

Sozialversicherungsrechtliche Zulässigkeit eines Screening-Programms

Rechtsgutachten

erstellt von Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler
für FELLNER WRATZFELD & PARTNER
Rechtsanwälte

Dezember 2023

1. Sachverhalt

Folgender Sachverhalt wurde vom Auftraggeber mitgeteilt:

Der Wiener Gesundheitsfonds (WGF) beabsichtigt, ein Vergabeverfahren zur Beschaffung unterschiedlicher Leistungen für ein populationsbezogenes, qualitätsgesichertes Darmkrebs-Screening in Wien („Vergabeverfahren Darmkrebs-Screening“) durchzuführen. Auftraggeber ist der WGF.

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen (zwei Lose). Gegenstand von Los 1 ist die Beschaffung diverser Leistungen betreffend die Planung und Durchführung eines populationsbezogenen Darmkrebs-Screenings. Gegenstand von Los 2 ist die Durchführung von Koloskopien entsprechend dem Qualitätsstandard für Koloskopien samt Nebenleistungen, wobei keine Übernahme der Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird.

Der Beschaffungsgegenstand von Los 1 umfasst folgende Leistungen:

(i) Projektmanagement: Dies umfasst insbesondere die Entwicklung und Implementierung eines übergreifenden Projektmanagements für die Umsetzung des gesamten Darmkrebs-Screenings während der Projektlaufzeit. Die Bereitstellung der notwendigen Informationen, Daten und Unterlagen – jeweils unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen – sowie die Teilnahme an Evaluationsgesprächen mit dem Auftraggeber sind zentrale Bestandteile des Projektmanagements.

(ii) Kommunikationskonzept sowie professionelle Kommunikationsbegleitung: Dies umfasst insbesondere die Entwicklung eines Kommunikationskonzeptes für die Zielgruppe sowie die professionelle Kommunikationsbegleitung und die Abwicklung eines strukturierten Einladungsmanagements, um eine möglichst hohe Teilnahmerate der Zielgruppe am Darmkrebs-Screening zu gewährleisten.

(iii) Bereitstellung von Testkits: Dies umfasst insbesondere die Bereitstellung von quantitativen immunochemischen Stuhltests (faecal immunochemical testing – F.I.T.), die eine automatisierte, qualitätsgesicherte und exakte Auswertung unter standardisierten Bedingungen in einem medizinischen Laboratorium ermöglichen.

Die bereitgestellten F.I.T. müssen für die Detektion von kolorektalen Karzinomen oder fortgeschrittenen Adenomen eine Sensitivität von mindestens 25% und eine Spezifität von mindestens 90% aufweisen, wobei sich die 25% auf fortgeschrittene Adenome, nicht auf die Karzinome beziehen.

(iv) Logistikleistungen im Zusammenhang mit F.I.T.: Dies umfasst insbesondere den Transport sowie die Verteilung an die Zielgruppe, die Lagerung sowie den Rücktransport in das Labor.

(v) Durchführung von Laboranalysen (Auswertung F.I.T.): Dies umfasst insbesondere die qualitätsgesicherte Auswertung der Proben im Labor sowie die anschließende Befundübermittlung inklusive der Einmeldung der Testergebnisse in die elektronische Gesundheitsakte ELGA, sofern nicht ausdrücklich von der betreffenden teilnehmenden Person widersprochen wurde. Die Nutzung von ELGA für das Screening ist jedoch in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und daher sind unter Umständen (interimistisch) auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentations-Erfordernissen zu genügen.

(vi) IT: Dies umfasst insbesondere die Bereitstellung einer geeigneten IT-Infrastruktur, sodass das Darmkrebs-Screening entsprechend abgewickelt werden kann. Insbesondere muss eine Anbindung über „Mein.Wien“ sowie den Internetportalen der österreichischen Sozialversicherung ermöglicht werden.

(vii) Telemedizinische Beratung: Dies umfasst die telemedizinische Beratung der teilnehmenden Person, insbesondere sofern bei dieser ein positiver F.I.T. vorliegt. Im Rahmen der telemedizinischen Beratung ist die teilnehmende Person insbesondere über das Testergebnis aufzuklären sowie auf die Durchführung einer Koloskopie zur weiteren Abklärung hinzuweisen.

(viii) Schnittstelle zur Nachfolgeuntersuchung bzw Terminkoordination Koloskopie bei positivem F.I.T. der teilnehmenden Person: Dies betrifft insbesondere - bei Wunsch der teilnehmenden Person - die Unterstützung bei der Terminkoordination einer Koloskopie im niedergelassenen Bereich, wobei der Termin zur Koloskopie jedenfalls spätestens innerhalb von 14 Tagen ab positivem F.I.T. der teilnehmenden Person stattzufinden hat. Sofern der Termin zur Koloskopie nicht innerhalb von 14 Tagen ab positivem F.I.T. der teilnehmenden Person im niedergelassenen Bereich koordiniert werden kann, hat die Terminkoordination mit Rahmenvereinbarungspartnern aus Los 2 zu erfolgen.

(ix) Schnittstelle zur Terminkoordination Koloskopie: Dies betrifft insbesondere die Einrichtung einer zentralen Serviceline, die an die Gesundheitsberatung 1450 angebunden ist sowie die Unterstützung von Personen ohne positiven F.I.T. bei der Terminkoordination einer Koloskopie im niedergelassenen Bereich.

Der Beschaffungsgegenstand von Los 2 umfasst folgende Leistungen:

- (i) Terminkoordinationssystem: Dies betrifft insbesondere die Errichtung eines zentralen Terminkoordinationssystem zur Terminkoordination für die Koloskopie mit dem Rahmenvereinbarungspartner aus Los 1.
- (ii) Durchführung von Koloskopien innerhalb von längstens 14 Tagen ab Kontaktaufnahme (wobei ausdrücklich keine Übernahme von Leistungen aus dem niedergelassenen Bereich angestrebt wird);
- (iii) Histopathologie inklusive Befundbesprechung innerhalb von 5 Werktagen ab Durchführung der Koloskopie;
- (iv) Einmeldung der Untersuchungsergebnisse insbesondere in die elektronische Gesundheitsakte ELGA, je nach etabliertem Standard und rechtlicher Möglichkeit. Die Nutzung von ELGA für das Screening ist jedoch in Abhängigkeit der Entwicklungen von ELGA zu sehen und daher sind unter Umständen (interimistisch) auch andere Systeme erforderlich, um den Dokumentations-Erfordernissen zu genügen.

2. Zu beurteilende Rechtsfragen

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Rechtsfragen zu beurteilen:

- (i) Ist die Ausschreibung ärztlicher Leistungen, insbesondere solcher, welche dem Gesamtvertragssystem des ASVG unterliegen, unabhängig davon, wer Auftraggeber ist sowie unabhängig von einer allfälligen (direkten oder indirekten) Finanzierung durch die ÖGK sozialversicherungsrechtlich zulässig?
- (ii) Wenn (i) bejaht wird: Ist das Darmkrebs-Screening Programm sozialversicherungsrechtlich zulässig, wenn der WGF, die ÖGK und der Bund das Screening Programm jeweils zu einem Drittel finanzieren?
- (iii) Wenn (i) bejaht wird: Ist die Ausschreibung ärztlicher Leistungen im Darmkrebs-Screening Programm sozialversicherungsrechtlich zulässig, wenn das Screening Programm nur aus Mitteln des WGF finanziert wird, die wiederum zum Teil aus Mitteln der ÖGK gespeist werden?
- (iv) Falls die Ausschreibung ärztlicher Leistungen im Rahmen des Darmkrebs-Screening Programms sozialversicherungsrechtlich zulässig ist: Dürfen sich auch Vertragsärzte

(Kassenärzte) an der Ausschreibung beteiligen? Wenn ja, dürfen Vertragsärzte diesfalls auch Tarife anbieten, welche von den mit der ÖGK vereinbarten Tarifen (Kassentarife) abweichen?

Die Beurteilung vergaberechtlicher Fragen, die sich allenfalls nach dem Sachverhalt stellen könnten, ist nicht Teil des Gutachtensauftrags.

3. Gutachten

3.1. Die Erbringung ärztlicher Leistungen im System des ASVG

Die Beziehungen der Sozialversicherung zu den Ärztinnen und Ärzten werden gem § 338 Abs 1 ASVG durch privatrechtliche Verträge geregelt. Durch diese Verträge ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen (§ 338 Abs 2 ASVG). Auf dieser Basis werden Verträge mit freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten, anderen Leistungserbringern in der Gesundheitsversorgung und Krankenanstalten abgeschlossen.

Die Beziehungen der Krankenversicherungsträger zu den freiberuflichen Ärztinnen und Ärzten bzw Gruppenpraxen werden durch Gesamtverträge mit der Österreichischen Ärztekammer bundeseinheitlich geregelt (§ 341 Abs 1 ASVG). Der Inhalt des Gesamtvertrags ist auch Inhalt des Einzelvertrags, der zwischen Krankenversicherungsträger und Arzt/Ärztin abgeschlossen wird (§ 341 Abs 2 ASVG). Welchen Inhalt der Gesamtvertrag aufzuweisen hat, ist vom Gesetz vorgegeben und reicht vom Stellenplan, die Vergütung, Rechte und Pflichten der Vertragsärztinnen und -ärzte bis zur Beendigung des Gesamtvertrags (§ 342 ASVG). Auch die Vertragsarztauswahl und die Beendigung des Einzelvertrags sind strikt gesetzlich determiniert (§ 343 ASVG). Vom Gesamtvertrag abweichende Vereinbarungen im Einzelvertrag sind rechtsunwirksam, soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelungsermächtigung besteht. Die Gesamtverträge wirken also normativ auf die Einzelverträge ein. Das gilt auch für Gruppenpraxen und Primärversorgungseinrichtungen, wobei allerdings vor allem für letztere einige Sonderbestimmungen gelten. Eigene Einrichtungen der Versicherungsträger dürfen für die Versorgung nur nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften herangezogen werden (§ 338 Abs 2 iVm § 339 ASVG und § 3a KAKuG).

Das im ASVG vorgesehene Modell der Rechtsbeziehungen zwischen Sozialversicherung und freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten ist insoferne eine abschließende Regelung, als kein anderes Modell errichtet werden darf, das in die Rechtsverhältnisse mit Ärztinnen und Ärzten durch eine normative Regelung eingreift. Weder dürfen andere Parteien einen Gesamtvertrag

schließen, noch kann die vom ASVG verliehene Rechtsetzungsbefugnis durch Vereinbarung erweitert werden.¹

Nicht ausgeschlossen ist es allerdings, dass die Gesamtvertragsparteien untereinander oder auch mit Dritten im Rahmen ihrer Rechtsfähigkeit schuldrechtliche Vereinbarungen abschließen.² Das ASVG schließt es ferner nicht aus, dass auch andere Einrichtungen (zB die Landesärztekammern oder der Dachverband, allenfalls auch andere Gesundheitseinrichtungen) solche schuldrechtlichen Vereinbarungen treffen, die die Erbringung ärztlicher Leistungen und deren Organisation regeln. Solche Vereinbarungen dürfen freilich nicht gegen Gesetze verstoßen bzw entsprechende Vorgaben (zB ÖSG und RSG) konterkarieren. Außerdem darf kein Modell aufgebaut werden, das die Normwirkung durch zivilrechtliche Konstruktionen (zB Vertrag zugunsten Dritter) substituiert.³

Zulässig sind Verträge im Zusammenhang mit ärztlichen Leistungen in Bereichen, die gar nicht Gegenstand des Gesamtvertragsrechts sind. Weiters gibt es keine Bedenken gegen Verträge, die zwar an sich ärztliche Leistungen im Rahmen des Gesamtvertragsrechts betreffen, aber schon von ihrem Wesen her gar nicht auf Einzelverträge einwirken können.⁴ Unzulässig wäre es aber, wenn die Sozialversicherung Rahmenverträge mit einem privatrechtlichen Ärzteverband schließt, die einem bestehenden Gesamtvertrag nachgebildet sind und diesen konkurrenzieren. Dies gilt jedenfalls im Bereich der Krankenbehandlung, grundsätzlich aber wohl auch in den Bereichen, in denen das Gesetz sonst Gesamtverträge bei Erbringung ärztlicher Leistungen vorsieht. Dies betrifft die Vorsorgeuntersuchungen gem § 132a und § 132b sowie humangenetische Vorsorgemaßnahmen gem § 132c Abs 1 Z 1 (343a ASVG), außerdem die arbeitsmedizinische Betreuung (§ 343b ASVG). Unklar ist das allerdings hinsichtlich der Gesundenuntersuchungen, weil in § 132b Abs 2 Vertragsärzte, andere Vertragspartner und eigene Einrichtungen „insbesondere“ als Leistungserbringer genannt werden. Es muss nach dem Wortlaut also auch Ärztinnen und Ärzte geben, die weder im Rahmen eines Gesundenuntersuchungs-Einzelvertrags noch als Beschäftigte in einer entsprechenden Vertragseinrichtung oder eigener Einrichtung die Leistung auf Kassenkosten erbringen dürfen.

¹ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm (310. Lfg) § 341 Rz 5; VwGH 29.4.2015, Ro 2015/08/0005.

² Davon geht offenkundig auch der VfGH aus, wenn er die Zuständigkeit der Schiedskommissionen für solche Verträge verneint und auf die Rechtsdurchsetzung bei den ordentlichen Gerichten verweist, VfGH 14.6.2000, B 1232/98, VfSlg 15.802; weiters *Resch*, Obligatorische (schuldrechtliche) Abreden zwischen Gesamtvertragsparteien, RdM 2012/138, 241 ff; *Felten*, Antworten des Vertragspartnerrechts auf einen drohenden Ärztemangel, wbl 2016, 667 ff.

³ *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm (310. Lfg) § 341 Rz 5; VwGH 29.4.2015, Ro 2015/08/0005.

⁴ ZB wenn eine allgemeine Übereinkunft über die Entwicklung der Vertragsarztstellen getroffen, aber nicht wie bei einem Stellenplan die Zahl und örtliche Verteilung festgelegt wird, *Kneihs/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm (310. Lfg) § 341 Rz 5.

Da ein Anspruch auf Abschluss eines Gesundenuntersuchungs-Einzelvertrags besteht (§ 343a Abs 2 ASVG), wird es kaum Wahlärzte in diesem Bereich geben, weshalb sich „insbesondere“ eher nicht auf Wahlärzte beziehen dürfte.

Das in den §§ 338 ff ASVG geregelte Vertragsmodell dient (nur) dazu, die Versorgung der Versicherten und anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. Die Leistungen der Krankenversicherung sind in § 117 ASVG aufgezählt. Soweit Sozialversicherungsträger, Dachverband oder auch andere Einrichtungen Verträge im Gesundheitsbereich abschließen, die nicht der skizzierten Versorgung dienen bzw über diese hinausgehen, sind diese Verträge nicht am Maßstab des ASVG-Vertragspartnerrechts zu messen. Es könnte also nur andere gesetzliche Vorschriften geben, die entsprechende Vorgaben oder Einschränkungen vorsehen.

Die ÖGK führt die Krankenversicherung nach dem ASVG durch und wirkt an der Durchführung der Unfall- und Pensionsversicherung mit. Es obliegt ihr „insbesondere“ die Vorsorge für die Krankenbehandlung (§ 23 Abs 2 ASVG), die Zuständigkeit bezieht sich aber auf die Durchführung der gesamten Krankenversicherung (§ 26 ASVG). Die entsprechenden Aufgaben gehen über die Erbringung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Leistungen an die Versicherten bzw Anspruchsberechtigten hinaus. So trifft die Krankenversicherung ua Vorsorge für die evidenzbasierte Früherkennung von und Frühintervention bei Krankheiten und die Erhaltung der Volksgesundheit (§ 116 Abs 1 Z 1 ASVG). Die Mittel der Krankenversicherung können nach § 116 Abs 3 und 4 ASVG ua auch zur Förderung und Unterstützung von gemeinnützigen Einrichtungen, die der Verhütung oder Früherkennung von Krankheiten, der Verhütung von Unfällen, ausgenommen Arbeitsunfälle, der Sicherstellung der Leistung ärztlicher Hilfe oder der Betreuung von Kranken dienen sowie zur Erforschung von Krankheits- oder Unfallursachen, ausgenommen Arbeitsunfälle, verwendet werden.

Nach § 154b ASVG gehört ferner die Aufklärung über Präventionsmaßnahmen und die Beratung über Gefährdungsvermeidung und Krankheitsverhütung zu den Aufgaben der Krankenversicherung. Es sind gezielt für Gruppen von Anspruchsberechtigten Gesundheitsförderungs- und Präventionsprogramme und daraus abgeleitete Maßnahmen anzubieten. Dies kann auch durch Kooperation mit anderen zuständigen Einrichtungen erfolgen, wobei entweder Kooperationsvereinbarungen abgeschlossen werden können oder der Krankenversicherungsträger sich an solchen Einrichtungen beteiligt (§ 154b Abs 2 und 3 ASVG).

Zur Verhütung des Eintritts und der Verbreitung von Krankheiten können als freiwillige Leistungen „insbesondere“ auch Maßnahmen zur Bekämpfung der Volkskrankheiten gewährt werden (§ 156 Abs 1 Z 2 ASVG). In diesem Zusammenhang können auch Vereinbarungen mit anderen Einrichtungen über ein planmäßiges Zusammenwirken und eine Beteiligung an den Kosten sowie über eine Beteiligung an anderen einschlägigen Gesundheitsfürsorgeeinrichtungen getroffen werden (§ 156 Abs 2 und 3 ASVG). § 23 der RFG 2020⁵ sieht Zuschüsse für drei konkret aufgezählte Maßnahmen der Krankheitsverhütung vor. Screening-Untersuchungen zählen nicht dazu.

Gemäß § 81 Abs 1 ASVG dürfen die Mittel der Sozialversicherung nur für die gesetzlich vorgeschriebenen oder zulässigen Zwecke verwendet werden. Dazu gehören etwa Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit und Beteiligung an einschlägigen Forschungseinrichtungen sowie die Errichtung und Gründung von oder die Beteiligung an Vereinen, Fonds und GmbHs im Rahmen von Finanzierungs- und Betreibermodellen, wenn sie der Verbesserung der Servicequalität oder der Erzielung von Einsparungen dient. Zum selben Zweck können sich auch natürliche und juristische Personen an Einrichtungen der Sozialversicherung beteiligen (§ 81 Abs 2 ASVG).

Die Krankenversicherung ist an die Vorgaben des Gesundheits-Zielsteuerungsgesetzes (G-ZG) gebunden. Gemeinsam mit Bund und Ländern ist die integrative partnerschaftliche Zielsteuerung Gesundheit für die Struktur und Organisation der österreichischen Gesundheitsversorgung fortzuführen und weiterzuentwickeln (§ 1 Abs 1 G-ZG). Zu den ausdrücklich hervorgehobenen Zielen zählen die zielgerichtete Gesundheitsförderung und Prävention sowie die Stärkung von evidenzbasierter Früherkennung und Frühintervention.

Diese sämtliche Gesundheitsbereiche erfassende Strukturplanung (ÖSG und RSG) basiert auf einem äußerst komplexen Modell mit verschiedenen Regulierungsebenen. Bund und Länder haben Art 15a-Vereinbarungen abgeschlossen, die Sozialversicherung wird durch privatrechtliche Zielsteuerungsverträge eingebunden. Die Verbindlichkeit der Strukturplanung kann durch Verordnung einer Gesundheitsplanungs GmbH, in der Bund, Länder und Dachverband vertreten sind, herbeigeführt werden.⁶ Die maßgebliche Bestimmung über die Verbindlicherklärung (§ 23 G-ZG) wurde allerdings aus formalen Gründen (hinsichtlich der Zustimmung der Länder) vom VfGH aufgehoben⁷ und muss bis Ende 2023 saniert werden.⁸

⁵ Richtlinien der Österreichischen Gesundheitskasse betreffend Gewährung von Maßnahmen zur Festigung der Gesundheit (§ 155 ASVG) und Maßnahmen der Krankheitsverhütung (§ 156 ASVG).

⁶ Näher *Mosler*, Steuerung im Gesundheitswesen durch Vertragspartnerrecht, DRdA 2022, 294 ff.

⁷ VfGH vom 30.6.2022, G 334-341/2021.

⁸ Vgl dazu Ministerialentwurf 290/ME XXVII. GP.

3.2. Relevanz der Beschaffungsgegenstände

Die im Sachverhalt angeführten Beschaffungsgegenstände betreffen unterschiedliche Leistungen. Das Gesamtvertragsrecht regelt die Beziehungen zwischen Sozialversicherung und (ua) freiberuflich tätigen Ärztinnen/Ärzten. Gemeint sind damit die Leistungen, die Ärztinnen und Ärzte nach dem Ärztegesetz erbringen dürfen. Nach § 2 ÄrzteG ist der Arzt zur Ausübung der Medizin berufen. Die Ausübung des ärztlichen Berufs umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird. Tätigkeiten, die bloß für die ärztliche Berufsausübung nützlich sind, aber grundsätzlich nichtmedizinischer Natur sind, fallen nicht darunter. Das betrifft jedenfalls Tätigkeiten, die ohne medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse durchgeführt werden können.⁹

Solche nicht medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse stellen bei Los 1 jedenfalls die Beschaffungsgegenstände (i) Projektmanagement, (ii) Kommunikationskonzept sowie professionelle Kommunikationsbegleitung, (iii) Bereitstellung von Testkits, (iv) Logistikleistungen im Zusammenhang mit F.I.T., (vi) IT, (viii) Schnittstelle zur Nachfolgeuntersuchung bzw Terminkoordination und (ix) Schnittstelle zur Terminkoordination Koloskopie dar. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage der Zulässigkeit daher nicht, weshalb diese Beschaffungsgegenstände aus der weiteren Betrachtung auszuschneiden sind.

Die Beschaffungsgegenstände (v) Durchführung von Laboranalysen (Auswertung F.I.T.) und (vii) Telemedizinische Beratung beinhalten jedenfalls auch ärztliche Tätigkeiten. Sie sind daher in die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einzubeziehen.

Aus Los 2 ist der Beschaffungsgegenstand (i) Terminkoordinationssystem als Tätigkeit, die nicht dem Ärztevorbehalt unterliegt, auszuschneiden. Bei den Beschaffungsgegenständen (ii) Durchführung von Koloskopien und (iii) Histopathologie inklusive Befundbesprechung handelt es sich eindeutig um ärztliche Tätigkeiten. Bei (iv) Einmeldung der Untersuchungsergebnisse dürfte wohl geplant sein, dass die Einmeldung als Annex­tätigkeit durch den ärztlichen Leistungserbringer erfolgt.

⁹ Stöger/Zahl in Stöger/Zahl, ÄrzteG (2023) § 2 Rz 9.

3.3. Ist die Ausschreibung ärztlicher Leistungen, insbesondere solcher, welche dem Gesamtvertragssystem des ASVG unterliegen, unabhängig davon, wer Auftraggeber ist sowie unabhängig einer allfälligen (direkten oder indirekten) Finanzierung durch die ÖGK sozialversicherungsrechtlich zulässig?

Die Durchführung von Koloskopien und Laboranalysen zählt jedenfalls zu den ärztlichen Tätigkeiten, die als Leistungen in Gesamtverträgen verankert sind. Auch telemedizinische Beratung ist, unabhängig davon, inwieweit sie zulässigerweise im Rahmen der Krankenbehandlung erbracht werden darf (Unmittelbarkeit der ärztlichen Berufsausübung)¹⁰, in Gesamtverträgen verankert. Koloskopien sind bei konkretem Krankheitsverdacht durchzuführen, sind aber auch im Leistungsumfang der Vorsorgeuntersuchung gem § 343a ASVG (§ 2 Vorsorgeuntersuchung-Gesamtvertrag) enthalten. Im ersten Fall besteht ein Anspruch der Versicherten bzw Anspruchsberechtigten im Rahmen der Krankenbehandlung (§ 133 ASVG), im zweiten Fall im Rahmen des § 132b ASVG (jährlicher Anspruch auf Gesundenuntersuchung). Insoweit die konkrete Ausschreibung nicht diese Leistungen betrifft, sondern eine zusätzliche Präventionsmaßnahme darstellt, ist sie vom Vertragspartnerrecht nicht erfasst. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass Präventionsleistungen im Unterschied zur grundsätzlich unbeschränkten Krankenbehandlung (§ 133 ASVG) nur eingeschränkt als Pflichtleistungen erbracht werden. Die Krankenversicherung kann und darf im Bereich der Prävention über die Ansprüche hinaus Leistungen erbringen, muss es aber nicht. Das ergibt sich aus § 116 Abs 1 Z 1 im Verhältnis zu § 117 Z 1 ASVG, aber auch aus § 154b Abs 1 ASVG.

Wie unter 3.1. dargestellt werden die Beziehungen zu den freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten grundsätzlich durch Verträge nach den §§ 338 ff ASVG geregelt. Die Erbringung der gesetzlich und satzungsmäßig Leistungen an die Versicherten und sonstigen Anspruchsberechtigten erfolgt also auf der Basis von Gesamtverträgen mit der Ärztekammer und darauf beruhenden Einzelverträgen mit den freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten. Gesamtverträge dürfen nur im gesetzlichen Rahmen abgeschlossen werden, das Gesamtvertragssystem darf auch nicht durch ein System von zivilrechtlichen Verträgen konkurrenziert bzw konterkariert werden, das letztlich auf ein allgemeines ärztliches Versorgungssystem hinausläuft.

Die Ausschreibung der angeführten ärztlichen Leistungen lässt aber in keiner Weise erkennen, dass der Aufbau eines alternativen ärztlichen Versorgungssystems geplant ist. Weder sollen Gesamtverträge oder ein gesamtvertragsähnliches (rechtlich oder faktisch) normativ wirkendes

¹⁰ Vgl die Hinweise bei Stöger in Stöger/Zahlr, ÄrzteG § 49 Rz 9.

Vertragssystem aufgebaut werden, noch geht es um gesetzlich oder satzungsmäßige Leistungen. Es handelt sich eindeutig nicht um Leistungen der Krankenbehandlung. Anspruch auf Krankenbehandlung besteht nur dann, wenn bereits ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand eingetreten ist. Es muss zumindest eine Symptomatik vorliegen, die auf einen regelwidrigen Zustand deutet.¹¹ Auch diagnostische Leistungen sind nur Krankenbehandlung, wenn ein Erstverdacht, vor allem aufgrund einer glaubwürdigen Schilderung einer Befindlichkeitsstörung durch den Versicherten, besteht.¹² Eine Koloskopie stellt daher nur dann eine Krankenbehandlung dar, wenn sie aufgrund eines Krankheitsverdachts durchgeführt wird. Screening-Programme beziehen sich aber auf Personen, die keine Krankheitssymptome aufweisen, weshalb idR auch nur wenige positive Testergebnisse zu erwarten sind.

Daran ändert auch nichts, dass das Screening-Programm im konkreten Fall zweistufig durchgeführt wird. Zunächst werden durch einen Stuhltest die Personen ermittelt, die eine näher definierte medizinische Auffälligkeit aufweisen. Nur diese Personengruppe wird zur Durchführung der Koloskopie eingeladen. Subjektive Beschwerden bzw ein konkreter Krankheitsverdacht liegen auch bei dieser eingeschränkten Personengruppe nicht vor. Es wird vielmehr die Risikogruppe eingegrenzt. Es handelt sich immer noch um eine prophylaktische Untersuchung. Dies lässt sich auch dadurch belegen, dass die gleiche zweistufige Vorgangsweise bei den Gesundenuntersuchungen nach § 132b ASVG gewählt wird, die jedenfalls keine Krankenbehandlung darstellen.

Koloskopien werden nämlich auch im Rahmen dieser Vorsorgeuntersuchungen durchgeführt.¹³ Dabei wird die Leistung ohne Krankheitsverdacht im Rahmen der Gesundheitsprophylaxe erbracht. Wie bei der Krankenbehandlung wird mittels Gesamtvertrag ein gesetzlicher Leistungsanspruch der Versicherten/Anspruchsberechtigten gegenüber der Krankenversicherung erfüllt. Wie oben 3.1. ausgeführt ist aufgrund des Wortlauts des § 132b Abs 2 ASVG („insbesondere“) unklar, ob eine Leistungserbringung auch außerhalb des Gesamtvertragssystems des § 343a ASVG zulässig wäre. Sogar wenn man dies als unzulässig ansehen sollte, bezieht sich das zu beurteilende Darmkrebs-Screening gerade nicht auf die Gesundenuntersuchung oder einen anderen Leistungsanspruch der Versicherten/Anspruchsberechtigten. Auch eine satzungsmäßige Mehrleistung ist nicht gegeben. Als

¹¹ *Windisch-Graetz* in Mosler/Müller/Pfeil, SVKomm § 120 Rz 14; speziell zu Screening-Untersuchungen *Marhold*, Ökonomiegebot und Arzthaftung – Dargestellt an Screening-Untersuchungen, ZAS 1997, 97 ff.

¹² *Windisch-Graetz*, Gynäkologischer Ultraschall auf Kassenkosten? Leistungen an der Grenze zwischen Prävention und Krankenbehandlung, RdM 2019/125, 264 ff.

¹³ § 6 Abs 1 lit d Richtlinien des Dachverbands über die Durchführung und Auswertung der Vorsorgeuntersuchungen – RVU; § 2 Abs 1 lit d Vorsorgeuntersuchungs-Gesamtvertrag (VU-GV).

Maßnahme der Krankheitsverhütung ist in der Satzung nur Mundhygiene vorgesehen (§ 44a Satzung der ÖGK). Ferner sehen die RFG 2020 keine freiwillige Leistung für Screening-Untersuchungen vor.

Gleiches gilt für die Laborleistungen, die in der Ausschreibung vorgesehen sind. Die Auswertung der Testkits erfolgt wie auch die telemedizinische Beratung im Rahmen des Screening-Programms und nicht als Maßnahme der Krankenbehandlung oder einer Vorsorgeuntersuchung.

Zusammenfassend ergeben sich daher aus dem Sozialversicherungsrecht keine durchschlagenden Bedenken gegen die Ausschreibung ärztlicher Leistungen für das Darmkrebs-Screening-Programm.¹⁴ Ein ausdrückliches Verbot für eine solche Ausschreibung gibt es nicht. Zwar ist für die Leistungsansprüche der Versicherten/Anspruchsberechtigten grundsätzlich im Rahmen des gesetzlichen Gesamtvertragssystems vorzulegen. Es darf also kein anderes Versorgungssystem aufgebaut werden. Im konkreten Fall ist aber weder der Aufbau einer Parallelstruktur geplant noch sollen überhaupt Ansprüche der Versicherten geschaffen werden.

3.4. Ist das Darmkrebs-Screening-Programm sozialversicherungsrechtlich zulässig, wenn der WGF, die ÖGK und der Bund das Screening-Programm jeweils zu einem Drittel finanzieren?

Aufgrund der vom Auftraggeber bezogenen Informationen ist hier davon auszugehen, dass eine Rechtsgrundlage für die Finanzierung des Screening-Programms für den WGF und den Bund besteht. Zu prüfen ist aber, ob die ÖGK sich finanziell an diesem Projekt beteiligen darf. Sozialversicherungsträger und Dachverband dürfen im Rahmen ihrer Rechtsfähigkeit als Körperschaften öffentlichen Rechts Verträge schließen. Nach § 81 Abs 1 ASVG dürfen die Mittel der Sozialversicherung allerdings nur für die gesetzlich vorgeschriebenen oder zulässigen Zwecke verwendet werden. Die Mittelverwendung ist insoweit zulässig, als sie der Erfüllung des gesetzlich umschriebenen Aufgabenkreises förderlich ist.¹⁵

Die Krankenversicherung trifft ua Vorsorge für die evidenzbasierte Früherkennung von und Frühintervention bei Krankheiten und die Erhaltung der Volksgesundheit (§ 116 Abs 1 Z 1 ASVG) sowie für zielgerichtete, wirkungsorientierte Gesundheitsförderung (Salutogenese) und

¹⁴ Einschlägige Rechtsprechung ist offenbar nicht vorhanden.

¹⁵ *Hattenberger* in Mosler/Müller/Pfeil, SVKomm § 81 Rz 6.

Prävention (§ 116 Abs 1 Z 5 ASVG). Überdies können aus Mitteln der Krankenversicherung auch Maßnahmen zur Krankheitsverhütung gem § 156 ASVG gewährt werden (§ 116 Abs 2 Z 2 ASVG).

Eine Definition der verwendeten Begriffe erfolgt im ASVG nicht. Ein Darmkrebs-Screening stellt aber zweifellos eine evidenzbasierte Früherkennungsmaßnahme dar, die zu den Aufgaben der ÖGK zählt.¹⁶ Geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch im Zusammenhang mit Gesundheit aus, handelt es sich auch um eine Präventionsmaßnahme. Die Prävention hat danach das Ziel, durch vorbeugende Maßnahmen eine Erkrankung zu verhindern oder zu verzögern bzw Krankheitsfolgen zu vermeiden. Unterschieden wird je nach Zeitpunkt der Maßnahmen und Gesundheitszustand zwischen Primärprävention (gezielte Förderung der Gesundheit, um bestimmte Krankheiten zu vermeiden), Sekundärprävention (Früherkennung) und Tertiärprävention (Rehabilitation). Im Unterschied zur Prävention befasst sich die Gesundheitsförderung nicht mit konkreten Krankheitsrisiken, sondern mit den allgemeinen Voraussetzungen für die Erhaltung der Gesundheit. Ein Darmkrebs-Screening wäre danach als Sekundärprävention zu qualifizieren. Sogar wenn man aufgrund der ausdrücklichen Nennung der Früherkennung in § 116 Abs 1 Z 1 ASVG den Präventionsbegriff im ASVG enger fasst, besteht aber kein Zweifel, dass die Durchführung eines Darmkrebs-Screening-Programms zu den Aufgaben der ÖGK zu zählen ist.

Dafür spricht auch eine systematische Auslegung. Während in § 116 Abs 1 ASVG allgemein Aufgaben der Krankenversicherung ohne konkreten Bezug zu Leistungen der Versicherten/Anspruchsberechtigten umschrieben werden, dürfen nach § 116 Abs 2 ASVG die Mittel nur für die angeführten (freiwilligen) Leistungen verwendet werden. Aus der Formulierung „Überdies“ ist zu schließen, dass die Finanzierung von Maßnahmen nach § 156 ASVG, also die Schaffung eines Anspruchs auf Leistungen der Krankheitsverhütung, nicht schon aus § 116 Abs 1 Z 1 oder 5 ASVG abgeleitet werden kann, sondern darüber hinaus geht.

Nach § 116 Abs 3 ASVG können Mittel der Krankenversicherung zur Förderung und Unterstützung von gemeinnützigen Einrichtungen verwendet werden, die ua der Verhütung und Früherkennung von Krankheiten dienen, wenn dies der Erfüllung der in den Abs 1 und 2 genannten Aufgaben dient. Wenn die Mittel sogar zur Förderung anderer Einrichtungen der Krankheitsverhütung eingesetzt werden dürfen, um ua die Ziele der Früherkennung und Prävention zu erreichen, muss es sich jedenfalls um eine umfassende Aufgabe der

¹⁶ Vgl <https://www.gesundheit.gv.at/krankheiten/krebs/darmkrebs/frueherkennung-diagnose.html#welche-frueherkennungsuntersuchungen-gibt-es>.

Krankenversicherung handeln. Ganz offenkundig liegt dem Krankenversicherungsrecht des ASVG ein Konzept zugrunde, wonach die Krankenversicherung nicht nur für die Organisation und Finanzierung konkreter Leistungen für die Versicherten/Anspruchsberechtigten sorgen soll, sondern auch andere Maßnahmen durchführen darf, die der Krankheitsverhütung und Prävention dienen. Die Verhütung von Krankheiten gehört daher zu den generellen Aufgaben der ÖGK, für die auch dann Mittel eingesetzt werden dürfen, wenn sie nicht für die Schaffung von Ansprüchen verwendet werden. Die Mittelverwendung kann sich daher auf einen zulässigen Zweck iSd § 81 Abs 1 ASVG berufen.

Im konkreten Fall wird die Mitfinanzierung eines Programms, das der WGF durchführen soll, durch die ÖGK angestrebt. Sieht man das Darmkrebs-Screening als Präventionsmaßnahme an, wäre § 154b Abs 2 ASVG einschlägig. Fallen aus Präventionsprogrammen gem Abs 1 abgeleitete Maßnahmen in den sachlichen oder örtlichen Aufgabenbereich anderer Einrichtungen (Behörden, Versicherungsträger, gemeinnützige Einrichtungen und dergleichen), kann mit diesen eine Vereinbarung über ein planmäßiges Zusammenwirken und eine Beteiligung an den Kosten getroffen werden. Genau eine solche Vereinbarung und Kostenbeteiligung ist hier geplant. Bund und WGF können zweifellos als zuständige andere Einrichtungen angesehen werden, die Aufzählung in der Klammer hat nur demonstrativen Charakter.

Unklar ist freilich, ob Präventionsprogramme nach § 154 Abs 1 ASVG tatsächlich auch Screening-Programme erfassen sollten. Die Bestimmung scheint eher auf die Gesundheitsförderung abzustellen. Der Wortlaut der Bestimmung ließe aber eine Einbeziehung zu. Die Versicherten und ihre Angehörigen sollen ua über Krankheitsverhütung beraten und aufgeklärt werden. Dazu sind gezielt für Gruppen von Anspruchsberechtigten abgestellt auf deren Lebenswelten Gesundheitsförderungs- und Präventionsprogramme und daraus abgeleitete Maßnahmen anzubieten. Information, Aufklärung und Beratung sind im Screening-Programm ausdrücklich vorgesehen. Der im Gesundheitswesen verwendete Präventionsbegriff enthält wie erwähnt auch die Sekundärprävention. Testung und Koloskopie könnten als abgeleitete Maßnahme aus dem Präventionsprogramm angesehen werden. Das Programm ist zielgruppenspezifisch angelegt, ob ein Bezug zu den Lebenswelten der Zielgruppen besteht, ist allerdings unklar.

Sollte das Screening-Programm nicht als Präventionsmaßnahme zu qualifizieren sein, ist die Zulässigkeit der Mittelvergabe nach § 81 ASVG zu beurteilen. Es handelt sich wie ausgeführt um einen gem Abs 1 zulässigen Zweck, weil das Screening-Programm innerhalb des

Aufgabenbereichs der Krankenversicherung gem § 116 ASVG angesiedelt ist. Die ÖGK dürfte also ein solches Programm selbst durchführen. § 81 Abs 1 ASVG verbietet aber keineswegs ein gemeinsames Projekt mit anderen Einrichtungen, solange die Mittel im Rahmen des zulässigen Zwecks verwendet werden. Unter „Verwendung“ der Mittel ist jede Maßnahme zu verstehen, bei der vorhandene Mittel eingesetzt werden.¹⁷ Nach § 81 Abs 2 ASVG ist sogar die Errichtung von oder die Beteiligung an Vereinen, Fonds und GesmbHs (bzw umgekehrt die Beteiligung von natürlichen und juristischen Personen an entsprechenden vom Versicherungsträger gegründeten Einrichtungen) im Rahmen von Finanzierungs- und Betreibermodellen zulässig, wenn sie der Verbesserung der Servicequalität oder der Erzielung von Einsparungen dient. Es wäre völlig unverständlich, wenn die ÖGK zwar gemeinsame Einrichtungen mit Privaten betreiben könnte, die Mittel aber nicht für ein gemeinsames Projekt mit öffentlichen Trägern verwenden dürfte. Im Übrigen dient dieses Projekt auch der Erzielung von Einsparungen, weil die alleinige Durchführung jedenfalls teurer wäre.

Für die Zulässigkeit des Projekts spricht außerdem noch die „partnerschaftliche Zielsteuerung Gesundheit“, die eine Zusammenarbeit von Bund, gesetzlicher Krankenversicherung und Ländern bei Struktur und Organisation der Gesundheitsversorgung vorsieht (§ 1 Abs 1 G-ZG). Nach § 5 Abs 1 Z 1 G-ZG gilt die Forcierung der Gesundheitsförderung und Prävention als eines der Prinzipien der Zielsteuerung-Gesundheit. Nach § 6 Abs 1 Z 1 G-ZG zählen die zielgerichtete Gesundheitsförderung und Prävention, die Stärkung von evidenzbasierter Früherkennung und Frühintervention zu den Zielen zur Verwirklichung der in § 5 genannten Prinzipien. Schließlich hat nach § 9 Abs 1 G-ZG die gesetzliche Krankenversicherung sicherzustellen, dass die zur Stärkung der Gesundheitsförderung und Prävention in allen Landesgesundheitsfonds eingerichteten „Gesundheitsförderungsfonds“ fortgeführt werden. Die Krankenversicherung zahlt auch Mittel in diesen Fonds ein. Die Nennung der evidenzbasierten Früherkennung und Frühintervention in § 6 Abs 1 Z 1 G-ZG zur Verwirklichung der Prinzipien Gesundheitsförderung und Prävention des § 5 Abs 1 Z 1 G-ZG zeigt, dass das G-ZG von einem weiten Präventionsbegriff ausgeht, der auch die Früherkennung umfasst. Die eindeutige Absicht des Gesetzgebers ist die Stärkung der Prävention unter Einschluss der Früherkennung. Dies soll in Zusammenarbeit zwischen Bund, Krankenversicherung und Ländern erfolgen. Die gemeinsame Finanzierung des Darmkrebs-Screening ist ein Projekt, das genau diesen Zielsetzungen entspricht. Es wäre daher widersprüchlich, wenn die ÖGK eine solche nach G-ZG erwünschte Maßnahme nach dem ASVG nicht mitfinanzieren dürfte.

¹⁷ *Hattenberger* in Mosler/Müller/Pfeil, SVKomm § 81 Rz 8.

3.5. Ist die Ausschreibung ärztlicher Leistungen im Darmkrebs-Screening-Programm sozialversicherungsrechtlich zulässig, wenn das Screening-Programm nur aus Mitteln des WGF finanziert wird, die wiederum zum Teil aus Mitteln der ÖGK gespeist werden?

Sozialversicherungsrechtlich ist maßgeblich, ob die Mittelverwendung durch die ÖGK an sich zulässig ist. Ob eine direkte oder indirekte finanzielle Beteiligung an der Maßnahme erfolgt, spielt keine Rolle. Die Mitteleinbringung der ÖGK in die in den Landesgesundheitsfonds bestehenden Landesgesundheitsförderungsfonds ist in § 9 G-ZG ausdrücklich angeordnet. Ob der WGF die Maßnahme durchführen darf, richtet sich nach dem Wiener Gesundheitsfonds-Gesetz. Hier ist davon auszugehen, dass es eine ausreichende Rechtsgrundlage gibt.

3.6. Dürfen sich auch Vertragsärzte (Kassenärzte) an der Ausschreibung beteiligen? Wenn ja, dürfen Vertragsärzte diesfalls auch Tarife anbieten, welche von den mit der ÖGK vereinbarten Tarifen (Kassentarife) abweichen?

Auszugehen ist davon, dass – wie oben 3.3. begründet – die Erbringung ärztlicher Leistungen im Rahmen des Darmkrebs-Screening-Programms an sich zulässig ist. Einschränkungen hinsichtlich der Beteiligung von Vertragsärzten an der Ausschreibung könnten sich noch aus dem Gesamtvertrag und dem Einzelvertrag ergeben. Der Gesamtvertrag ist ein rechtsverbindlicher Normenvertrag mit zweiseitig zwingender Wirkung.¹⁸ Der Inhalt des Gesamtvertrags ist daher Inhalt des Einzelvertrags, Abweichungen durch Einzelvereinbarung sind nur ausnahmsweise zulässig.

Der derzeit gültige Gesamtvertrag für die Wiener Vertragsärzte¹⁹ enthält in § 15 eine Bestimmung über Nebentätigkeiten der Vertragsärzte. Danach dürfen insbesondere angestellte Ärzte der ÖGK nicht gleichzeitig Vertragsärzte der ÖGK sein. Konsiliare Tätigkeiten sowie vertraglich vereinbarte regelmäßige Nebentätigkeiten oder Anstellungsverhältnisse, sowohl in Krankenanstalten als auch in anderen Institutionen, sind der Kammer und der Kasse zu melden und dürfen, sofern sie ein durchschnittliches Ausmaß von zehn Wochenstunden überschreiten, nur mit Zustimmung von Kammer und Kasse ausgeübt werden. Eine solche Zustimmung von

¹⁸ Vgl. Mosler in Mosler, *Ärztliches und nichtärztliches Vertragspartnerrecht* (2023), 172 ff.

¹⁹ Gesamtvertrag zwischen der Ärztekammer für Wien und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger für die Wiener Gebietskrankenkasse als Rechtsvorgängerin der ÖGK vom 1.1.2011 idgF, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/load?contentid=10008.704388&version=1678348096>.

Kammer und Kasse kann erfolgen, sofern die einzelvertraglich vereinbarten Ordinationszeiten mindestens 25 Wochenstunden betragen. Verstößt ein Vertragsarzt wiederholt gegen diese Bestimmungen, so gilt dies als Kündigungsgrund.

Aus dieser Regelung ergibt sich im Gegenschluss, dass Tätigkeiten des Vertragsarztes außerhalb seiner Vertragsarztstätigkeit bis zu durchschnittlich zehn Wochenstunden unbeschränkt zulässig sind. Wird dieses Ausmaß überschritten, muss der Arzt die Zustimmung von Ärztekammer und ÖGK einholen, die nur erfolgen kann, sofern die einzelvertraglich vereinbarten Ordinationszeiten mindestens 25 Stunden betragen. Im Regelfall werden allerdings nach meinen Informationen 20 Stunden Ordinationszeiten vereinbart.²⁰ Aus dem Einzelvertragsmuster²¹ ergeben sich keine weiteren Hinweise für Nebentätigkeiten.

Im Übrigen würden weitergehende Einschränkungen einen problematischen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Erwerbsfreiheit bedeuten. Solche Eingriffe sind zwar nicht generell unzulässig. Nach dem VfGH kann etwa ein Vertragsarzt nicht gleichzeitig Wahlarzt sein.²² Die Inkompatibilität der gleichzeitigen Tätigkeit als Vertragsarzt und Wahlarzt im selben Fach lässt sich unmittelbar aus dem ASVG ableiten. Man kann nur entweder einen Vertragsarzt oder einen Wahlarzt in Anspruch nehmen, was sich insb aus § 131 Abs 1 ASVG ergibt. Dies gilt aber nach dem VfGH nicht, wenn es sich um unterschiedliche Fächer handelt.²³ Ein Allgemeinmediziner mit Kassenvertrag könne daher eine Wahlarztstätigkeit in einem anderen Fach erbringen, wenn eine zeitliche und organisatorische Trennung vorliege. Dies gelte auch dann, wenn bei den Leistungen Überschneidungen auftreten, dh die Leistung nach dem Gesamtvertrag sowohl von einem Allgemeinmediziner als auch vom Facharzt abgerechnet werden darf. Aus dem Gesamtvertrag lasse sich ein so weitreichender Eingriff in die Berufsbefugnisse des Beteiligten im Sinne des Verbotes einer wahlärztlichen Tätigkeit in einem vertragsfremden Fach nicht entnehmen.

Die geplanten Screening-Untersuchungen sind weder eine Vertragsarztstätigkeit, weil sie nicht im Rahmen der gesamt- bzw einzelvertraglichen Verpflichtungen erbracht werden, noch eine Wahlarztstätigkeit (eine Kostenerstattung nach § 131 ASVG ist schon deshalb ausgeschlossen, weil für die Versicherten gar keine Kosten entstehen). Es handelt sich vielmehr um eine Leistung, die im Rahmen anderer Aufgaben des Versicherungsträgers erbracht wird. Eine

²⁰ Da Einzelverträge nicht veröffentlicht werden, kann ich das aber nicht genauer beurteilen.

²¹ Anlage 3 des Gesamtvertrags zwischen der Ärztekammer für Wien und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger für die Wiener Gebietskrankenkasse als Rechtsvorgängerin der ÖGK vom 1.1.2011 idgF.

²² VfGH 4.12.1992, G 155/92, V 54/92, VfSlg 13.286; VfGH 18.3.2000, G 24/98 ua, V 38/98, VfSlg 15.787.

²³ VfGH 20.2.2015, B 495/2013.

Inkompatibilität wie zwischen Vertragsarzt und Wahlarzt sieht das Gesetz weder für Vertragsärzte noch für Wahlärzte vor. Auch aus dem Gesamtvertrag lässt sich nur eine allgemeine Beschränkung für vertraglich vereinbarte regelmäßige Nebentätigkeiten entnehmen. Der Gesamtvertrag darf Nebentätigkeiten nur insoweit verbieten, als es der Schutz des Sachleistungssystems erfordert. Die Einzelverträge gehen trotz der Ordinationszeiten von 20 oder 25 Stunden pro Woche von einer Vollzeittätigkeit des Vertragsarztes aus (weil andere Tätigkeiten wie zB Hausbesuche dazukommen). Die vorgesehene Zehn-Stunden-Grenze wird man daher noch als sachgerecht ansehen können.

Möglich wäre noch, dass sich Ärzte ohne ÖGK-Vertrag an der Ausschreibung beteiligen. Für Wahlärzte gibt es an sich keine Beschränkungen. Soweit ein Vertrag mit anderen Versicherungsträgern besteht, müssen die diesbezüglichen Gesamtverträge geprüft werden. Nach § 3 Abs 3 Gesamtvertrag BVAEB²⁴ dürfen angestellte Ambulatoriumsfachärzte der BVAEB nicht gleichzeitig bei dieser als Vertragsärzte tätig sein. Dies gilt auch für den Chefarzt bzw die Direktionsärzte der Landesstellen der BVAEB. Weitere Einschränkungen im Hinblick auf Nebentätigkeiten gibt es offenbar nicht. Ähnlich ist es nach § 3 Abs 6 SVS-Gesamtvertrag²⁵, wonach angestellte Ärzte der SVS nicht gleichzeitig Vertragsärzte der SVS sein dürfen. Auch hier gibt es offenbar keine anderen Beschränkungen der Nebentätigkeit von Vertragsärzten.

Vertragsärzte, die ärztliche Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Tätigkeit erbringen, werden diesbezüglich als selbständige Unternehmer tätig. Soweit keine Einschränkung der Nebentätigkeit aus dem Gesamtvertrag besteht, gibt es auch keine Bindung an die Tarife des Gesamtvertrags. Die Gesamtverträge und damit auch die Honorarbestimmungen gelten nur für die vertragsärztliche Tätigkeit. Der Gesamtvertrag hätte gar keine Kompetenz Honorare für andere ärztliche Tätigkeiten zu regeln, entsprechende Vorschriften wären unzulässig und nichtig. Eine Bindung an die Vertragstarife besteht daher nicht. Das gilt sowohl hinsichtlich der kurativen Gesamtverträge als auch des Vorsorgeuntersuchungs-Gesamtvertrags. Unterschiedliche Tarife für die inhaltlich gleiche Leistung sind auch keineswegs ungewöhnlich. So haben etwa ÖGK, BVAEB und SVS ganz unterschiedliche Honorarkataloge vereinbart, die Abgeltung der Leistungen ist sogar innerhalb der ÖGK-Verträge (Einzelverträge, Gruppenpraxis, Primärversorgungseinrichtungen) zT nicht gleich.

²⁴ Gesamtvertrag, abgeschlossen zwischen der Österreichischen Ärztekammer und der BVAEB, gültig ab 1.1.2020, <https://www.bvaeb.at/cdscontent/load?contentid=10008.731951&version=1603443788>.

²⁵ Gesamtvertrag, abgeschlossen zwischen der Österreichischen Ärztekammer und der SVS (Stand 1.1.2022), <https://www.svs.at/cdscontent/load?contentid=10008.767065&version=1653381098>.

Nur ergänzend weise ich darauf hin, dass ein Streit über die Zulässigkeit der Durchführung der Screening-Untersuchungen weder eine Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung eines bestehenden Gesamtvertrags gem § 345 Abs 1 Z 1 ASVG noch über die Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten, die in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag stehen, darstellt. Eine Zuständigkeit der Landesschiedskommission oder der Paritätischen Schiedskommission ist nicht gegeben. Dies würde sogar dann gelten, wenn die ÖGK nicht nur mitfinanziert, sondern die Untersuchungen selbst durchführt.²⁶ Für Entscheidungen über wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind die ordentlichen Gerichte zuständig.²⁷

4. Zusammenfassung

- Nur die Beschaffungsgegenstände von Los 1 (v) Durchführung von Laboranalysen (Auswertung F.I.T.) und (vii) Telemedizinische Beratung sowie von Los 2 (ii) Durchführung von Koloskopien und (iii) Histopathologie inklusive Befundbesprechung beinhalten ärztliche Tätigkeiten und sind daher in die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einzubeziehen.
- Die Beziehungen der Sozialversicherung zu den freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten werden grundsätzlich durch Verträge nach den §§ 338 ff ASVG geregelt. Die Erbringung der gesetzlich und satzungsmäßig Leistungen an die Versicherten und sonstigen Anspruchsberechtigten erfolgt auf der Basis von Gesamtverträgen mit der Ärztekammer und darauf beruhenden Einzelverträgen mit den freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten. Gesamtverträge dürfen nur im gesetzlichen Rahmen abgeschlossen werden, das Gesamtvertragssystem darf auch nicht durch ein System von zivilrechtlichen Verträgen konkurrenziert bzw konterkariert werden, das letztlich auf ein allgemeines ärztliches Versorgungssystem hinausläuft.
- Die Ausschreibung der angeführten ärztlichen Leistungen lässt aber in keiner Weise erkennen, dass der Aufbau eines alternativen ärztlichen Versorgungssystems geplant ist. Weder sollen Gesamtverträge oder ein gesamtvertragsähnliches (rechtlich oder faktisch) normativ wirkendes Vertragssystem aufgebaut werden, noch geht es um gesetzlich oder satzungsmäßige Leistungen.

²⁶ Vgl VwGH 9.6.2020, Ra 2020/08/0034 zur Durchführung von Labortests, die nicht im Gesamtvertrag vorgesehen waren, in einem Kassenlabor.

²⁷ VfGH 10.6.2013, B 1466/2011.

- Es handelt sich nicht um Leistungen der Krankenbehandlung, weil sich das Screening-Programm auf Personen bezieht, die keine Krankheitssymptome aufweisen.
- Das zu beurteilende Darmkrebs-Screening konkurrenziert auch nicht den Vorsorgeuntersuchungs-Gesamtvertrag. Es ist eine zusätzliche Maßnahme der Krankheitsverhütung, auf die weder ein gesetzlicher noch ein satzungsmäßiger Rechtsanspruch besteht.
- Gleiches gilt für die Laborleistungen, die in der Ausschreibung vorgesehen sind. Die Auswertung der Testkits erfolgt wie die telemedizinische Beratung im Rahmen des Screening-Programms und nicht als Maßnahme der Krankenbehandlung oder einer Vorsorgeuntersuchung.
- Nach § 81 Abs 1 ASVG dürfen die Mittel der Sozialversicherung nur für die gesetzlich vorgeschriebenen oder zulässigen Zwecke verwendet werden.
- Die Durchführung eines Darmkrebs-Screening-Programms zählt zu den Aufgaben der ÖGK. Es handelt sich jedenfalls um eine Maßnahme der evidenzbasierten Früherkennung von Krankheiten und dient der Erhaltung der Volksgesundheit (§ 116 Abs 1 Z 1 ASVG). Die Mittelverwendung kann sich daher auf einen zulässigen Zweck iSd § 81 Abs 1 ASVG berufen. Dies beinhaltet auch die Mitfinanzierung des Projekts anderer Gesundheitseinrichtungen wie solche des WGF.
- Für die Zulässigkeit des Projekts spricht außerdem die „partnerschaftliche Zielsteuerung Gesundheit“, die eine Zusammenarbeit von Bund, gesetzlicher Krankenversicherung und Ländern bei Struktur und Organisation der Gesundheitsversorgung vorsieht (§ 1 Abs 1 G-ZG). Dazu zählen auch Projekte zur Stärkung von evidenzbasierter Früherkennung und Frühintervention im Rahmen der Prävention.
- Sozialversicherungsrechtlich ist maßgeblich, ob die Mittelverwendung durch die ÖGK an sich zulässig ist. Ob eine direkte oder indirekte finanzielle Beteiligung an der Maßnahme erfolgt, spielt keine Rolle.
- Nach dem Gesamtvertrag für die Wiener ÖGK-Vertragsärzte sind Tätigkeiten des Vertragsarztes außerhalb seiner Vertragsarztstätigkeit bis zu durchschnittlich zehn Wochenstunden unbeschränkt zulässig. Wird dieses Ausmaß überschritten, muss der Arzt die Zustimmung von Ärztekammer und ÖGK einholen, die nur erfolgen kann, sofern die einzelvertraglich vereinbarten Ordinationszeiten mindestens 25 Stunden betragen.
- Nach dem Gesamtvertrag der BVAEB dürfen angestellte Ambulatoriumsfachärzte der BVAEB nicht gleichzeitig bei dieser als Vertragsärzte tätig sein. Ähnliches gilt für SVS-

Vertragsärzte. Weitere Beschränkungen der Nebentätigkeit von Vertragsärzten gibt es offenbar nicht.

- Vertragsärzte, die ärztliche Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Tätigkeit erbringen, werden diesbezüglich als selbständige Unternehmer tätig. Soweit keine Einschränkung der Nebentätigkeit aus dem Gesamtvertrag besteht, gibt es auch keine Bindung an die Tarife des Gesamtvertrags. Das gilt sowohl hinsichtlich der kurativen Gesamtverträge als auch des Vorsorgeuntersuchungs-Gesamtvertrags.



