



Frauenärztinnen bevorzugt – Warum?

© FikMik - Fotolia.com

Ein etwas anderer Kommentar zum Erkenntnis des VfGH, das Anlass gibt, einen Blick auf die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit in Österreich zu werfen.

Verfassungsgerichtshof: Die Bevorzugung von Gynäkologinnen bei der Vertragsvergabe für Einzelverträge ist zulässig – das Interesse der anspruchsberechtigten Frauen und der entsprechende Versorgungsauftrag der sozialen Krankenversicherung werden gewürdigt.

Mit einem jüngst veröffentlichten Erkenntnis (E) hat der Verfassungsgerichtshof (VfGH) eine für die in der österreichischen Sozialversicherung anspruchsberechtigten (und das sind praktisch fast alle) Frauen bedeutsame Entscheidung getroffen. Der VfGH bestätigt damit die Rechtmäßigkeit der **Bevorzugung** von weiblichen Frauenärzten bei der Vertragsvergabe von Einzelverträgen.¹ Begründung: Es gibt zu wenige Vertragsgynäkologinnen.

Das Landesgericht Salzburg – vor dem ein Gynäkologe wegen der Bevorzugung von Frauen geklagt hatte – befasste den VfGH mit einer Verordnungsprüfung. Der VfGH hat hierüber am 3. Dezember 2014 öffentlich verhandelt.

Ziel der seit 2009 bei der Vergabe von Einzelverträgen praktizierten und 2014 vor dem VfGH in Frage gestellten Bestimmung in der Reihungskriterien-Verordnung (VO) gemäß § 343 Abs. 1a ASVG, welche bei der Stellenbesetzung offener Vertragsarztstellen anzuwenden ist, ist es, mit einem **Punktezuschlag** für (weibliche) Bewerberinnen um eine Vertragsstelle im Fach Frauenheilkunde dafür zu sorgen, dass allen bei einem der sozialen Krankenversicherungsträger versicherten Frauen eine **ausreichende Anzahl von Vertragsgynäkologinnen** zur Verfügung steht. Nur so ist gewährleistet, dass genügend Vertragsärztinnen des Fachbereichs Gynäkologie mit der e-card – und damit **ohne finanzielle Vorbelastung** der Frauen – in Anspruch genommen werden können.

Die Bedeutung des Erkenntnisses reicht weit über die unmittelbare Relevanz für die in Österreich versicherten Frauen hinaus: Der VfGH betont in seiner Begründung nämlich eindeutig die Patientinnenperspektive des ASVG und den in dieser Weise zu ver-



Dr. Johannes Gregoritsch ist Jurist und stellvertretender Leiter der Abteilung im Hauptverband, die sich mit den Beziehungen zu den niedergelassenen Ärzten beschäftigt.

¹ Das E mit der Aktenzahl V 54/2014 ist im 34-seitigen Volltext mit 52 Randzeichen (Rz) unter: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_20141209_14V00054_00/JFT_20141209_14V00054_00.pdf abrufbar; die gesamte relevante Rechtslage ist im E wiedergegeben, so dass in der Folge die Zitierung dieses Beitrages vielfach auf das E verweist.

stehenden Versorgungsauftrag der Sozialversicherung.

Man beachte: Das Recht auf Gesundheit hatte damit in diesem Fall in Justitias Waagschale ein derart starkes Gewicht, dass es sogar in der Lage war, stark geschützte Rechte rund um die rein objektiv vorzunehmende – und damit „genderblinde“ – Verteilung von öffentlichen Einkommensquellen nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz (zumindest vorübergehend, bis zum Ausgleich des hier bestehenden Missverhältnisses) auszuhebeln.

Warum ist die Angelegenheit derart bedeutsam?

Gesundheitsministerin Dr. Sabine **Oberhauser**, die das Erkenntnis ausdrücklich begrüßte, brachte die hier zugrunde liegende Problematik auf den Punkt: „Österreich braucht mehr Frauenärztinnen mit Kassenvertrag.“²

Wie geht das in Österreich mit dem vielfach zitierten „besten Gesundheitssystem der Welt“? Geht es hier „nur“ um das Recht auf Wahlfreiheit – analog zu reinen Konsumententscheidungen ohne größere Tragweite? Wohl kaum. Und geht es vielleicht gar um mehr als nur diesen einen Fall? Etwa um die Versorgung der Patientinnen mit genügend Vertragsgynäkologinnen? Gibt es möglicherweise noch weitere, bislang „verdeckte“ Probleme bei der Umsetzung des Rechts auf Gesundheit in Österreich? Ein Anlass für den Kommentator, sich Gedanken dazu zu machen – und einen Blick auf die faktische Versorgung auch in anderen „sensiblen“ Bereichen zu werfen.

Tatsächlich braucht man sich, wenn es in Österreich um das **Menschenrecht auf Gesundheit**³ geht, vom Prinzip her wenig Sorgen zu machen. Punktuelle Defizite bei der Verwirklichung dieses Rechts gibt es jedoch allemal. Um eines dieser Defizite geht es bei dem gegenständlichen Rechtsfall – es gibt in unserem Land bei grundsätzlich hohem Versorgungsniveau auch in der Gynäkologie tatsächlich zu wenige **Frauenärztinnen**, die mit der e-card aufgesucht werden können.

Es gibt **vier Kriterien** zur Evaluierung der Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung in einem Land.⁴

Hinsichtlich des Kriteriums **Verfügbarkeit** werden ein funktionierendes öffentliches Gesundheitswesen und eine Gesundheitsversorgung genannt, die gewährleisten, dass Leistungen in ausreichender



© Olesia Bilkei - Fotolia.com

Quantität für alle verfügbar sind; aber auch die **Qualität** der Gesundheitsversorgung muss hochwertig sein.

Obwohl auch zu diesen beiden bisher genannten Kriterien vereinzelte kritische Bemerkungen durchaus angebracht wären, kann man wohl behaupten, dass sie in Österreich im Wesentlichen erfüllt sind – sie sind hier auch nicht weiter zu behandeln.

Konkrete Herausforderungen in Österreich ergeben sich allerdings bei den weiteren beiden Kriterien. Das eine Kriterium bezieht sich auf die **Zugänglichkeit** der Gesundheitsversorgung. Hier geht es um die tatsächliche Erreichbarkeit (bauliche Barrieren, Öffnungszeiten, Zentrums-/Peripherieproblematik), aber insbesondere auch um die **Leistbarkeit** von Gesundheitsleistungen.

Es ist zu fragen: Sind in allen Wohnbezirken genügend den Bedürfnissen der zu Versorgenden entsprechende Ärzte vorhanden? Gibt es ausreichende Barrierefreiheit bei den Zugängen zum Gesundheitswesen? Wie steht es konkret um die **Leistbarkeit**? Hindern hohe Kosten die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen? Gibt es eine „Zweiklassenmedizin“?

Schlussendlich wird als viertes Kriterium das Erfordernis der **Annehmbarkeit** der Gesundheitsversorgung genannt. Hier steht die zentrale Frage im Mittelpunkt: Können potentielle Nutzer(innen) der Gesundheitsversorgung diese auch **akzeptieren**?

Über die – in vielen Ländern im Unterschied zu Österreich leider nicht als Selbstverständlichkeit zu betrachtende – medizinische Ethik hinaus geht es dabei um **kulturelle Angemessenheit** und **Sensibilitäten in Gender-Fragen**.

² Vgl. <http://www.salzburg.com/nachrichten/salzburg/politik/sn/artikel/bevorzugung-von-frauenaerztinnen-zulaessig-134552/>

³ Vgl. Art. 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000629>

⁴ Vgl. das diesbezügliche Dokument der Vereinten Nationen: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en

Anspruchsberechtigte Frauen, die es sich leisten wollen und auch können, suchen in großer Zahl Wahlgynäkologinnen auf. Repräsentative Auswertungen ergeben, dass im Fach Frauenheilkunde die Wahlarzt-abrechnungen zu zwei Drittel bei Gynäkologinnen anfallen; dies sind rund ein Drittel der Wahlarzt-abrechnungen aller Fächer.



© drubig-photo - Fotolia.com

Die beiden letztgenannten Parameter, betreffend die Umsetzung des **Rechts auf Gesundheit, Leistbarkeit** und **Sensibilität in Genderfragen**, stehen mit dem hier zu besprechenden Fall in einem unmittelbaren Zusammenhang.

Der **Gender-Aspekt** kristallisiert sich in seiner Bedeutung besonders im medizinischen Sonderfach **Frauenheilkunde und Geburtshilfe** heraus. Schon der simple Hausverstand gebietet anzuerkennen, dass es für viele Frauen nur schwer, für manche schlichtweg überhaupt nicht in Frage kommt, einen männlichen Frauenarzt aufzusuchen. Bestätigt wird das Bedürfnis vieler Frauen nach einer Frauenärztin auch von der Forschung.⁵

Es gibt also unzweifelhaft ein **gender- und kultursensibel** zu behandelndes Interesse der in Österreich in der Sozialversicherung anspruchsberechtigten Frauen, bei gynäkologischen Untersuchungen und Behandlungen „**leistbar**“, d. h. konkret mit der e-card, zwischen einer Ärztin und einem Arzt wählen zu können.⁶

Wie in einigen anderen medizinischen Sonderfächern herrscht auch in der Gynäkologie ein gendermäßiges Ungleichgewicht – namentlich in der älteren Generation gibt es mehr männliche als weibliche Ärzte. Dieses Missverhältnis wird zwar mittlerweile durch die nachfolgenden Ärztegenerationen allmählich abgemildert; jedoch finden sich in der Frauenheilkunde bis dato immer noch **wesentlich mehr** männliche Vertragspartner in der sozialen Krankenversicherung.

Im Land Kärnten gab es bis vor wenigen Jahren **keine einzige Frau** als Vertragsärztin im Fachbereich Gynäkologie. Selbst in Wien sind Frauen sehr un-

terrepräsentiert (2009 22 %). Österreichweit betrug der Anteil der Gynäkologinnen im Jahr 2009 17,2 %, im Jahr 2014 noch immer erst – aber immerhin – 23 %.⁷

Anspruchsberechtigte Frauen, die es sich leisten wollen und auch können, suchen in großer Zahl **Wahlgynäkologinnen** auf. Repräsentative Auswertungen ergeben, dass im Fach Frauenheilkunde die Wahlarzt-abrechnungen zu zwei Drittel bei Gynäkologinnen anfallen; dies sind rund **ein Drittel** der Wahlarzt-abrechnungen aller Fächer.⁸

Das ist de facto eine klare „Abstimmung mit den Füßen“. Die hohe Inanspruchnahme der Wahlärztinnen durch zahlende Frauen lässt aber durchaus auch die Vermutung zu, dass es eine Dunkelziffer von Frauen gibt, die zwar Frauenärztinnen aufsuchen möchten, sich die finanzielle Vorleistung (bzw. die Differenz zwischen Privathonorar und Rückerstattung durch die Krankenversicherung) aber nicht leisten können. Ob sohin unter Umständen die eine oder andere gynäkologische Untersuchung – die vorsorglich regelmäßig auch gesunde Frauen in Anspruch nehmen sollen – unterbleibt, lässt sich nicht belegen. Aber unter dem Gesichtspunkt der individuellen und gesundheitspolitischen Wichtigkeit wurde 2014 flächendeckend das Brustkrebs-Früherkennungsprogramm für Frauen im Risikoalter in Österreich eingeführt – genau mit dem tragenden Prinzip der niederschweligen **Zugänglichkeit**.

Die österreichische Gesundheitspolitik erkannte bereits vor vielen Jahren, dass die Lösung der Problematik fehlender Vertragsgynäkologinnen im **öffentlichen Interesse** liegt, und ordnete sie dem Versorgungsauftrag der sozialen Krankenversicherung zu:

⁵ Vgl. E, S. 11 f.

⁶ Vgl. E, Rz 30, S. 29.

⁷ Vgl. E, Rz 36 und 40, S. 30 f.

⁸ Vgl. E, Rz 35, S. 30.

Bei der Vertragsvergabe sollten Bewerberinnen für Gynäkologie-Planstellen eine Bevorzugung erfahren, um das eklatante Ungleichgewicht zwischen männlichen und weiblichen Vertragsinhabern langfristig auszugleichen.

Als geeignetes Regelungsinstrument erschien die **Reihungskriterien-VO** nach § 343 Abs. 1a ASVG, die mit ihrer dritten Novelle nunmehr vorsieht, dass **die durch das weibliche Geschlecht zusätzlich vermittelbare besondere Vertrauenswürdigkeit** ein weiteres Kriterium im Sonderfach Frauenheilkunde und Geburtshilfe darstellt.⁹

Erläuternd wird vom Verordnungsgeber dazu ausgeführt:

„Viele Frauen haben das Bedürfnis, gynäkologische Untersuchungen und Behandlungen von einer Ärztin durchführen zu lassen. Dabei stehen sie häufig vor dem Problem, dass in ihrer Versorgungsregion alle Vertragsarztstellen im Sonderfach Frauenheilkunde und Geburtshilfe durch Männer besetzt sind. [...]

Wird eine Wahlärztin aufgesucht, so sind die Kosten für die in Anspruch genommenen Leistungen zunächst zur Gänze von der Patientin zu tragen und können in der Folge nur teilweise vom Krankenversicherungsträger erstattet werden. Ferner ist die Rückerstattung der Kosten für die Patientin mit einem administrativen Aufwand verbunden, da die Kostenerstattung einen entsprechenden Antrag voraussetzt.

Durch die vorgeschlagene Änderung, wonach die durch das gleiche Geschlecht von Ärztin und Patientin zusätzlich vermittelbare besondere Vertrauenswürdigkeit als Kriterium für die Reihung mit zehn Prozent der nach der jeweiligen Richtlinie erreichbaren Punkte bewertet werden soll, soll der Frauenanteil im Fachgebiet Frauenheilkunde und Geburtshilfe erhöht werden. In der Folge soll Patientinnen, die eine/n Fachärztin/Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe aufsuchen möchten, ermöglicht werden, in ihrer Versorgungsregion zwischen einem Vertragsarzt und einer Vertragsärztin zu wählen“.¹⁰

Es ist nunmehr das **Spannungsfeld** des gegenständlichen Rechtsfalles abzustecken.

Das oben umschriebene Interesse der anspruchsberechtigten Frauen und das öffentliche Interesse an der Erfüllung des Versorgungsauftrags kann mit dem (primär wirtschaftlichen) Interesse männlicher

Frauenärzte **kollidieren**, die sich darum bewerben, einen Einzelvertrag für das Fach Gynäkologie mit den Trägern der Krankenversicherung (KV-Trägern) zu bekommen. Da Einzelverträge ein bedeutendes wirtschaftliches Gut darstellen, ist die Vertragsvergabe rechtlich entsprechend heikel.

Hinsichtlich des gesamten Komplexes rund um die „Vertragsvergabe“ ist die Judikatur und Literatur daher naturgemäß auch äußerst umfangreich.

Vor Inkrafttreten der Reihungskriterien-VO, als vertragspartnerschaftlich vereinbarte Richtlinien zwischen KV-Trägern und Ärztekammern galten, wurden Entscheidungen in der Vergangenheit über die Vertragsvergabe vielfach von nicht zum Zuge, sprich zum Einzelvertrag gekommenen Bewerbern gerichtlich angefochten, und es wurden entsprechende Schadenersatzforderungen gestellt.¹¹

Auf die einschlägige Vorgeschichte kann hier nicht in aller Ausführlichkeit eingegangen werden, in der Folge wird sie cursorisch umrissen.

Wenn in diesem Beitrag im Übrigen der Einfachheit halber von „Vertragsvergabe“ gesprochen wird, heißt das nicht, dass die Planstellenbesetzung einem Vergabeverfahren nach den Vergaberechtsregeln folgen muss; gleichwohl sind jedoch grundlegende Aspekte zu beachten, die dem Vergaberecht zugrunde liegen – diese sind insbesondere **Gleichbehandlung** (Verbot der Diskriminierung) und **Transparenz**.¹²

Der Gesetzgeber sah sich jedenfalls veranlasst, 2002 mit der 58. ASVG-Novelle in § 343 Abs. 1a ASVG eine Verordnungsermächtigung vorzusehen, wonach der Bundesminister für Gesundheit bundesweit verbindliche Reihungskriterien für die Vertragsvergabe zu erlassen hat.

Eine derartige Verordnung wurde erlassen und ist am 1. Jänner 2003 in Kraft getreten, bis dato wurde sie dreimal novelliert.¹³

Die Verordnung enthält im Wesentlichen die Aufzählung der verbindlichen Reihungskriterien und ein Punktesystem mit einer Bandbreite für die Bewertung der Vertragswerber(innen). Die Gesamtvertragspartner können innerhalb der vorgesehenen Bandbreiten nähere Regelungen treffen. Die gesetzlich vorgegebenen Parameter der fachlichen Eigenschaft der Bewerberinnen und Bewerber und die zeitliche Reihenfolge der Bewerbungen um einen Einzelvertrag sind vorrangig zu berücksichtigen.

Der Verordnungsgeber ist durchaus ermächtigt, wei-

Bei der Vertragsvergabe gemäß Reihungskriterien-VO sollen Bewerberinnen für Gynäkologie-Planstellen eine Bevorzugung erfahren, um das eklatante Ungleichgewicht zwischen männlichen und weiblichen Vertragsinhabern langfristig auszugleichen.

⁹ BGBl. II Nr. 239/2009.

¹⁰ Vgl. E, Rz 30, S. 29.

¹¹ Von den zahlreichen diesbezüglichen Entscheidungen exemplarisch: OGH v. 11.7.2001, 7 Ob 299/00, weitere Nachweise siehe in der Literatur, Fn. 12 bis 14.

¹² Vgl. dazu schon Wallner, Auswahl von Bewerbern um Kassenstellen aus Sicht des EU-Rechts, in: RdM 1999, 67 und – noch früher – Mosler, Probleme bei der „Vergabe“ von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen, in: RdA 1996, 430 sowie Mosler in zahlreichen weiteren Beiträgen, z. B. Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003), 401 ff., zuletzt in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012), 141 f.

¹³ BGBl. II Nr. 487/2002 in der Fassung BGBl. II Nr. 239/2009.

tere Kriterien festzulegen. Alle Reihungskriterien haben aber in jedem Fall dem **Gleichheitsgebot**, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zu entsprechen.

Schon in der Stamfassung hat der Verordnungsgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein versorgungspolitisch steuerndes Kriterium festzulegen – nämlich eine Punktebandbreite für die Zusage eines Bewerbers, sich ernsthaft zu bemühen, einen behindertengerechten Zugang zur Praxis zu schaffen.¹⁴

Mit der jüngsten Novellierung 2009 wurde (im Übrigen unter der Amtszeit von BM Stöger) die hier im Mittelpunkt stehende **Bevorzugung von Frauen im Sonderfach Frauenheilkunde und Geburtshilfe** vorgesehen; Bewerberinnen kommt – durchaus **transparent** – ein damit gesetzlich fixierter Zuschlag von zehn Prozent der bei der Reihung erreichbaren Punkte zu.

Exkurs

Mit der verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von im ASVG nicht genannten und daher **zusätzlichen Reihungskriterien** in der VO beschäftigten sich in der Literatur Grabenwarter¹⁵ und sehr ausführlich Mosler¹⁶.

Gemäß diesen Meinungen sind sachgerechte und willkürfreie Reihungskriterien, die Steuerungen im öffentlichen Interesse bewirken sollen, grundsätzlich zulässig – die konkrete Ausgestaltung und das Ausmaß der Punktezuordnung sind im Einzelfall zu beurteilen. Grabenwarter hält die Barrierefreiheitsregel für unbedenklich, ebenso Mosler jene hinsichtlich der Bevorzugung von Gynäkologinnen (mit der sich Grabenwarter im oben genannten Aufsatz übrigens nicht beschäftigt).

Mosler konstatiert, dass, solange es eine **Unterausstattung** mit Vertragsärztinnen für Gynäkologie gibt, selbst ein absoluter Vorrang bei der Ausschreibung oder Reihung gerechtfertigt wäre – die vorgenommene Steuerung über die Reihungskriterien-VO sei quasi ein gelinderes Mittel, sprich ein geringerer Eingriff in das Diskriminierungsverbot.

Die zweite Rechtsfrage, nämlich nach der Verfassungskonformität der Bindung der Gesamtvertragsparteien an die Reihungskriterien-VO entgegen dem Selbstverwaltungsprinzip – verschärft durch die fixe Zehn-Prozent-Zuschlagsregel in der dritten No-

velle der VO –, hat die Ärztekammer für Kärnten mit einem Individualantrag 2011 vor den VfGH gebracht; dieser Antrag wurde mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.¹⁷

Inhaltliche Klarheit hinsichtlich der Bevorzugungsregel hat der VfGH mit dem nunmehrigen Erkenntnis geschaffen.

Zum Verfahrensgang vor dem VfGH

Den konkreten Vorschlag für die Besetzung einer Vertragsarztstelle machen in der Regel die Landesärztekammern; die Ärztekammern führen dazu auch die entsprechenden Reihungslisten.

Ein im Reihungsverfahren aufgrund der Bevorzugungsregel in der Reihungskriterien-VO hinter weiblichen Bewerberinnen gereihter Salzburger Gynäkologe hat die Landesärztekammer für Salzburg auf Unterlassung der Anwendung dieser Regel wegen Gleichheitswidrigkeit vor dem Landesgericht Salzburg geklagt.

Das Verfahren am LG Salzburg wurde unterbrochen; vom Gericht wurde der Verfassungsgerichtshof angerufen und es wurde die Verordnungsprüfung hinsichtlich der gegenständlichen Bestimmung beantragt. Das Gericht ortete eine mögliche Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes sowie eine mögliche Unvereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)¹⁸.

Zu den Prüfungsmaßstäben des Verfassungsgerichtshofs

Zentral hält der VfGH fest, dass der gesetzliche Versorgungsauftrag des § 338 Abs. 2 1. Satz ASVG den weiblichen Patienten eine **Wahlmöglichkeit** zwischen weiblichen und männlichen Vertragsärzten eröffnen soll.

Die durch den Verordnungsprüfungsantrag angegriffenen Bestimmungen der Reihungskriterien-VO sollen der Behebung eines bestehenden Mangels der Gesundheitsversorgung sozialversicherter Patientinnen auf dem Fachgebiet der Frauenheilkunde dienen. Auf Basis der auch in der mündlichen Verhandlung vor dem VfGH am 3. Dezember 2014 ausführlich erörterten Sachverhalte – insbesondere das Missverhältnis zwischen weiblichen und männlichen Vertragsfrauenärzten betreffend – ist für den VfGH der angesprochene **Mangel offenkundig**. Gegenübergestellt wird dabei u. a. der österreichweit 2009 be-

Alle Reihungskriterien haben dem Gleichheitsgebot, der Erwerbsausübungs- und Niederlassungsfreiheit sowie den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zu entsprechen.

14 Die praktische Bedeutung dieses Kriteriums war und ist gering; der Gesetzgeber hat mit dem Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl. I Nr. 82/2005 in der Fassung BGBl. II Nr. 59/2014 normiert, dass alle öffentlich zugänglichen Gesundheitseinrichtungen barrierefrei zu sein haben (dies beinhaltet auch alle Vertragsarztordinationen); die entsprechenden Übergangsfristen laufen Ende 2015 aus.

15 Grabenwarter, Gesamtvertrag und Grundrechte, RdM Sonderheft Gmündner Medizinrechtskongress 2010/189.

16 Mosler, Positive Diskriminierung bei der Vergabe von Kassenverträgen? In: Festschrift Binder, Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht, 2010, 647 ff.

17 Vgl. Beschluss vom 30.6.2011, V 123/09.

18 BGBl. I Nr. 66/2004 in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2013.

stehende Anteil der weiblichen Vertragsärzte von etwa 17,2 Prozent mit jenem Prozentsatz von über 60 Prozent, in dem Frauen weibliche Wahlärzte nachfragen.¹⁹

Vor diesem Hintergrund besteht nach Ansicht des VfGH aus objektiven Gründen ein – im Sinne des Art. 7 Abs. 1 B-VG zu verstehendes – **legitimes Bedürfnis** nach einem entsprechenden Anteil weiblicher Vertragsgynäkologen.

Der Ordnungsgeber konnte nach Meinung des VfGH auch in vertretbarer Weise davon ausgehen, dass die Bevorzugung von Frauen bei der Vergabe von Facharztstellen ein **geeignetes Mittel** ist, diesem Mangel abzuhelpfen, wie auch die in den letzten Jahren gestiegenen Anteile an weiblichen Vertragsärzten belegen würden.²⁰

Bedeutsam ist folgende Schlussfolgerung: Angesichts des nach wie vor nicht behobenen Mangels an weiblichen Vertragsärzten sind die Bestimmungen auch im entscheidungsaktuellen Jahr 2014 nicht unsachlich geworden. Den für eine ausreichende Versorgung erforderlichen Anteil an Frauenärztinnen gibt es nach wie vor nicht. Das ändert nach Meinung des VfGH nichts daran, dass die angefochtenen Vorschriften der Reihungskriterien-VO **nur so lange sachlich gerechtfertigt** werden können, als ein nennenswerter Mangel an weiblichen Fachärzten – gemessen am Bedarf – besteht. Die Verordnung könnte sohin durch Zeitablauf gesetzwidrig werden, wenn eine **ausreichende Versorgung** erreicht wurde und die Verordnung dafür eine entsprechende Ausnahmeregelung nicht vorsieht. Eine ausreichende Versorgung ist aber wie gesagt (noch) nicht gegeben.

Breiten Raum nimmt in der Begründung des Verfassungsgerichtshofs die Prüfung der Angelegenheit nach dem GIBG – in Umsetzung der einschlägigen europarechtlichen Richtlinie – ein. Es steht für den VfGH fest, dass die (selbstständige) Tätigkeit eines Vertragsarztes in der Sozialversicherung dem Anwendungsbereich des GIBG unterliegt.

Eine Vorgangsweise, die sonst als unmittelbare Diskriminierung nach dem GIBG anzusehen wäre, ist aber nach dem VfGH insbesondere dann zulässig, wenn die Identifizierung nach dem Geschlecht eine **unverzichtbare Voraussetzung** für eine berufliche Tätigkeit ist.

Der VfGH beruft sich abschließend auf die ausführliche Debatte in der mündlichen Verhandlung, wonach er in seiner Auffassung bestätigt worden ist, dass der Begriff der „Unverzichtbarkeit“ im Sinne



© drublg-photo - Fotolia.com

der ihm zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung des Art. 14 Abs. 2 der europarechtlichen Gleichbehandlungsrichtlinie auszulegen ist:²²

Das Erfordernis des weiblichen Geschlechts des Arztes zur Sicherstellung einer angemessenen Versorgung sozialversicherter Patientinnen in der Gynäkologie (und somit die Verwirklichung von deren Recht auf Gesundheit in Form eines leistbaren Zugangs zu einem für sie aus Gender- und teils wohl auch kultureller Perspektive akzeptablen Leistungserbringers) ist im Rahmen des bestehenden Versorgungsbedarfs für die auf diesem Gebiet tätigen weiblichen Fachärzte eine **objektiv vorliegende berufliche Anforderung** im Sinne der europarechtlichen Richtlinienbestimmung²³ und daher auch **unverzichtbar** im Sinne des GIBG.

Der Antrag des Landesgerichts Salzburg wurde vom VfGH daher abgewiesen.

Resümee

Die Bedeutung des gegenständlichen Erkenntnisses kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Wieder einmal bestätigt ein Höchstgericht, dass das (ärztliche) Vertragspartnerrecht im ASVG nicht als „Schutzgesetz“ für die Vertragspartner der Sozialversicherung anzusehen ist.²⁴ Im Vordergrund steht der Versorgungsauftrag für die anspruchsberechtigten Menschen. Diesem ist in erster Linie Genüge zu tun – hier im Sinne des individuellen Rechts auf Gesundheit und der daraus abgeleiteten Verpflichtung auch der sozialen Krankenversicherung, dieses im Rahmen ihrer Möglichkeiten umzusetzen. Dieser menschenrechtliche Auftrag ist in sorgfältiger Abwägung zu (wirtschaftlichen) Interessen von Ärzten zu erfüllen.

Das Erfordernis des weiblichen Geschlechts im ärztlichen Angebot für eine angemessene Versorgung sozialversicherter Patientinnen in der Gynäkologie ist im Rahmen des bestehenden Versorgungsbedarfs für die auf diesem Gebiet tätigen weiblichen Fachärzte eine objektive berufliche Anforderung im Sinne der europarechtlichen Richtlinienbestimmung und daher auch unverzichtbar im Sinne des GIBG.

19 Vgl. E, Rz 36, S. 30.

20 Vgl. E, Rz 39 und 40, S. 31.

21 Vgl. E, ab Rz 45, S. 32.

22 Vgl. E, Rz 48, S. 33 f.; Anm.: Der VfGH zieht hier richtigerweise die für Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse geltende RL 2006/54/EG (Neufassung) heran.

23 Der VfGH führt auch das Urteil des EuGH im Sinne der Kommission gegen das Vereinigte Königreich, 165/82 „Hebammenurteil“ an.

24 Vgl. in anderen Zusammenhängen Kletter in Sonntag, ASVG, Jahreskommentar 2014, Rz 121 ff. zu § 342 mit weiteren Nachweisen.