Nachfrage nicht in einem so hohen Maße bestimmend, da ja die Kosten zum überwiegenden Teil von den KVTr getragen werden. Dabei werde die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen ganz wesentlich von den Leistungserbringern, den Ärzten beeinflusst, die aufgrund ihrer Fachkenntnis die Art der Behandlung und damit auch über deren Kosten bestimmen. Eine derart ökonomische Sichtweise zeige gravierende Abweichungen von einem Marktmodell, die schon im Konzept der staatlich organisierten Gesundheitsversorgung ihre Begründung finden.

Mosler geht daher mE zu Recht davon aus, dass das Stellenplansystem keinen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt bzw ein allenfalls vorliegender Eingriff jedenfalls aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.

9.2 Die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG)⁹⁰⁴

Vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie sind gemäß Art 2 Abs 2 lit f öffentliche und private Gesundheitsdienstleistungen, unabhängig davon, ob sie in Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erbracht und wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert werden, ausgenommen. Die

⁹⁰⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

RL 2006/123/EG stellt explizit klar, dass sich diese Ausnahme auf Dienstleistungen bezieht, *„die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, wenn diese Tätigkeiten im dem Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistungen erbracht werden, einem reglementierten Gesundheitsberuf vorbehalten sind“*.⁹⁰⁵ Die Dienstleistungsrichtlinie geht damit von einem recht engen Begriff der Gesundheitsdienstleistungen aus.⁹⁰⁶

Auf die Vergabe von Kassenverträgen kommt die Dienstleistungsrichtlinie nicht zur Anwendung.

9.3 Die Rechtsschutzrichtlinie (RL 89/665/EWG)⁹⁰⁷

Nach der Rechtsschutzrichtlinie haben die Mitgliedstaaten ein Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung zu stellen, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.⁹⁰⁸ Die Richtlinie verlangt effizienten Rechtsschutz bei der Vergabeentscheidung.⁹⁰⁹

Nach Art 2 Abs 1 lit c Rechtsschutz-RL reicht es aus, wenn demjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt wurde, Schadenersatz zuerkannt werden kann. Geht man von einer Anwendbarkeit des BVergG 2006 auch auf die Einzelvertragsvergabe aus, so besteht kein Zweifel, dass der darin vorgesehene Rechtsschutz ausreichend im Sinne der Vorgaben der RL ist. Doch auch wenn man wie der Verfassungsgerichtshof zur Erkenntnis der Nichtanwendbarkeit des

⁹⁰⁵ Erwägungsgrund 22 der RL 2006/123/EG.

⁹⁰⁶ Kröll, RdM 2007/63.

⁹⁰⁷ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge.

⁹⁰⁸ Art 1 Abs 3 RL 89/665/EWG.

⁹⁰⁹ Vgl. EuGH 11.8.1995, Rs C-433/93, *Kommission/BRD*, Rz 18 f.

Bundesvergaberechts gelangt, wird der Rechtsschutz ausreichend sein, denn Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche aus Streitigkeiten um die Vertragsarztwahl und insbesondere die Gleichbehandlung der Bewerber können kraft § 1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.⁹¹⁰

Darüber hinaus folgt das Erfordernis eines effizienten Rechtsschutzes bereits aus allgemeinen europarechtlichen Prinzipien - wie dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Grundsatz der Transparenz, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Qualifikationen in den Mitgliedstaaten⁹¹¹ - sowie aus innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Grundsätzen.

9.4 Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG)⁹¹²

Nach Art 3 Abs 1 lit c EGV ist die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten eines der Ziele der Europäischen Gemeinschaft. In den Art 47, 55 und 40 EGV ist die Kompetenz der Gemeinschaft zur Erlassung von Richtlinien verankert, um die Aufnahme bzw die Ausübung von selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten zu erleichtern.⁹¹³ Auf deren Basis wurde bereits eine Vielzahl von Richtlinien erlassen, die die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen detailliert regeln.⁹¹⁴ In dieses Konvolut

⁹¹⁰ Vgl etwa VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua; OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x. *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 428.

⁹¹¹ Siehe dazu eingehend *Erhart*, in Potacs/Erhart (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht, 19.

⁹¹² Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

⁹¹³ Vgl auch den Erwägungsgrund 1 der RL 2005/36/EG.

⁹¹⁴ Vgl etwa RL 89/48/EWG; RL 92/51/EWG; RL 1999/42/EG; RL 77/452/EWG; RL 77/453/EWG; RL 78/686/EWG; RL 78/687/EWG; RL 78/1026/EWG; RL 78/1027/EWG; RL 80/154/EWG; RL 80/155/EWG; RL 85/384/EWG; RL 85/432/EWG; RL 85/433/EWG; RL 93/16/EWG. Die Berufsanerkennung RL vereinheitlichte drei allgemeine und zwölf sektorbezogene Anerkennungsrichtlinien. Vgl dazu *Dujmovits*, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I², 416 ff (420).

nicht gerade übersichtlicher Regelungen brachte die neue RL 2005/36/EG die längst nötige Harmonisierung.

Ganz grundsätzlich soll durch die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen der Wechsel vom System eines Mitgliedstaates in das eines anderen vereinfacht werden, indem nach der erfolgten Anerkennung die fragliche Erwerbstätigkeit unmittelbar in dem anderen Mitgliedstaat aufgenommen werden kann.⁹¹⁵

Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen gibt Personen, die ihre Berufsqualifikationen in einem Mitgliedstaat erworben haben, Garantien hinsichtlich des Zugangs zu demselben Beruf und seiner Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie Inländern. Jedoch schließt die Richtlinie nicht aus, dass der Migrant nicht diskriminierende Ausübungsvoraussetzungen, die dieser Mitgliedsstaat vorschreibt, erfüllen muss, soweit diese objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.⁹¹⁶

Zunächst wurde die Richtlinie vom 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (RL 93/16/EWG)⁹¹⁷ erlassen, die mit Wirkung zum 20.10.2007 durch die gegenständliche Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) aufgehoben wurde.⁹¹⁸ Die Neufassung bezweckte insbesondere eine Vereinheitlichung der geltenden Grundsätze der einschlägigen Richtlinien⁹¹⁹ über die Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise diverser Berufsgruppen sowie eine Neuordnung und Straffung der Bestimmungen.⁹²⁰ Die Grundsätze und Garantien

⁹¹⁵ Hauser, zfhr 2008, 6.

⁹¹⁶ Erwägungsgrund 3 der RL 2005/36/EG.

⁹¹⁷ Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5. April 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.

⁹¹⁸ Art 62 RL 2005/36/EG.

⁹¹⁹ RL 89/47/EWG; RL 92/51/EWG; RL 1999/42/EG; RL 77/452/EWG; RL 77/453/EWG; RL 78/686/EWG; RL 78/687/EWG; RL 78/1026/EWG; RL 78/1027/EWG; RL 80/154/EWG; RL 80/155/EWG; RL 85/384/EWG; RL 85/432/EWG; RL 85/433/EWG; RL 93/16/EWG.

⁹²⁰ Erwägungsgrund 3 der RL 2005/36/EG

für die Niederlassungsfreiheit, die bisher in den verschiedenen Anerkennungsregelungen enthalten waren, sollten jedoch aufrechterhalten und gegebenenfalls verbessert werden.⁹²¹ Das gilt daher auch für die Grundsätze und Garantien, die die Richtlinie zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (RL 93/16/EWG) vorsah; diese muss daher auch heute noch in die Betrachtung mit einfließen.

Ziel der Richtlinie zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (RL 93/16/EWG) war explizit die Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes, die den Zugang zur ärztlichen Tätigkeit eröffnen, sowie der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Facharztes. Damit wurde der Zweck verfolgt, Ärzten die tatsächliche Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des Rechtes auf freien Dienstleistungsverkehr zu erleichtern.⁹²² Die Mitgliedstaaten waren aufgrund der RL 93/16/EWG nicht berechtigt, von Ärzten, die ein in einem anderen Mitgliedstaat erteiltes und gemäß der genannten Richtlinie anerkanntes Diplom besitzen, für die Ausübung des ärztlichen Berufs im Rahmen ihres Sozialversicherungssystems eine zusätzliche Ausbildung zu verlangen, und zwar selbst dann nicht, wenn eine solche Ausbildung auch für die Inhaber des in seinem Gebiet erworbenen Arztdiploms erforderlich ist. Es durften also für die Berufsausübung als praktischer Arzt im Rahmen eines Sozialversicherungssystems keine über die Richtlinie hinausgehenden zusätzlichen Qualifikationen verlangt werden.⁹²³ Außerdem waren die in der Richtlinie in Art 4 und 5 aufgezählten Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise von Fachärzten von den Mitgliedstaaten gegenseitig ohne weitere Bedingungen, vorbehaltlos anzuerkennen.

⁹²¹ Erwägungsgrund 9 der RL 2005/36/EG.

⁹²² Erwägungsgrund 3 der RL 93/16/EWG.

⁹²³ Erwägungsgrund 24 der RL 93/16/EWG.

Die Koordinierung der Mindestvoraussetzungen für die Erteilung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen über die spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin, die aufgrund der RL 93/16/EWG zu erfolgen hatte, sollte den Mitgliedstaaten bereits die gegenseitige Anerkennung dieser Qualifikationsnachweise ermöglichen.⁹²⁴ Ebenso sieht die RL 2005/36/EG vor, dass sich die Freizügigkeit und die gegenseitige Anerkennung der Ausbildungsnachweise der Ärzte und anderer Gesundheitsberufe auf den Grundsatz der automatischen Anerkennung stützen. Die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten des Arztes sollte weiters vom Besitz eines bestimmten Ausbildungsnachweises abhängig gemacht werden, wodurch gewährleistet wird, dass die betreffenden Personen eine Ausbildung absolviert haben, die den festgelegten Mindestanforderungen entspricht.⁹²⁵ Der Grundsatz der automatischen Anerkennung der medizinischen und zahnmedizinischen Fachrichtungen, die mindestens zwei Mitgliedstaaten gemeinsam sind, wird beibehalten. Die Erweiterung der automatischen Anerkennung nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der RL 2005/36/EG auf neue medizinische Fachrichtungen sollte sich im Interesse der Vereinfachung des Systems auf diejenigen Fachrichtungen beschränken, die in mindestens zwei Fünftel der Mitgliedstaaten vertreten sind.⁹²⁶

Der Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG berührt nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Gestaltung ihres nationalen Sozialversicherungssystems sowie für die Festlegung der Tätigkeiten, die im Rahmen dieses Systems ausgeübt werden müssen.⁹²⁷

Die Idee des Anerkennungssystems der RL 2005/36/EG basiert darauf, dass die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Ausbildungsschienen, die vor Antritt eines sog „*reglementierten Berufes*“ zu absolvieren sind, als grundsätzlich gleichwertig anzusehen sind. Ein Beruf gilt dann als reglementiert, wenn dessen

⁹²⁴ Erwägungsgrund 23 der RL 93/16/EWG.

⁹²⁵ Erwägungsgrund 19 der RL 2005/36/EG.

⁹²⁶ Erwägungsgrund 20 der RL 2005/36/EG.

⁹²⁷ Erwägungsgrund 38 der RL 2005/36/EG. So auch schon Erwägungsgrund 22 der RL 93/16/EWG.

Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung in einem Mitgliedstaat direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist.⁹²⁸ Ein Unionsbürger, der in seinem Heimatstaat zur Ausübung eines bestimmten reglementierten Berufs berechtigt ist, hat im Aufnahmestaat sowohl ein Recht auf Zugang als auch auf Ausübung dieses Berufes unter denselben Voraussetzungen wie Inländer, wobei selbständige und unselbständige Tätigkeiten erfasst sind.⁹²⁹

Für Ärzte gilt der Grundsatz der automatischen Anerkennung nach Art 21 der RL 2005/36/EG. Das bedeutet, dass unter den Mitgliedstaaten die im Anhang V zur Richtlinie angeführten Ausbildungsnachweise für eine gegenseitige Berufsankennung als ausreichend anzusehen sind.⁹³⁰

Die Richtlinie behandelt selbstverständlich nicht unmittelbar die Vergabe von Kassenverträgen. Aufgrund der Richtlinie ist es aber unzulässig, für die Ausübung des Arztberufes im Rahmen eines Sozialversicherungssystems über die RL hinausreichende zusätzliche Qualifikationen zu verlangen. Desgleichen sind die in der Richtlinie angeführten Diplome, Zeugnisse, etc von den Mitgliedstaaten gegenseitig automatisch anzuerkennen. Die Frage ist aber, was aus der Richtlinie für die Vergabepaxis gewonnen werden kann.

*Mosler*⁹³¹ hat schon zur RL 93/16/EWG überzeugend ausgeführt, dass es bei der Vergabe von Kassenverträgen gerade darum geht, unter mehreren Bewerbern, die *alle* die erforderlichen Zugangsvoraussetzungen erfüllen, eine sachgerechte Auswahl zu treffen. Und gerade die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verlangen diese sachgerechte Vorgangsweise im Vergaberecht. Nach Ansicht *Moslers* wäre es höchst widersprüchlich, einerseits die Bezugnahme auf qualifikationsbezogene Kriterien im Hinblick auf die RL 93/16/EWG als unzulässig anzusehen und genau diese andererseits im

⁹²⁸ Art 3 Abs 1 lit a RL 2005/36/EG.

⁹²⁹ Art 4 Abs 1 RL 2005/36/EG. Vgl dazu *Hauser*, zfhr 2008, 6.

⁹³⁰ Art 21 RL 2005/36/EG. *Hauser*, zfhr 2008, 6. Vgl auch Erwägungsgrund 19 der RL 2005/36/EG.

⁹³¹ *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 412.

Vergaberecht zu verlangen. Seines Erachtens verlangt die Richtlinie eine solche Auslegung aber auch nicht. Denn ein generelles Verbot der Berücksichtigung von Zusatzqualifikationen bei der Auswahl von Vertragsärzten würde letztlich zu einer „*Nivellierung nach unten*“ führen. Zweck der Richtlinie RL 93/16/EWG war die Verbesserung der ärztlichen Versorgung und der Ausbildung; an diesem Zweck hat auch die Neufassung der RL 2005/36/EG nichts geändert.⁹³²

Selbstverständlich dürfen erforderliche Zusatzqualifikationen nicht nur in innerstaatlichen Ausbildungen bzw Praxiszeiten bestehen. Vielmehr sind auch entsprechende Nachweise von Ausbildungen und Berufszeiten in anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Dies ergibt sich aber nicht nur eindeutig aus den Richtlinien, sondern schon ganz grundsätzlich aus der Niederlassungsfreiheit. Eine Beschränkung auf Diplome der Österreichischen Ärztekammer oder die Anrechnung nur regionaler bzw österreichischer Krankenhauszeiten wäre demnach diskriminierend.⁹³³

In § 16 der Diplomordnung⁹³⁴ der Österreichischen Ärztekammer ist immer noch vorgesehen, dass eine Weiterbildung im Ausland nur unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag anerkannt wird. In den Reihungsrichtlinien werden zumeist nur entweder von der Österreichischen Ärztekammer verliehene bzw anerkannte Diplome als besondere fachliche Eignung des Kandidaten bepunktet.⁹³⁵ Hier sehe ich dringenden Änderungsbedarf.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat am 6. November 2008 Klage gegen die Republik Österreich beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eingereicht und beantragt, der Gerichtshof möge feststellen, dass Österreich dadurch gegen die Verpflichtungen aus der RL 2005/36/EG über die

⁹³² Vgl Erwägungsgründe 18 und 19 der RL 93/16/EWG; Erwägungsgrund 9 der RL 2005/36/EG.

⁹³³ *Wallner*, RdM 1999, 67; *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 412

⁹³⁴ *Österreichische Ärztekammer*, Diplomordnung vom 15.12.2006, <http://www.arztakademie.at/fileadmin/template/main/OeAeKDiplomePDFs/diplomordnung.pdf> (31.5.2009).

⁹³⁵ Vgl etwa § 9 Abs 3 der Niederlassungsrichtlinien NÖ. Punkt II.4. der Reihungsrichtlinien für Wien sieht überhaupt nur die Bewertung von Diplomen vor, die von der Österreichischen Ärztekammer ausgestellt wurden.

Anerkennung von Berufsqualifikationen verstoßen habe, dass die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie nicht vollständig erlassen bzw der Kommission die Vorschriften nicht vollständig mitgeteilt hat. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie ist bereits seit 20. Oktober 2007 abgelaufen.⁹³⁶ Bis dato hat der EuGH über die Klage noch nicht abgesprochen.

⁹³⁶ ABl.C 69/17 (2009/C 69/30). EuGH C-477/08.

Teil III: ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Vergabe eines Kassenvertrages, die Erstattung der Besetzungsvorschläge und auch die den Vorschlägen zugrunde liegenden Reihungsrichtlinien müssen auf objektiven und nachprüfbaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind.⁹³⁷ Die Berücksichtigung der allgemeinen und besonderen fachlichen Eignung des Bewerbers hat jedenfalls im Vordergrund der Punktevergabe und Reihung zu stehen.

In Zusammenhang mit der fachlichen Qualifikation sind im Grunde nicht die Auswahlkriterien selbst umstritten, dies trifft vielmehr auf die Punktegewichtung zu. Insbesondere die teils vorgesehene unterschiedliche Gewichtung von Vertretungstätigkeiten in der Ordination eines beliebigen Kassenarztes und in der Ordination genau jenes Kassenarztes, dessen Planstelle ausgeschrieben ist, ist oftmals dem Vorwurf der Unsachlichkeit ausgesetzt. Dass eine höhere Gewichtung der Tätigkeit in der zu übernehmenden Ordination jedoch durchaus sachlich gerechtfertigt ist, weil auf diese Weise eine Kontinuität in der Patientenbetreuung sichergestellt werden kann, hat das Oberlandesgericht Wien in einer bislang unveröffentlichten Entscheidung dezidiert ausgesprochen.⁹³⁸

Die Bewertung einer Wahlarztstätigkeit, die im Regelfall nur dann erfolgt, wenn die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird oder aber eine Nebenbeschäftigung eine bestimmte Anzahl von Wochenstunden nicht

⁹³⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; unter Hinweis auf *Funk*, VersRdSch 3/1995, 55; *Mosler*, DRdA 1996, 436. Vgl auch OGH 12.2.2002, 4 Ob 31/02s; zuletzt 19.2.2009, 2 Ob 48/08k. *Schrammel*, ZAS 2002/8; *Kienast/Newole*, RdW 2002/155.

⁹³⁸ OLG Wien 29.5.2008, 1 R 207/06b. Konkret ging es in dieser Entscheidung um die höhere Gewichtung der Punkte für die Berufserfahrung als Praxisvertreter an der ausgeschriebenen Stelle (1 Punkt pro 30 Tage) als der Punkte für die Berufserfahrung als Praxisvertreter in anderen Kassenvertragsordinationen (0,5 Punkte pro 30 Tage), wie sie in den Reihungskriterien für Auswahl und In-Vertragnahme von Fachärzten für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzten der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse festgelegt werden. Vgl Anlage zur Vereinbarung zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse für die Auswahl und Invertragnahme von Fachärzten für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzten gemäß § 5 Abs 2 Gesamtvertrag. *Landeszahnärztekammer Wien*, Reihungskriterien für Kassenverträge – Anlage <http://wr.zahnaerztekammer.at/page.php?katid=323> (24.5.2009).

überschreitet, ist ebenfalls nicht unumstritten. Auch in diesem Fall aber hat das Oberlandesgericht Wien die Rechtmäßigkeit der Regelungen bestätigt.⁹³⁹

Die Punktevergabe für das Zurücklegen einer bestimmten Wartezeit seit der ersten Bewerbung, oder für die Erfüllung sozialer Kriterien, wie Sorgepflichten oder Arbeitslosigkeit, für Präsenz- und Zivildienst bzw Mutterschaftskarenz ist allgemein nicht ganz unbedenklich. Nach der Reihungskriterien-VO soll bei der Bewertung und Reihung der Bewerber der Schwerpunkt grundsätzlich auf der fachlichen Eignung und Qualifikation liegen. Dies wird einerseits als europarechtskonform und andererseits auch vom Obersten Gerichtshof als rechtmäßig angesehen.⁹⁴⁰ Die Berücksichtigung von „Stehzeiten“ stellt insofern ein Problem dar, als es während dieser Zeiten eher zu einem Abbau der fachlichen Eignung und Qualifikation kommen wird. Andererseits kann die Bedachtnahme auf soziale Gesichtspunkte im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegen. Im Sinne einer sachgerechten Gleichbehandlung werden die Kriterien wohl zulässig, jedenfalls aber nicht von vornherein unsachlich sein. Allerdings kommt es in diesen Bereichen immer wieder zu Kumulierungen von Punkten für Umstände, die – wie erwähnt – vermutlich eher eine Minderung der Qualifikation des Bewerbers nach sich ziehen, jedenfalls aber keine Steigerung der fachlichen Eignung bedeuten. Dieser Umstand erscheint mir sachlich nicht mehr rechtfertigbar. Wiederholen möchte ich an dieser Stelle nochmals den Vorschlag, bei den fraglichen Kriterien eine „Entweder-Oder“-Regelung in die gesamtvertraglichen Reihungsrichtlinien aufzunehmen. Denkbar wäre auch eine bestimmte Anzahl an maximal für diese Bereiche zu vergebenden Punkten festzusetzen, womit einer zu hohen Gewichtung dieser nicht-fachlichen Kriterien im Vergleich zu fachlich-spezifischen Kriterien ebenso Einhalt geboten wäre.

Es ist zulässig, Ausschlussgründe bzw bestimmte Tatbestände festzusetzen, deren Erfüllung zu einer Streichung des Bewerbers aus den Interessentenlisten führt. Dies trifft insbesondere auf strafrechtliche Verurteilungen zu. Ebenso

⁹³⁹ OLG Wien 18.6.2007, 12 R 218/06a.

⁹⁴⁰ Vgl OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

können Vertragsverletzungen oder Verstöße gegen ärztliche Berufspflichten, die in der Vergangenheit bereits zu Kündigungen von Kassenverträgen geführt haben, rechtmäßig als Ausschlusskriterien festgelegt werden. Nachdem die KVTr für ihre Auswahl der Vertragsärzte grundsätzlich gegenüber den Versicherten haften, muss es den KVTr mAn freigestellt bleiben, ob sie mit einem Arzt noch kontrahieren wollen, mit dem ein früheres Vertragsverhältnis aus schwerwiegenden Gründen, wie etwa Vertragsverletzungen oder einer strafrechtlichen Verurteilung, beendet wurde.

Altersgrenzen für die Vertragsvergabe oder auch für die Beendigung des Einzelvertrages sind dem Grunde nach zulässig, unterliegen aber einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Einfügung einer Bestimmung in das ASVG, die das Vertragsverhältnis zwischen dem SozVTr und dem Arzt mit dem Zeitpunkt befristet, in dem der Kassenarzt ein bestimmtes Alter erreicht hat, wäre verfassungsrechtlich zulässig. Eine Altersgrenze, die dem allgemeinen Pensionsalter entspricht, ist mE unbedenklich.

Die Bewertung der Zusage, sich um einen behindertengerechten Zugang zur Ordinationsstätte zu bemühen, mutet im Vergleich zu den übrigen Kriterien, die allesamt auf die Person des Bewerbers abstellen, auf den ersten Blick zugegebenermaßen eigenartig an, ist mE aber durchaus sachlich gerechtfertigt. Denn es wird wohl im Interesse der Versicherten liegen, einen barrierefreien Zugang zu den Räumlichkeiten des für den KVTr tätig werdenden Arztes vorzufinden. Überlegt wird, die Gewährleistung der Barrierefreiheit zur echten Bedingung für die Einzelvertragsvergabe zu erheben.⁹⁴¹ Allerdings halte ich das bestehende Modell, sie als Reihungskriterium zu berücksichtigen, für praktikabler, zumal die Punkte für die Zusage eines behindertengerechten Zuganges im Vergleich zu anderen Kriterien, wie allgemeine und besondere fachliche Qualifikation des Bewerbers, äußerst gering sind.⁹⁴² Ferner ist zu

⁹⁴¹ Vgl dazu *Mosler*, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 415.

⁹⁴² Die Reihungsrichtlinien der Ärztekammern sehen regelmäßig die Bewertung dieses Kriteriums mit 2 bis maximal 5 Punkten vor.

berücksichtigen, dass für unterschiedliche Objekte (Alt- Neubauten, Eigenheime, etc) verschiedenste baubehördliche Anforderungen bestehen, die es mE schier unmöglich machen, behindertengerechte Baumaßnahmen generell zwingend festzuschreiben.⁹⁴³

2. Weder das ASVG, noch die Reihungskriterien-VO, noch die gesamtvertraglich vereinbarten Reihungsrichtlinien, räumen dem Bewerber um eine ausgeschriebene Planstelle einen Rechtsanspruch auf den Abschluss eines Einzelvertrages ein. Die Paritätische Schiedskommission kann lediglich von den Parteien eines bestehenden Einzelvertrages angerufen werden. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich jedoch nicht auf die Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Rechtssubjekten, die noch nicht Vertragspartner eines Einzelvertrages sind. Streitigkeiten hinsichtlich der Auswahl eines Bewerbers um einen Einzelvertrag sind aufgrund der Einordnung in das Privatrecht und mangels verwaltungsbehördlicher Sonderkompetenz gemäß § 1 JN im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten auszutragen. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte hat der Oberste Gerichtshof bestätigt.⁹⁴⁴

Die Ärztekammern sind im Rahmen ihrer gesetzlich angeordneten Mitwirkung bei der Auswahl der Kandidaten im öffentlichen Interesse *privatrechtlich* tätig. Die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte fließen über § 16 ABGB in die Privatrechtsordnung ein und setzen neben ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen auch aus dem verfassungsgesetzlich garantierten Gleichheitsgrundsatz dort Grenzen, wo besondere Umstände hinzukommen.⁹⁴⁵ Die Vergabe des Kassenvertrages, die Erstattung der Besetzungsvorschläge und auch die den Vorschlägen zugrundeliegenden Bestimmungen der Reihungsrichtlinien müssen daher auf objektiven und nachprüfaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind. Im Falle der Heranziehung sachlich nicht gerechtfertigter Auswahlkriterien liegt ein Verstoß gegen den aufgrund der Fiskalgeltung der

⁹⁴³ Vgl auch *Scholz*, *SozSi* 2003, 496.

⁹⁴⁴ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁹⁴⁵ OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94; 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; 6.7.1998, 8 ObA 61/97x.

Grundrechte anzuwendenden Gleichheitsgrundsatz vor, der als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB anzusehen ist. Aus der Schutzgesetzverletzung resultiert eine Haftung von Ärztekammer und KVTr für entstandene Schäden, aus der drohenden Rechtsverletzung ein Unterlassungsanspruch des klagenden Bewerbers gegen die jeweilige Ärztekammer hinsichtlich der Anwendung unsachlicher Auswahlkriterien anlässlich zukünftiger Reihungen.

Der in rechtswidriger Weise übergangene Bewerber hat nach der stRspr des Obersten Gerichtshofes⁹⁴⁶ wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 Satz 2 2.Fall ABGB iVm § 1295 ABGB Anspruch auf Schadenersatz, konkret auf Ersatz des Vermögensschadens, der im Falle eines nachgewiesenen groben Verschuldens auch den entgangenen Gewinn umfasst. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht ist der Verdienst aus zumutbaren anderen Berufstätigkeiten anzurechnen. Praktisch liegt der Schaden somit in der Differenz zwischen dem tatsächlich erwirtschafteten Einkommen des übergangenen Bewerbers bei der Ausübung anderer Berufstätigkeiten und seinem hypothetischen Verdienst aus dem Kassenvertrag. Dass die konkrete Höhe des Schadens schwierig zu bemessen ist, muss wohl nicht eigens betont werden.

3. Besonders im Bereich des Rechtsschutzes liegt oftmals die Assoziation nahe, die Auswahl eines neuen Kassenarztes mit den Mitteln des Vergaberechts einer nachprüfenden Kontrolle zu unterziehen. Die Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts und damit des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems wurde jedoch vom Bundesvergabeamt ausdrücklich verneint, was schließlich auch der angerufene Verfassungsgerichtshof bestätigt hat.⁹⁴⁷

Zurückkommen möchte ich nochmals auf die teilweise geforderte Eröffnung der Anrufbarkeit der Schlichtungsstellen bereits für *Bewerber* um Kassenverträge. Über diesen „Umweg“ soll ein dem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren vergleichbares System im ASVG etabliert werden, das dem BVergG 2006 als *lex specialis* vorginge. Dies halte ich nicht für sinnvoll. Die

⁹⁴⁶ RIS-Justiz RS0115622.

⁹⁴⁷ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

Kompetenz der Streitschlichtungseinrichtungen auf bestehende Vertragsverhältnisse zu beschränken, gewährleistet nämlich nicht nur die Schnelligkeit der Regulierung von Streitigkeiten, die Einbeziehung von bloßen *Bewerbern* ist vielmehr auch im Hinblick auf die Rechtsschutzrichtlinie (RL 89/665/EWG) nicht erforderlich. Kraft § 1 JN kann der unrechtmäßig übergangene Bewerber im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche geltend machen. Dieser Rechtsschutz ist ausreichend iSd Rechtsschutz-RL 89/665/EWG.⁹⁴⁸ Möchte man die wenig wünschenswerte Subsumtion der Kassenvertragsvergabe unter das Bundesvergaberecht wirksam ausschließen, so plädiere ich für eine ausdrückliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des BVergG 2006.

Die Klarstellung der Nichtanwendbarkeit des Bundesvergaberechts bei der (Nach-)Besetzung von Kassenplanstellen durch den Verfassungsgerichtshof ist als erster Schritt in diese Richtung durchaus zu begrüßen. Geht man von einer Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts für die Ausschreibung von Einzelverträgen aus, so hätte dies nämlich vor allem im Bereich des Rechtsschutzes weitreichende Auswirkungen.

Denn das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt dient nicht der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, sondern der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter. Bis zur Erteilung des Zuschlags bzw bis zur Widerrufserklärung kann jeder Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beantragen, sofern er ein Interesse am ausgeschriebenen Vertrag erklärt und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.⁹⁴⁹ Nach den Bestimmungen des BVergG 2006 kann der ausgeschiedene Bieter sein eigenes Ausscheiden gesondert anfechten.⁹⁵⁰ Die angefochtene Entscheidung ist nichtig zu erklären, wenn diese oder ihr vorausgegangene, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen den Antragsteller in den geltend gemachten Beschwerdepunkten

⁹⁴⁸ So auch VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367; OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁹⁴⁹ § 320 Abs 1 BVergG 2006.

⁹⁵⁰ § 2 Zif 16 BVergG 2006.

verletzen und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.⁹⁵¹ In der viel besprochenen Entscheidung⁹⁵² des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahr 2001, bei der eine Bewerberin um einen Kassenvertrag diesen bloß deshalb nicht erhalten hatte, da sie sich uA mit dem Praxisvorgänger vorvertraglich nicht über die Ordinationsablöse einigen konnte, wäre eine derartige Rechtswidrigkeit wohl gegeben gewesen. Bei Anwendbarkeit des BVergG 2006 könnte ein derart übergangener Bewerber um eine Kassenplanstelle die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung verlangen. Nach erteiltem Zuschlag, also rechtskräftigem Abschluss des Einzelvertrages mit dem vorgezogenen „Kontrahenten“, käme außerdem die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise in Betracht.

4. Die Fiskalgeltung der Grundrechte auf die privatrechtlich handelnden Ärztekammern und KVTr ist wie erwähnt unumstritten. Unklar ist jedoch, welche Grundrechte durch das praktizierte Verfahren zur Kassenvertragsvergabe und vor allem den gesamtvertraglichen Stellenplan berührt oder gar verletzt werden.

Die Anwendbarkeit des Grundrechts auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter aus Art 3 StGG kann im österreichischen Vertragsarztsystem klar verneint werden, denn „öffentliche Ämter“ iSd Art 3 StGG sind jene Funktionen, die einer juristischen Person öffentlichen Rechts zuzuordnen sind. Die Kriterien sind bei einem Vertragsarzt nicht erfüllt. Ferner übt der Kassenarzt trotz Einbindung in das Sozialversicherungssystem immer noch einen freien Beruf aus, ist nicht Dienstnehmer des KVTr und auch sonst ist seine Funktion nicht dem KVTr zuzurechnen.

5. Die Frage, ob das Kassenarztsystem und vor allem der Stellenplan einen Eingriff in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit bedeuten, ist umstritten.

Klar ist, dass Stellenplan und beschränkte Zulassung zu Kassenverträgen jedenfalls nicht als Eingriff in die Freiheit der Berufswahl oder des Berufsantrittes

⁹⁵¹ § 325 Abs 1 BVergG 2006.

⁹⁵² OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

nach Art 18 StGG gewertet werden können. Denn der Arztberuf kann ja auch ohne Innehabung eines Kassenvertrages in vielfältiger Weise angetreten (und ausgeübt) werden, etwa als Wahlarzt oder als Spitalsarzt. Eine *rechtliche* Erwerbsantrittsschranke liegt daher nicht vor. Folglich kann die Nichtzulassung zum Kassenvertrag allenfalls einen Eingriff in die durch Art 6 StGG gewährleistete Erwerbsausübungsfreiheit des Arztes darstellen.

Dass die Erwerbsfreiheit durch das Stellenplansystem irgendwie *berührt* wird, ist kaum zu bezweifeln. Die Berührung ist aber mAn nicht intensiv genug, um tatsächlich als Eingriff in das Grundrecht gewertet zu werden.

Völlig anders als bei einem echten Konzessionensystem, wo die Verwehrung einer Berechtigung einem Verbot der Tätigkeit gleichkommt, steht es einem Arzt auch ohne Kassenvertrag frei – etwa als Wahlarzt – krankenversicherte Personen zu behandeln.⁹⁵³ Dabei stellt die Limitierung der Kostenrückerstattung⁹⁵⁴ bei Inanspruchnahme eines Wahlarztes zwar keine *rechtliche*, doch aber eine gewisse *faktische* Zugangsbeschränkung bzw ein faktisches Zugangerschwernis zum „Markt“ der versicherten Personen dar. Diese faktische Beschränkung ist aber noch kein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit. Faktische „Nebenwirkungen“ außerhalb echter Verbote bzw rechtlicher Zulassungsbeschränkungen werden nämlich erst als Eingriff qualifiziert, wenn sie den Gebrauch der Freiheit unmöglich machen oder einem Verbot zumindest wertungsmäßig gleichzuhalten sind.⁹⁵⁵ Sonstige tatsächliche oder wirtschaftliche Berührungen der Erwerbstätigkeit stellen keinen Eingriff in das Grundrecht dar.

Aufgrund der zahlreichen anderen Wege der Berufsausübung und vor allem aufgrund der uneingeschränkten Möglichkeit als Wahlarzt tätig zu werden, ist auch der Arzt, der mit seiner Bewerbung um einen Kassenvertrag nicht zum Zuge kommt, letztlich irgendwie in das Sozialversicherungssystem eingebunden.

⁹⁵³ Vgl etwa § 2 Abs 1 GütbefG; § 2 Abs 1 GelverkG.

⁹⁵⁴ §§ 131, 135 ASVG. Der Kostenerstattungsanspruch ist mit 80 % limitiert.

⁹⁵⁵ VfGH 8.12.1956, G 16/56 = VfSlg 3118.

Die Eingriffsintensität erreicht mE keinesfalls das erforderliche Ausmaß. Das Stellenplansystem kann daher weder als *rechtliche* Berufszugangsbeschränkung, noch als *rechtliche* Beschränkung der ärztlichen Erwerbsausübung gewertet werden.

Geht man dennoch von einer Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit im Sinne eines Eingriffes aus, so wird man nach der vom Verfassungsgerichtshof angewandten Verhältnismäßigkeitsprüfung⁹⁵⁶ zu dem Ergebnis kommen, dass die Regelung durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt und daher nicht als verfassungswidrig zu qualifizieren ist.⁹⁵⁷

6. Ebenso wenig stellt das Stellenplansystem mE einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar. Liegt ein Eingriff vor, ist dieser mAn jedenfalls aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

Nach der stRspr des EuGH umfasst die Niederlassungsfreiheit gemäß Art 43 EGV nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein Beschränkungsverbot. Danach können selbst gleichbehandelnde Maßnahmen verboten sein, sofern sie geeignet sind, die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁹⁵⁸

Sieht man die Niederlassungsfreiheit lediglich als Diskriminierungsverbot gegenüber Unionsbürgern, so wird die Zugangsbeschränkung zu Kassenverträgen als unproblematisch anzusehen sein, weil ja weder direkt noch indirekt nach der Staatsbürgerschaft unterschieden wird. Begreift man sie hingegen mit der Rspr des EuGH als allgemeines Beschränkungsverbot, wird man das Zulassungssystem zunächst wohl als Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit qualifizieren

⁹⁵⁶ VfGH 4.10.1984; G 70/84 = VfSlg 10.179; 6.10.1987, G 1/87, G 171/87= VfSlg 11.483; ua.

⁹⁵⁷ Siehe zu den einzelnen Prüfungselementen ausführlich oben Punkt 7.4 .

⁹⁵⁸ EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, *Konstantinidis*; 11.7.2002, Rs C-294/00, *Gräbner*; 1.2.2001, Rs C-108/96, *MacQueen*.

müssen. Denn dafür reicht bereits, dass die freie Niederlassung bloß mittelbar und wirtschaftlich erschwert wird, dass also der Entschluss zur Ausübung der Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in irgendeiner Weise weniger attraktiv gemacht wird.⁹⁵⁹ Auch wenn es im Allgemeinen rechtlich möglich ist, ohne Beschränkung in Österreich als (Wahl-)Arzt tätig zu sein, wäre die bloß eingeschränkte Möglichkeit als Kassenarzt tätig werden zu können in Verbindung mit der wirtschaftlichen Schlechterstellung der Wahlärzte gegenüber Vertragsärzten in diesem Sinne wohl als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu sehen.

Die Prüfung einer allfälligen Verletzung des Beschränkungsverbots, ist an diesem Punkt aber noch nicht abgeschlossen. Der EuGH stellt nämlich auch noch auf die Spürbarkeit der Beschränkung ab, wobei nur solche Beschränkungen unter das Verbot des Art 43 EGV zu subsumieren sind, die nicht zu ungewiss und zu indirekt wirken, als dass sie geeignet wären, die Grundfreiheit zu behindern.⁹⁶⁰ Erst wenn die Beschränkungen auch aufgrund ihrer Spürbarkeit unter das Verbot des Art 43 EGV subsumiert sind, verlagert sich die Prüfung auf die Ebene der Rechtfertigungsgründe. An dieser Stelle ist dann zu beurteilen, ob die Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang einmal mehr, dass Ärzte außerhalb des Vertragsarztsystems nicht auf den schmalen Sektor der Privatbehandlungen verwiesen sind, sondern durch die Kostenerstattung „vom Markt der Sozialversicherten partizipieren“.⁹⁶¹ Dadurch ist die Spürbarkeit eines allfälligen Eingriffes in die Niederlassungsfreiheit jedenfalls merkbar relativiert.

Subsumiert man die Beschränkungen nun unter das Verbot des Art 43 EGV, so stellt sich wie bereits erwähnt die Frage nach etwaigen

⁹⁵⁹ EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, *Konstantinidis*; 11.7.2002, Rs C-294/00, *Gräbner*; 1.2.2001, Rs C-108/96, *MacQuen*.

⁹⁶⁰ EuGH 20.6.1996, verb Rs C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*.

⁹⁶¹ So zur Freiheit der Erwerbsausübung auch *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), *Der Vertragsarzt*, 42 f.

Rechtfertigungsgründen. Die fraglichen Zulassungsbeschränkungen über die Festlegung eines Planstellensystems verfolgen das Ziel der Ausgewogenheit der regionalen Verteilung der Vertragsärzte. Ferner soll der unkontrollierte Anstieg der Anzahl von Kassenärzten verhindert werden. Damit zusammenhängend wird vielfach argumentiert, das Stellenplansystem diene im öffentlichen Interesse auch der Kostendämpfung. Ferner sind die Besonderheiten der Gesundheitsversorgung und der Vertragsarztstätigkeit gegenüber „klassischen“ wirtschaftlichen Berufstätigkeiten zu bedenken: Die Steuerung des Gesundheitswesens ist mit Sicherheit eine der wesentlichsten Staatsaufgaben. Anders als bei üblichen Marktbedingungen, ist der Preis der Leistung nicht in einem so hohen Maße für die Nachfrage bestimmend, da ja die Kosten zum überwiegenden Teil von den KVTr getragen werden. Die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen wird ganz wesentlich von den Leistungserbringern beeinflusst, die aufgrund ihrer Fachkenntnis die Art der Behandlung und damit auch über die Kosten bestimmen. Eine derart ökonomische Sichtweise zeigt gravierende Abweichungen von einem üblichen Marktmodell.⁹⁶² Derartige Besonderheiten im Bereich des Gesundheitswesens und der Vertragsarztstätigkeit gegenüber „klassischen“ Berufstätigkeiten sind auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen.

Zusammenfassend betrachtet wirkt das Planstellensystem den beschriebenen negativen Entwicklungen (unausgewogene regionale Verteilung, unkontrollierte Zahl an Kassenordinationen, Anstieg der finanziellen Belastung der KVTr, etc) bisher relativ erfolgreich entgegen. Wie eingangs klargestellt, gehe ich davon aus, dass das Stellenplansystem demnach nicht als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren ist bzw ein allenfalls festgestellter Eingriff aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.

Auch wenn das Kostenargument als Rechtfertigungsgrund mit Sicherheit in die Prüfung einzubeziehen ist, möchte ich an dieser Stelle anmerken, dass das

⁹⁶² Mosler, in Grillberger/Mosler (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung, 400 f.

Planstellensystem mE nicht das optimale Mittel zur Kostendämpfung ist. Um eine wirksame Eindämmung steigender Ausgaben im Gesundheitsbereich zu erreichen wird man über kurz oder lang uA um eine Eigenbeteiligung der Patienten nicht mehr herumkommen. Das Aufhalten der Kostenexplosion ist Hauptmotivation für die in den letzten Jahren mehrfach in Angriff genommene, immer wieder aufgeschobene Gesundheitsreform. Im Rahmen einer umfassenden Neustrukturierung und -regulierung sollte sich der Gesetzgeber mE auch endlich zu der - zugegebenermaßen unpopulären - Festsetzung einer Kostenbeteiligung der Versicherten durchringen.

7. Die privatrechtliche Eingung mit dem Übergeber einer Kassenvertragsordination darf nicht der Reihung potenzieller Nachfolger zugrunde gelegt werden. Dies ist nach der Rspr des Obersten Gerichtshofes klar und dem ist auch zuzustimmen.⁹⁶³ Dennoch ist die privatrechtliche Einigung mit dem Vorgänger nicht *a priori* unzulässig, weil sie immerhin einen nahtlosen Übergang von einem Kassenarzt zum anderen erleichtert und für alle Beteiligten Vorteile birgt. Sie muss aber gegenüber den fachlichen Qualifikationskriterien in den Hintergrund treten.⁹⁶⁴

Zu betonen ist, dass die Übernahme der an der bisherigen Kassenplanstelle betriebenen Ordination gegenüber der Anwendung der Auswahlkriterien kein zwingendes Erfordernis für den Abschluss eines Kassenvertrages bedeutet, sondern nur zu erfolgen hat, sofern diese unter angemessenen, gerechtfertigten Bedingungen möglich ist. Der Bewerber um einen Kassenvertrag ist nur dann zur Übernahme verpflichtet, wenn er als Gegenleistung für die Zahlung des Übernahmepreises auch entsprechende (Sach-)Werte erhält.

Das vertragsärztliche Auswahlverfahren dient zwingend *öffentlichen Interessen* an einer bestmöglichen und ökonomischen medizinischen Versorgung. Der Ökonomie kann nur gedient werden, wenn nicht Ordinationen in beliebiger Anzahl errichtet werden, sondern nach Möglichkeit bestehende Einheiten

⁹⁶³ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x.

⁹⁶⁴ So auch *Schrammel*, ZAS 2002/8

übernommen werden. Dem entspricht das Verfahren der Stellennachfolge. Neben diesen Allgemeininteressen, werden aber auch *persönliche Interessen* der Ärzteschaft zielführend verfolgt:

Zum Einen dient das vertragsärztliche Auswahlverfahren berechtigten Interessen der Bewerber. Sie müssen sich nicht selbst um die Schaffung einer Ordination mit entsprechender Ausstattung bemühen – was mit immensem Aufwand und erheblichem Kapitaleinsatz verbunden ist – sondern können dies bestehende Ressourcen übernehmen. Dafür ist selbstverständlich dem übertragenden Kassenarzt eine bestimmte – angemessene – Vergütung zu bezahlen. Soweit etwa technische Anpassungen oder sonstige Modernisierungen vorzunehmen sind, mindert dies freilich den Übernahmepreis.

Zum Anderen liegt die Ordinationsübergabe auch im berechtigten Interesse des bisherigen Ordinationsinhabers bzw nach dessen Tod, im Interesse seiner Rechtsnachfolger. Diese werden sich naturgemäß darum bemühen, eine angemessene Abgeltung für ihre als Kassenplanstelle betriebene Praxis zu lukrieren. Man führe sich an dieser Stelle auch vor Augen, dass Kassenvertragsärzte einerseits zu einem geringeren Tarif tätig sind, der Aufsicht des KVTr unterliegen, diesen berichtspflichtig sind und ihre Verschreibungen im Hinblick auf eine ökonomische Verschreibweise unter besonderer Kontrolle des KVTr stehen.⁹⁶⁵ Andererseits tragen Kassenärzte wesentlich zur flächendeckenden medizinischen Versorgung der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen bei. Der Versichertengemeinschaft verhelfen sie damit zu einer nach dem Sachleistungsprinzip mit möglichst geringen Kosten verbundenen medizinischen Versorgung. Daher ist die am Ende der kassenärztlichen Tätigkeit zu erwartende Abgeltung der Aufwendungen als Anreiz für Kassenvertragsärzte, die Kassenplanstelle bis zuletzt ordnungsgemäß zu führen und auch zu investieren, nicht außer Acht zu lassen. Dies wiederum liegt nicht zuletzt im Interesse der Versichertengemeinschaft.

⁹⁶⁵ OLG Wien 24.11.2005, 1 R 213/05h. *Kopetzki*, RdM 1996, 175; *Krejci*, SozSi 1988, 302.

Der in den Gesamtverträgen enthaltene Stellenplan sieht eine bestimmte Anzahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen vor. Abweichungen vom Stellenplan sind nur mit Zustimmung des Hauptverbandes und der zuständigen Landesärztekammer bzw ersatzweise der Österreichischen Ärztekammer zulässig. Ein freier Abschluss von Einzelverträgen ist daher bei Bestehen eines Gesamtvertrages nicht möglich.⁹⁶⁶

Für Bewerber um Kassenverträge gibt es sohin im Wesentlichen überwiegend die Möglichkeit einer Stellennachfolge, da die Schaffung neuer Planstellen äußerst selten vorkommt. Für viele Wahlärzte, die bereits eine Wahlarztordination aufgebaut haben und diese einigermaßen erfolgreich betreiben, wird aber wohl genau dieser Weg, nämlich den Einzelvertrag „neu“ für ihre bestehende Ordinationsstätte zu bekommen, der wünschenswerte sein. Die Verwehrung führt dazu, dass wertvolle Ressourcen, nämlich neue und moderne Ordinationsräumlichkeiten quasi „brach liegen“ bzw zwar als Wahlarztordinationen betrieben werden, aber als solche nicht in gleicher Form der Versichertengemeinschaft zur Verfügung stehen, wie sie dies als Kassenvertragsordination würden.

Schon daran zeigt sich, wie viele völlig gegenläufige Interessen beim Thema Stellennachfolge und Ablöse zusammenlaufen und vereint werden wollen. Diese Aufgabe den Gesamtvertragsparteien, namentlich der Ärztekammer zu überlassen kann mE nicht zielführend sein. Wünschenswert wäre jedenfalls die Verankerung der prinzipiellen Zulässigkeit der Bezahlung einer Ordinationsablöse sowie die Festlegung einer einheitlichen Berechnungsmethode durch den Gesetzgeber im ASVG. Insbesondere die Ärztekammern sind mAn mit der Regelung dieser äußerst heiklen Fragen insofern „überfordert“, als sie als Standesvertretung der Ärzteschaft ja sowohl die Interessen des Übergebers, einen möglichst hohen Preis für seine Ordination zu bekommen, als auch jene des Übernehmers, realistisch finanzierbare Bedingungen für Start in die Selbständigkeit vorzufinden, vertreten und berücksichtigen müssen. Diesem

⁹⁶⁶ § 342 Abs 1 Zif 1 ASVG.

Interessenkonflikt anders als durch eine einheitliche Lösung im ASVG Herr zu werden, sehe ich nicht, wobei zuzugeben ist, dass den Gesamtvertragsparteien in Oberösterreich mit Etablierung des Gruppenpraxis-Modells „Nachfolgepraxis“ eine vorbildliche Lösung des Problems gelungen ist.

Literaturverzeichnis

10 Nationales Recht

10.1 Monographien, Aufsätze

Adamovic/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985).

Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht Band 3 Grundrechte (2003). Zitiert als: *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte.

Aichreiter, Österreichisches Verordnungsrecht Band 2 (1988).

Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz³ (2007).

Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Medizinrecht für die Praxis Band I und II (2004). Zitiert als: *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht I/II.

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996).

Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht III Schuldrecht Besonderer Teil³ (2007). Zitiert als: *Apathy/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil³.

Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht (2005).

Bleckmann, Europarecht⁶ (1997).

Brugger, ecolex-Script 1998/13.

Dittrich/Tades, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I.Band ABGB³⁶ (2003). Zitiert als: *Dittrich/Tades*, ABGB³⁶.

Dragaschnig/Souhrada, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung (1983).

Elsner, Bundesvergabegesetz² (BvergG) - Das neue Vergaberecht 2006 idF der BvergG-Novelle 2007 (2008). *Elsner*, BVerG 2006².

Elsner, *ecolex* 1996, 920.

Engljähringer, *ÖJZ* 1993, 488.

Erhart, in Potacs/Erhart (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht (2000).

Floretta/Spielbüchler/Strasser (Hrsg), Arbeitsrecht Band I Individualarbeitsrecht⁴ (1998). Zitiert als: *Floretta/Spielbüchler/Strasser* (Hrsg), Arbeitsrecht I⁴.

Funk, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung (1987).

Funk, FS Antonioli (1979).

Funk, *VersRdSch* 3/1995, 51.

Geppert, *DRdA* 1987, 177.

Grabenwarter, Altersgrenze für Vertragsärzte in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung (1999). Zitiert als: *Grabenwarter*, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt.

Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit (1994).

Grillberger, *DRdA* 1995, 101.

Grillberger, Österreichisches Sozialrecht⁵ (2001).

Grillberger, SozSi 1991, 526.

Grillberger, ZAS 1994, 81.

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

Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994).

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg), Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2008 (2008).

Hauser, zfhr 2008, 6.

Holoubek/Potacs (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I² (2007). Zitiert als: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band I².

Kienast/Newole, RdW 2002/155.

Kiesl, DRdA 2000/16.

Kiesl, SozSi 1995, 322.

Kietaibl, DRdA 2007, 449.

Kietaibl, SozSi 2008, 68.

Kietaibl, ZAS 2007/9.

Kletter, SozSi 1994, 27.

Kletter, SozSi 1994, 609.

Kneihs/Lienbacher/Runggaldier, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherung? (2005).

König/Reichel-Holzer, Bundesvergabegesetz 2006 (2006). Zitiert als: *König/Reichel-Holzer*, BVergG 2006.

Kopetzki, RdM 1996, 175.

Kopetzki, RdM 2003/102.

Kopetzki, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung (1999). Zitiert als: *Kopetzki*, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt.

Korinek, in FS Wenger (1983).

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993).

Korinek/Holoubek, ÖZW 1995, 108.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band II¹³ (2007).

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I¹³ (2006).

Krejci, Kassenärzte: Honorarordnungen rechts- und sittenwidrig? (1992).

Krejci, SozSi 1988, 302.

Krejci, Untergang der Kassenärzte? (1998).

Krejci, VersRdSch 1973, 210.

Krejci, VersRdSch 1991, 145.

Krejci, ZAS 1989, 109.

Kröll, RdM 2007/63.

Langer, Anwendungsprobleme des Gruppenpraxisrechts (Dissertation, 2004).

Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003).

Marhold, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in Schrammel (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992).

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006).

Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007). Zitiert als: *Mayer*, B-VG⁴.

Mayer, JBl 1976, 636.

Mayer, ÖStZ 1975, 151.

Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992).

Mazal, RdM 2001, 35.

Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte: Grundrechte in Österreich VII/1 (2009). Zitiert als: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte VII/1.

Morawetz, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht - Seminarunterlage zum Seminar „Die Bewertung der Arztordination aus rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht“, ARS (19.10.2006). Zitiert als: *Morawetz*, Die Bewertung der Arztpraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht.

Mosler, DRdA 1995, 501.

Mosler, DRdA 1996, 430.

Mosler, DRdA 1996/51 = 1996, 510.

Naderhirn, DRdA 2004/22.

Nauta, Das Recht der freien Berufe (1998).

Oberndorfer, JBl 1992, 273.

Öhlinger, DRdA 1982, 281.

Öhlinger, ÖBl 1976, 89.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ (2007).

Pfeifer, JZ 1963, 505 ff.

Pfeil, DRdA 1985, 128.

Profil, Ausgabe 41 vom 8.10.2001.

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003).

Raschauer, Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in Tomandl, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts (1989).

Raschauer, ÖZW 1977, 1.

Reif, SozSi 1991, 594.

Reisner/Dihlmann, (Wahl)Arzt in Österreich (2006).

Resch, Die Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung (1999). Zitiert als: *Resch*, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt.

Resch, DRdA 2001/18 = DRdA 2001, 247.

Resch, Sozialrecht³ (2005).

Rill, Die rechtliche Problematik des Dreiecks „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“, in Tomandl (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1974).

Rill/Schäffer, Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001). Zitiert als; *Rill/Schäffer*, B-VG.

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2007). Zitiert als: *Rummel*, ABGB³.

Schneider, Ärztliche Ordinationen und selbständige Ambulatorien (2001).

Scholz, SozSi 2003, 496.

Schrammel, Ausgewählte Probleme des ärztlichen Kassenvertrages, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996). Zitiert als: *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen.

Schrammel, Der sogenannte „kassenfreie Raum“, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung (1987). Zitiert als: *Schrammel*, in Tomandl (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung.

Schrammel, DRdA 2007, 347.

Schrammel, in FS Tomandl (1998).

Schrammel, ZAS 1977, 163.

Schrammel, ZAS 1984, 221.

Schrammel, ZAS 1986, 145.

Schrammel, ZAS 1994, 73.

Schrammel, ZAS 2002/8.

Schrank/Mazal (Hrsg), Arbeitsrecht³ (2006).

Schuster/Bennott, ZAS 1970, 51.

Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007).

Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2006). Zitiert als: *Schwimann*, ABGB³.

Seiss, SozSi 2000, 927.

Selb, ZAS 1976, 43.

Selb, ZAS 1976, 94.

Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (1997).

Souhrada, JBl 1982, 519.

Souhrada, SozSi 1984, 423.

Souhrada, SozSi 1990, 18.

Steinbach, SozSi 1951, 41.

Stellamor/Steiner, Handbuch des österreichischen Arztrechts Band I² (1999). Zitiert als: *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht².

Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995).

Strasser, DRdA 1992, 93.

Teschner/Widlar/Pöltner, Allgemeine Sozialversicherung ASVG (1974, 105. Ergänzungslieferung 2008). Zitiert als: *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG.

Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (1978, 21. Ergänzungslieferung 2008). Zitiert als: *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts²¹.

Tomandl (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (1978, 7. Ergänzungslieferung 1993). Zitiert als: *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts⁷.

Tomandl, *ecolex* 1993, 328.

Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁴ (1989).

Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵ (2002).

Tomandl, in FS Schmitz II (1967).

Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971).

Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrecht II⁶ (2008).

Wallner, RdM 1999, 67.

Walter/Mayer, Grundriss des besonderen Verwaltungsrechts², (1987).

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007).

Welser, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975), (1974). Zitiert als: *Welser*, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht.

Windisch-Graetz, RdM 1994, 111.

10.2 Elektronische Downloads

*Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf zum OÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag samt 3.Zusatzprotokoll (2007). Abzurufen unter [http://vertragspartner.oogkk.at/mediaDB/MMDB132170 Gruppenpraxen aktuelle_Version2008.pdf](http://vertragspartner.oogkk.at/mediaDB/MMDB132170_Gruppenpraxen_aktuelle_Version2008.pdf) (1.6.2009). Zitiert als: *Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Arbeitsbehelf.**

Ärztammer für Wien, Ansuchen um Ausschreibung <http://www.aekwien.or.at/media/ausschreibansuch.pdf> (27.8.2009).

Ärztammer für Wien, Reihungskriterien <http://www.aekwien.or.at/1554.html> (24.5.2009).

Ärztammer für Wien, Wie komme ich zu einem Kassenvertrag? <http://www.aekwien.or.at/155.html#> (24.5.2009).

Ärztammer für Wien, Wie komme ich zu meinen Punkten? <http://www.aekwien.or.at/152.html> (24.5.2009).

Fachsenat für Betriebswirtschaft und Organisation des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer für Wirtschaftstreuhand, Fachgutachten zur Unternehmensbewertung (KFS BW 1). Abzurufen unter <http://www.kwt.or.at/de/PortalData/2/Resources/downloads/downloadcenter/50-KFS-BW1.pdf> (1.6.2009).

Landeszahnärztekammer für Niederösterreich, Ordinationsbewertung durch die LZÄK für NÖ noe.zahnaerztekammer.at/download.php?id=1531 (1.6.2009).

Landeszahnärztekammer Wien, Reihungskriterien für Kassenverträge – Anlage <http://wr.zahnaerztekammer.at/page.php?katid=323> (24.5.2009).

N.N., Medical Tribune 29/2006, <http://www.medical-tribune.at/dynasite.cfm?dsmid=74635&dspaid=581412> (1.6.2009).

Österreichische Ärztekammer, Diplomordnung vom 15.12.2006, <http://www.arztakademie.at/fileadmin/template/main/OeAeKDiplomePDFs/diplomordnung.pdf> (31.5.2009).

Ruhaltinger, Praxisübergabe: Ablöse für die Praxis, ärztemagazin 37/2008 <http://www.aerztemagazin.at/dynasite.cfm?dssid=4169&dsmid=94536&dspaid=718208> (1.6.2009).

Wallner/Herdega/Hummelbrunner, Standespolitik - Gruppenpraxisvertrag in OÖ ab 1.7.2002 zwischen Ärztekammer für OÖ und OÖ Gebietskrankenkasse für Allgemeinärzte und Allgemeine Fachärzte http://www.hausaerzteverband.at/stand_grparxvert.htm (1.6.2009). Zitiert als: *Wallner/Herdega/Hummelbrunner*, Standespolitik.

10.3 Entscheidungen

BSK 29.11.2000, R 2-BSK/00 = SSV-NF 14/A 1.

BSK 12.10.2005, R 2-BSK/05 = SSV-NF 19/A 3.

BVA 26.6.2002, N-23/02-8 = RPA 2002, 170.

BVA 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28 = RPA 2002, 170.

LBK Wien 22.12.2003, SSV-NF 17/B 5.

LBK Wien 9.10.2003, SSV-NF 17/B 2.

LBK Wien 9.10.2003, SSV-NF 17/B 3.

LSK Tirol 25.5.1994, SSV-NF 8/B 6.

LSK Tirol 8.11.1994, SSV-NF 8/B 11.

OGH 2.11.1931, 2 Ob 920/31 = SZ 13/233.

OGH 5.3.1970, 2 Ob 25/70.

OGH 28.9.1971, 4 Ob 82/71.

OGH 6.7.1978, 2 Ob 5/78 ua = SZ 51/109.

OGH 25.9.1979, 4 Ob 78/79.

OGH 14.9.1982, 4 Ob 75/82.

OGH 31.8.1984, 1 Ob 14/84 = SZ 57/134.

OGH 11.7.1990, 2 Ob 54/90.

OGH 26.2.1991, 10 ObS 52/91 = SSV-NF 5/19 = SVSlg 37.287.

OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91.

OGH 27.2.1992, 2 Ob 7/95.

OGH 15.12.1992, 10 ObS 136/92.

OGH 16.12.1992, 2 Ob 20/92 = VersRdSch 1993, 137.

OGH 14.4.1994, 10 ObS 264/93 = SSV-NF 8/33.

OGH 26.4.1994, 10 ObS 113/94 = SSV-NF 8/44.

OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94.

OGH 23.11.1994, 10 ObS 252/94.

OGH 6.12.1994, 10 ObS 267/94 = SVSlg 40.040.

OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95.

OGH 24.8.1995, 2 Ob 39/95 = RdM 1996/4.

OGH 28.11.1995, 10 ObS 166/94 = SSV-NF 9/100.

OGH 22.10.1996, 10 ObS 2172/96a = SSV-NF 10/108.

OGH 5.11.1996, 10 ObS 2296/96m.

OGH 28.10.1997, 1 Ob 329/97g.

OGH 10.12.1997, 9 ObA 387/97w = DRdA 1998, 360 = SZ 70/259.

OGH 24.6.1998, 9 ObA 156/98a.

OGH 6.7.1998, 8 ObA 61/97x.

OGH 12.1.1999, 10 ObS 312/98 = SSV-NF 13/1 = SVSlg 45.169.

OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i.

OGH 30.3.1999, 10 ObS 403/98g.

OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m.

OGH 22.5.2001, 10 ObS 315/00x = DRdA 2001, 567.

OGH 7.6.2001, 9 ObA 328/00a.

OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x = JBl 2002, 36 = RdM 2002/1.

OGH 12.2.2002, 4 Ob 31/02s.

OGH 22.5.2002, 9 ObA 80/02h.

OGH 4.9.2002, 9 ObA 89/02g.

OGH 24.4.2003, 8 ObA 219/02t.

OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w.

OGH 16.10.2003, 8 ObA 1/03k.

OGH 4.5.2004, 4 Ob 77/04h.

OGH 21.6.2004, 10 ObS 68/04d.

OGH 10.5.2005, 1 Ob 69/05m.

OGH 14.3.2006, 4 Ob 198/05d.

OGH 13.9.2006, 3 Ob 127/06g.

OGH 21.12.2006, 2 Ob 128/06x.

OGH 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

OLG Wien 18.6.2007, 12 R 218/06a.

OLG Wien 24.11.2005, 1 R 213/05h.

OLG Wien 29.5.2008, 1 R 207/06b.

RIS-Justiz RS0026351.

RIS-Justiz RS0073059.

RIS-Justiz RS0105948.

RIS-Justiz RS0115620.

RIS-Justiz RS0115622.

SSV 11963/53.

VfGH 13.12.1928, G4/28 = VfSlg 1123.

VfGH 26.6.1929, G 2/29 = VfSlg 1230.

VfGH 1.6.1932, B 10/32 = VfSlg 1451.

VfGH 5.3.1951, B 119/50 = VfSlg 2088.

VfGH 8.12.1956, G 16/56 = VfSlg 3118.

VfGH 21.6.1957, B 20/57 = VfSlg 3197.

VfGH 17.3.1966, G 9/65, G 14/65 = VfSlg 5240.

VfGH 11.10.1974, G 8/74 = VfSlg 7400.

VfGH 14.6.1978, B 99/76 = VfSlg 8309.

VfGH 4.10.1984; G 70/84 = VfSlg 10.179.

VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87= VfSlg 11.483.

VfGH 11.6.1988, B 827/87 = VfSlg 11.705.

VfGH 14.06.1988, G 48/87, V 14/87 = VfSlg 11.729.

VfGH 20.06.1989, G 228/88, G 3/89, G 4/89, V 202/88, V 1/89, V 2/89 =
VfSlg 12.083.

VfGH 15.6.1990, G 56/89 = VfSlg 12.379.

VfGH 7.3.1992, G 198/90, ua = VfSlg 13.023.

VfGH 25.06.1992, G 245/91, V 189/91 = VfSlg 13.133.

VfGH 23.3.1993, B 759/92 = VfSlg 13.407.

VfGH 30.9.1993, B 1136/92 = VfSlg 13.553.

VfGH 12.12.1994, B 2083/93, B 1545/94 = VfSlg 13.975.

VfGH 24.2.1997, V 49/96, V 50/96 = VfSlg 14.740.

VfGH 23.2.1999, B 2121/98 = VfSlg 15.414.

VfGH 16.12.1999, B 3077/97 – B 1819/98 = VfSlg 15.698.

VfGH 18.3.2000, G 24/98 ua, V38/98 ua – V62/99 = VfSlg 15.787 – 15.865
= JBl 2000, 502 = SozSi 2000, 738.

VfGH 14.6.2000, B 1245/98 = VfSlg 15.803.

VfGH 14.6.2000, B 2074/98.

VfGH 25.9.2000, B 438/99 = VfSlg 15.907.

VfGH 11.10.2000, B 224/00.

VfGH 3.11.2000, G 110, 11/99-8.

VfGH 5.12.2000, B 1813/97 = VfSlg 16.039.

VfGH 2.3.2002, B 1538/01.

VfGH 25.11.2002, B 46/00 = VfSlg 16.697.

VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

VfGH 8.3.2006, B 3303/05 = VfSlg 17.788.

VfGH 6.6.2006, B 367/06 = VfSlg 17.824 = SSV-NF 20/B 4.

VwGH 26.4.2007, 2005/04/0222.

10.4 Gesamtverträge und gesamtvertragliche Vereinbarungen

Ärztegesamtvertrag der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 175 ff.

Ärztegesamtvertrag der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 133 ff.

Gesamtvertrag abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Vorarlberg und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 10.11.1956 idgF.

Gesamtvertragliche Vereinbarung betreffend Richtlinien für die Auswahl der Vertragsärztinnen/-ärzte (Niederlassungsrichtlinien) vom 17.12.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger. Zitiert als: Niederlassungsrichtlinien NÖ.

Gesamtvertragliche Vereinbarung betreffend Richtlinien für die Auswahl der Vertrags-Gruppenpraxen und der Vertrags-Gruppenpraxen-Gesellschafterinnen-/Gesellschafterstellen (Niederlassungsrichtlinien) vom 17.12.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Niederösterreich und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger. Zitiert als: NÖ Niederlassungsrichtlinien-Gruppenpraxis.

Gruppenpraxis-Gesamtvertrag vom 1.4.2009. Abzurufen unter http://cms.arztnoe.at/cms/dokumente/1004349_100317/d5feae3a/Gruppenpraxen_GP.pdf (1.6.2009). Zitiert als: NÖ Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF 1.4.2009.

Hebammengesamtvertrag, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 248 ff.

Mustergesamtvertrag, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 81 ff.

Neue Reihungsrichtlinien für die Auswahl der § 2-Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzte vom 28.4.2006, abgeschlossen zwischen

der Ärztekammer für Tirol und den in § 2 GV angeführten KVTr. Zitiert als: Neue Reihungsrichtlinien Tirol.

Optikergesamtvertrag, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 253 ff.

Orthopädieschuhmachergesamtvertrag, veröffentlicht in *Dragaschig/Souhrada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung, 255 ff.

Richtlinie für die Auswahl von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen vom 20.3.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Steiermark und den § 2-KVTr. Zitiert als: Reihungsrichtlinien für Stmk.

Richtlinien der Ärztekammer für Salzburg und der SGKK für die Auswahl der Vertragsärzte für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzte (exklusive Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde und Zahnärzte) ab dem 31.3.2005, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Salzburg und der Salzburger Gebietskrankenkasse.

Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Ärzten für Allgemeinmedizin und Fachärzten (ausgenommen Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde bzw Zahnärzte) gemäß § 5 Abs 2 Gesamtvertrag, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse (Anlage 2 zum Wiener Gesamtvertrag idF 1.1.2004). Zitiert als: Reihungsrichtlinien für Wien.

Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Vertragsärzten und Vertragsgruppenpraxen bzw Mitgliedern von Vertragsgruppenpraxen, Anhang 2 gemäß § 13 des Gruppenpraxis-Gesamtvertrages vom 25.6.2007, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Burgenland und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger. Zitiert als: Reihungsrichtlinien für Bgld.

Richtlinien für die Auswahl von Vertragsärzten (und Vertragsgruppenpraxen) vom 30.4.2007, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Vorarlberg und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.

Richtlinien für die Auswahl von Vertragsärzten/Vertragsärztinnen und Vertragsgruppenpraxen bzw von Mitgliedern von Vertragsgruppenpraxen vom 1.7.2008, abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Oberösterreich und der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse. Zitiert als: Reihungsrichtlinien für OÖ

Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den Kärntner §2-KVTr vom 6.5.2008, abgeschlossen zwischen der Kärntner Gebietskrankenkasse und der Ärztekammer für Kärnten.

Gesamtvertrag vom 1.1.2004 abgeschlossen zwischen der Ärztekammer für Wien einerseits und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger für die im § 2 angeführten Krankenversicherungsträger andererseits. Zitiert als: wrGV.

Wiener Gruppenpraxisgesamtvertrag vom 1.1.2004.

Zusatzvereinbarung betreffend Übergabepaxis vom 20.6.2006. Abzurufen unter <http://cms.arztnoe.at/cms/beitrag/1000921/105789/> (1.6.2009). Zitiert als: Zusatzvereinbarung NÖ.

10.5 Gesetze und Gesetzesmaterialien

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr. 946/1811.

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) idF BGBl. Nr. 139/1997.

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) idF BGBl. Nr. 189/1955.

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idgF.

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), idF der 60.Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 140/2002.

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), idF der 58.Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 99/2001.

Allgemeines Pensionsgesetz (Pensionsharmonisierungsgesetz, APG), BGBl. I Nr. 142/2004.

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG 1950), BGBl. Nr. 172/1950 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991.

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG 1991), BGBl. Nr. 51/1991 idgF.

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 idgF.

Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG), BGBl. I 169/1998 idgF.

Bauern-Sozialversicherungsgesetz (BSVG), BGBl. Nr. 559/1978 idgF.

Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (B-KUVG), BGBl. Nr. 200/1967 idgF.

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BGBl. Nr. 448/1984 idgF.

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idgF.

Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG 1997), BGBl. I Nr. 56/1997.

Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002.

Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

Einkommensteuergesetz 1988 (EstG), BGBl. Nr. 400/1988 idgF.

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958 idgF.

Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG), BGBl. 112/1996 idgF.

Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz (GSVG), BGBl. 560/1978 idgF.

Güterbeförderungsgesetz 1995 (GütbefG), BGBl. 593/1995 idgF.

Hebammengesetz (HebammenG), BGBl. Nr. 310/1994 idgF.

Schiedskommissionsverordnung (SchKV), BGBl. Nr. 128/1991 idgF.

Staatsvertrag von St. Germain (StV St.Germain), StGBI. Nr. 303/1920.

Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen und zahnärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern (Reihungskriterien-VO), BGBl. II Nr. 487/2002 idgF.

Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen und zahnärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern (Reihungskriterien-VO) idF BGBl. II Nr. 415/2004.

Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen und zahnärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern (Reihungskriterien-VO) idF BGBl. II Nr. 475/2005.

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG bzw EGV), BGBl. III Nr. 86/1999 (konsolidierte Fassung) idgF.

Zivilprozessordnung (ZPO), RGBL. Nr. 113/1895 idgF.

Bundesverfassungsgesetz über die Beseitigung rassistischer Diskriminierung (RassDiskrVerbG); BGBl. Nr. 390/1973.

EB zur RV 284 BlgNR XVIII.GP.

AB 613 BlgNR VII.GP.

RV 1098 BlgNR XVII.GP.

RV 1171 BlgNR XXII.GP.

RV 599 BlgNR VII.GP.

RV 624 BlgNR XXI.GP.

11 Gemeinschaftsrecht

ABl.C 69/17 (2009/C 69/30).

EuGH C-477/08.

EuGH 21.6.1974, Rs 2/74, *Reyners*.

EuGH 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*.

EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*.

EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, *Konstantinidis*.

EuGH 24.11.1993, verb Rs C- 267/91 und C-268/92, *Keck und Mithouard*.

EuGH 24.1.1995, Rs C-359/93, *Kommission/Niederlande*.

EuGH 11.8.1995, Rs C-433/93 *Kommission/BRD*.

EuGH 20.6.1996, verb Rs C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*.

EuGH 13.4.2000, Rs C-251/98, *C.Baars*.

EuGH 4.7.2000, Rs C-424/97, *Haim II*.

EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*.

EuGH 1.2.2001, Rs C-108/96, *MacQuen*.

EuGH 31.5.2001, C-283/99, *Kommission/Italien*.

EuGH 11.7.2002, Rs C-294/00, *Gräbner*.

EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname*.

Schlussanträge des Generalanwalts *Alber*, EuGH Rs C-108/98, *RLSAN*,
Rn 50.

Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (RL 1999/42/EG).

Richtlinie 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 (RL 2004/18/EG).

Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG).

Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (RL 2006/123/EG).

Richtlinie 77/452/EWG des Rates vom 27. Juni 1977 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (RL 77/452/EWG).

Richtlinie 77/453/EWG des Rates vom 27. Juni 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind (RL 77/453/EWG).

Richtlinie 78/1026/EWG des Rates vom 18. Dezember 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Tierarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (RL 78/1026/EWG).

Richtlinie 78/1027/EWG des Rates vom 18. Dezember 1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Tierarztes (RL 78/1027/EWG).

Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (RL 78/686/EWG).

Richtlinie 78/687/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Zahnarztes (RL 78/687/EWG).

Richtlinie 80/154/EWG des Rates vom 21. Januar 1980 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise für Hebammen und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (RL 80/154/EWG).

Richtlinie 80/155/EWG des Rates vom 21. Januar 1980 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten der Hebamme (RL 80/155/EWG).

Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10. Juni 1975 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (RL 85/384/EWG).

Richtlinie 85/432/EWG des Rates vom 16. September 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten (RL 85/432/EWG).

Richtlinie 85/433/EWG des Rates vom 16. September 1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten (RL 85/433/EWG).

Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (RL 89/48/EWG).

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und

Baufträge (RL 89/665/EWG) idF der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (RL 2007/66/EG).

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (RL 89/665/EWG).

Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (RL 92/51/EWG).

Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5. April 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (RL 93/16/EWG).

Abstract - deutsch

Kassenverträge sind für niedergelassene Ärzte von existenzieller Bedeutung, denn sie sichern nicht nur ein regelmäßiges Einkommen, sondern gewährleisten auch eine relativ einfache Abrechnung und dies aufgrund der bestehenden gesetzlichen Regelungen im Grunde bis zu jenem Zeitpunkt, an dem der Kassenarzt seinen Vertrag nach eigener und freier Entscheidung zurücklegt. Obwohl sich Wahlärzte besonders in der finanziell gut situierten Gesellschaft immer größerer Beliebtheit erfreuen, zieht der Großteil der Versicherten die Konsultation eines Kassenarztes in aller Regel dem Wahlarzt vor. Umso bedeutender ist daher ein faires Zulassungsverfahren zur Erlangung eines Kassenvertrages, das im Fokus dieser Dissertation steht.

Die Vergabe eines Kassenvertrages, die Erstattung der Besetzungsvorschläge und auch die den Vorschlägen zugrundeliegenden Reihungsrichtlinien müssen auf objektiven und nachprüfbaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind.⁹⁶⁷ Die Berücksichtigung der allgemeinen und besonderen fachlichen Eignung des Bewerbers hat jedenfalls im Vordergrund der Punktevergabe und Reihung zu stehen.

Die Vergabe aufgrund sachlich nicht gerechtfertigter Auswahlkriterien stellt einen Verstoß gegen den aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte anzuwendenden Gleichheitsgrundsatz dar, der als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB anzusehen ist. Daraus resultiert eine Haftung von Ärztekammer und KVTr für daraus entstandene Schäden.

Eine Anwendbarkeit des Bundesvergaberechts und damit des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems bei der Besetzung von Kassenplanstellen ist nach der Rspr des Verfassungsgerichtshofes ausgeschlossen.⁹⁶⁸

⁹⁶⁷ OGH 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 12.2.2002, 4 Ob 31/02s; zuletzt 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

⁹⁶⁸ VfGH 30.11.2004, B 1278/02 ua = VfSlg 17.367.

Die umstrittene Frage, ob das Kassenarztsystem und vor allem der Stellenplan einen Eingriff in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit bedeuten, ist mAn zu verneinen. Ebenso wenig stellt das Stellenplansystem mE einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.

Die privatrechtliche Einigung mit dem Übergeber einer Kassenvertragsordination darf nicht der Reihung potenzieller Nachfolger zugrunde gelegt werden, sie und die einhergehende Ablösezahlung ist aber nicht *a priori* unzulässig.

Abstract - englisch

The Austrian Social Security System is premised on a compulsory health insurance system, whereby a long-term contractual relationship is concluded between the official (quasi-governmental, self-regulatory) Social Security Providers and the individual physician (“*Kassenvertrag*”), covering reimbursable costs for out-patient treatment. Those contracts are of considerable commercial relevance for health care professionals, in that they ensure a regular income and provide for an easily operable billing system. Those benefits are granted until the termination of the respective contract. To date, the vast majority of Austrians prefer medical treatment at no cost by these contractual partners of Social Security Institutions (“physicians under contract”) rather than consulting a doctor in private practice. Consequently, the establishment of due process when deciding on the award of such contracts is all the more important. The present thesis focuses on that particular aspect.

The various elements of the health insurance system, i.e. (i) the award of contracts, (ii) the proposal for appointment of a physician under contract made by the Medical Association and (iii) the criteria chosen for the subsequent appointment of a physician applying for a contract must be objective, transparent and easy to follow.⁹⁶⁹ The award of a contract determined by the professional expertise of the applicant meets this standard. Other assessment criteria which do not meet the standard of due consideration would constitute an infringement of the principle of non-discrimination. Thus, the involved Medical Association and Social Security Institution would be liable for any damages incurred by an applicant.

Public procurement law, however, does not govern the award of such a contract.⁹⁷⁰

⁹⁶⁹ Austrian Supreme Court 11.7.2001, 7 Ob 299/00x; 12.2.2002, 4 Ob 31/02s; 19.2.2009, 2 Ob 48/08k.

⁹⁷⁰ Austrian Constitutional Court 30.11.2004, B 1278/02.

The described system neither constitutes an infringement of the freedom of employment nor of the freedom of establishment as set forth in the Austrian Charta of Fundamental Rights and the EC Treaty.

An assignment agreement entered into between an individual professional already under contract and a potential successor eager to assume this contractual position must be disregarded by the Medical Association when it comes to assessing the relevant qualification criteria. Such assignments, often tied with one-off payments to assignor in consideration for inventory, equipment, goodwill and the like are not unlawful as such, but, on a case-by-case basis, must be in line with the test delineated above.

Lebenslauf

<u>Name:</u>	Julia Moser
<u>Geburtsdatum und -ort:</u>	4. März 1984, Wien.
<u>Schul- und Hochschulausbildung:</u>	
2008 – laufend	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften (Universität Wien).
2006	Abschluss Magister iuris (Universität Wien).
2002 – 2006	Diplomstudium Rechtswissenschaften (Universität Wien).
2002	Abschluss Matura (Konrad Lorenz Gymnasium Gänsersdorf).
<u>Berufliche Erfahrung:</u>	
Jänner 2009 – laufend	Rechtsanwaltsanwärtlerin bei der Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH, Wien.
April 2008 – Dezember 2008	Gerichtspraxis im OLG Sprengel Wien.
November 2006 – März 2008	Rechtsanwaltsanwärtlerin bei der Spitzauer & Backhausen Rechtsanwälte GmbH, Wien.