

Senat I der Gleichbehandlungskommission
Gutachten gemäß § 11 GBK/GAW-Gesetz
(BGBl. Nr. 108/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2013)

Der Senat I der Gleichbehandlungskommission (GBK) gelangte am 14. November 2018 über den am 13. April 2018 eingelangten Antrag der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) betreffend der Frage, ob Punkt 7 Satz 1 und 2 der Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit gemäß § 4 Z 3 GIBG (BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 40/2017; alle weiteren, im Text verwendeten Gesetzeszitate beziehen sich auf diese Fassung) darstellt, nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 11 GBK/GAW-Gesetz iVm § 10 der Gleichbehandlungskommissions-GO (BGBl. II Nr. 396/2004 idF BGBl. II Nr. 275/2013), zu GZ GBK I/817/18, zu folgendem

Gutachten:

Einleitung und Fragestellung

In allen Bundesländern bestehen Regelungen zwischen den jeweiligen Ärztekammern und den jeweiligen Gebietskrankenkassen, die die nähere Ausgestaltung des Vergabeprozesses von Kassenverträgen an Ärzte und Ärztinnen normieren. Rechtliche Grundlage dieser Regelungen sind einerseits die sogenannte Reihungskriterien-Verordnung, andererseits Gesamtverträge in den Ländern zwischen den Landesärztekammern und den entsprechenden Sozialversicherungsträgern, in denen zentrale Fragen betreffend die sogenannten Vertragsärzte und Vertragsärztinnen sowie ein Stellenplan für Kassenplanstellen festgelegt sind.

In ... wird der Vergabeprozess von Kassenverträgen an Ärzte und Ärztinnen durch die Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... geregelt. Diese Regelung sieht vor, dass bei Freiwerden einer Kassenstelle – zusätzlich zu einer öffentlichen Ausschreibung – die 15 Erstgereihten einer für jede Kassenplanstelle bestehenden Reihungsliste schriftlich aufgefordert werden, sich zu bewerben.

Tun sie das nicht und lassen sich bis zum Ende der Bewerbungsfrist nicht von der Bewerberliste streichen, so erlischt gemäß Punkt 7 Satz 1 der Vereinbarung die Reihung für diesen Ort. Ziehen sie ihre Bewerbung nach Ende der Ausschreibungsfrist zurück bzw. kündigen den Einzelvertrag, erlischt gemäß Punkt 7 Satz 2 der Vereinbarung die gesamte Reihung (Facharzt/Fachärztin und Allgemeinmedizin).

Die Begründung für eine Nichtbewerbung für eine konkrete Stelle durch eine der 15 Erstgereihten spielt bei der Konsequenz der Streichung aus der Reihungsliste des Ortes bzw. der gesamten Reihungsliste keine Rolle.

Die GAW vermutet eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (mittelbare Diskriminierung von Frauen bzw. Personen mit Elternpflichten), da die Situation von schwangeren Frauen, von Frauen in Mutterschutz sowie von Personen in Elternkarenz bei der Vergabe von Kassenverträgen durch die gegenständliche Regelung – insbesondere durch unterschiedslose Streichung von der Reihungsliste in allen Fällen der Nichtbewerbung von Personen, die sich auf den ersten 15 Plätzen der Reihungsliste befinden – nicht berücksichtigt wird.

In diesem Gutachten soll daher der Frage nachgegangen werden, ob Punkt 7 Satz 1 und 2 der Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... (in der Fassung 1. April 2017) eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit gemäß § 4 Z 3 GIBG darstellt.

Rechtliche Erörterung

Die hier relevanten Gesetzesstellen des GIBG bestimmen Folgendes:

Geltungsbereich

§ 1. (1) Die Bestimmungen des I. Teiles gelten für den Bereich der Arbeitswelt, dazu zählen

[...]

4. die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie die Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit,

sofern dies in die Regelungskompetenz des Bundes fällt.

[...]

Gleichbehandlungsgebot in der sonstigen Arbeitswelt

§ 4. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden

[...]

3. bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit.

Begriffsbestimmungen

§ 5. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

[...]

Geltungsbereich

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 4 GIBG gelten für den Bereich der Arbeitswelt die Bestimmungen des I. Teiles („Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt“), dazu zählen die Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie die Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit, sofern diese unmittelbar in die Regelungskompetenz des Bundes fallen.

Die Bereiche des § 1 Abs. 1 Z 1 bis 4 werden vom GIBG unter der Bezeichnung „Arbeitswelt“ zusammengefasst. Innerhalb der Arbeitswelt bezeichnet das GIBG die Bereiche des § 1 Abs. 1 Z 2 bis 4 – in Abgrenzung von den Arbeitsverhältnissen aller Art, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen (§ 1 Abs. 1 Z 1), – als „sonstige Arbeitswelt“ (§ 4 Z 1 bis 3).¹

Mit der Ausdehnung des Geltungsbereichs des GIBG auf die selbständige Erwerbstätigkeit sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei gestellt werden.²

Zuständigkeit des Senates I

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellen die auf Basis des § 343 Abs. 1a ASVG, der Reihungskriterien-Verordnung und des jeweiligen Gesamtvertrages zwischen der zuständigen Ärztekammer und dem jeweiligen Krankenversicherungsträger vereinbarten Reihungs-Richtlinien einen Bestandteil des jeweiligen Gesamtvertrages dar. Im Gesamtvertrag der Ärztekammer für ... und des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger für die im § 2 angeführten Krankenversicherungsträger ist in § 5 Abs. 2 festgelegt, dass die Vertragsparteien für die Auswahl der Vertragsärzte Richtlinien vereinbaren können, sodass diese Richtlinien als ergänzende gesamtvertragliche Vereinbarung zu betrachten sind. Bei den Richtlinien handelt es sich um eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen der Ärztekammer für ... und dem Krankenversicherungsträger. Im vorliegenden Fall handelt es sich folglich um eine Vereinbarung, deren hier in Frage stehende konkrete Ausgestaltung von der übergeordneten generellen Norm (Reihungskriterien-Verordnung) nicht so vorgegeben ist, sondern dies eigenständig auf die hier beschriebene Art ausgestaltet wurde, während in anderen Bundesländern³ andere Regelungen gefunden wurden.

¹ Vgl. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) § 1 Rz 3.

² Vgl. ebd. § 1 Rz 20.

³ Siehe Seite 7.

Der Zugang zu einem Kassenvertrag als Zugang zu selbstständiger Tätigkeit stellt einen Anwendungsfall des § 4 Z 3 GIBG dar.

Von § 4 Z 3 GIBG werden auch die Bedingungen der Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit erfasst; jedenfalls dann, wenn es um so elementare Ausübungsbedingungen geht, dass eine Diskriminierung bei den Ausübungsbedingungen praktisch den Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit (bzw. die Aufrechterhaltung des Zugangs) in Frage stellt (zB bei diskriminierenden Auswahlkriterien für den Abschluss von „Kassenverträgen“; die Auswahlkriterien können zwar nicht die Ausübung des Arztberufs an sich – diese ist auch „ohne Kassen“ möglich – verhindern, sind jedoch häufig dafür ausschlaggebend, ob in bestimmten Regionen der Arztberuf überhaupt wirtschaftlich ausgeübt werden kann.⁴

Die Zuständigkeit des Senates I sind daher zu bejahen.

Überprüfung einer (un)mittelbaren Diskriminierung

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt gemäß § 5 Abs. 1 GIBG vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Eine Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft ist nach der Judikatur des EuGH eine unmittelbare Diskriminierung von Frauen auf Grund des Geschlechtes; dies mit der Begründung, dass davon nur Frauen betroffen sein können.⁵ In der gegenständlichen Fallkonstellation beruht eine etwaige Benachteiligung von auf der Reihungsliste befindlichen schwangeren Ärztinnen bzw. Ärztinnen, die in Mutterschutz sind, jedoch auf einer an sich neutralen Vorschrift, weshalb im Weiteren der Frage nachgegangen wird, ob die zu überprüfende Regelung als mittelbare Diskriminierung zu qualifizieren ist.

Die Fallkonstellation, in der auf der Reihungsliste befindliche Ärztinnen und Ärzte in Elternkarenz sind bzw. Kinderbetreuungspflichten nachkommen, ist aus Sicht des Senates ebenfalls unter dem Aspekt der mittelbaren Diskriminierung zu überprüfen, da eine etwaige Diskriminierung auch hier auf einer an sich neutralen Vorschrift basiert.

Der Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung ist nach § 5 Abs. 2 GIBG dann erfüllt, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.⁶

Neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die zu einer Ungleichbehandlung führen können, sind der Ausgangspunkt bei der Beurteilung einer mittelbaren Diskriminierung. Dabei kann es

⁴ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 4 Rz 8.

⁵ EuGH 8. 11. 1990, C-177/88, Dekker, Slg 1990, I-3941, Rn 12.

⁶ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 93.

sich um kollektivvertragliche Bestimmungen oder solche in einer Betriebsvereinbarung oder einem Einzelarbeitsvertrag, eine Weisung des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin, eine betriebliche Übung, die Durchführung eines Bewerbungsgesprächs, Aufnahmevoraussetzungen etc. handeln. Typische Inhalte solcher Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind – bezogen auf den gegenständlichen Sachverhalt – der Familienstand bzw. der Umstand, ob jemand Kinder hat, und Betreuungspflichten.⁷

Durch die Formulierung „Benachteiligung in besonderer Weise“ im GIBG und den jüngeren GleichbehandlungsRL werden einerseits die Nachweismöglichkeiten erweitert und andererseits auch eine Verlagerung des Beurteilungsschwerpunkts mehr hin zum Qualitativen („in besonderer Weise“) und weg vom Quantitativen („wesentlich höherer Anteil“; s. RL 97/80/EG) angestrebt. Damit besteht neben jenen Sachverhalten, in denen schon das Zahlenverhältnis für sich spricht, die Möglichkeit, auch jene Fälle zu erfassen, in denen zwar ein zur Benachteiligung führendes Element vorhanden, aber auf Grund irgendwelcher Umstände das bisher erforderliche Zahlenverhältnis nicht gegeben ist. Ein Verschulden ist für das Vorliegen einer (mittelbaren) Diskriminierung nicht erforderlich.⁸

Je nach dem sachlichen Geltungsbereich der einzelnen Normen können die Nachteile sehr unterschiedlicher Natur sein.⁹ Um einen Nachteil feststellen zu können, bedarf es immer einer Vergleichsbasis. Gegenstand dieser Vergleichsbasis ist nicht ein identer Arbeitsplatz bzw. keine rein formelle Gleichheit, sondern eine materielle Gleichheit in einer vergleichbaren Lage (Gleichwertigkeit). Je nach Situation können von einem derartigen Vergleich ein/e oder mehrere/viele ArbeitnehmerInnen erfasst sein.¹⁰

Die bloße Benachteiligung genügt nicht; sie muss auf Grund des Geschlechtes erfolgt sein. Die Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes bedeutet beim Großteil der in der Praxis auftretenden Fälle den Vergleich mit dem anderen (biologischen) Geschlecht, beinhaltet aber auch alle anderen Konstellationen, in denen das Geschlecht, das mit den wenigen Fällen der Unverzichtbarkeit für die Ausübung der Tätigkeit im Arbeitsleben kein Kriterium sein darf/dürfte, als Unterscheidungskriterium verwendet wird. Als derartige Fälle kommen – bezogen auf den gegenständlichen Sachverhalt – beispielsweise die Möglichkeit einer Schwangerschaft oder allfällige Betreuungspflichten in Betracht.¹¹

Der in Frage stehende Punkt 7 Satz 1 und 2 der Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... (in der

⁷ Vgl. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 5 Rz 97.

⁸ Vgl. ebd. § 5 Rz 98.

⁹ Vgl. ebd. § 5 Rz 100.

¹⁰ Vgl. ebd. § 5 Rz 101.

¹¹ Vgl. ebd. § 5 Rz 106.

derzeit geltenden Fassung vom 1. April 2017) lautet: „*Bewirbt sich innerhalb der Ausschreibungsfrist der freien Stelle einer der von der Ärztekammer angeschriebenen Ärzte nicht und lässt sich bis zum Ende der Bewerbungsfrist nicht von der Bewerberliste streichen, so erlischt dessen Reihung an diesem Ort. Im Falle der Zurückziehung der Bewerbung nach Ende der Ausschreibungsfrist. Dasselbe gilt bei Nichtantritt einer vorgeschlagenen Invertragnahme bzw. bei Kündigung des Einzelvertrages.*“

Diese Regelung ist zwar auf den ersten Blick neutral im Sinne der völlig unterschiedslos gleichen Anwendung auf alle Personen, benachteiligt aber im Ergebnis schwangere Frauen, Frauen in Mutterschutz sowie Personen in Elternkarenz gegenüber anderen Personengruppen.

Die oa. Tatbestandselemente des § 5 Abs. 2 – neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren; Benachteiligung in besonderer Weise; auf Grund des Geschlechtes – sind somit erfüllt; es ist grundsätzlich eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes gegeben.

In einem weiteren Schritt ist zu überprüfen, ob eine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Die Prüfung der Rechtfertigung hat in zwei Stufen zu erfolgen. Zuerst ist zu prüfen, ob überhaupt ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorhanden ist, und im Fall der Bejahung dessen verhältnismäßige Anwendung.

Die Rechtfertigungsgründe können in zwei Kategorien zusammengefasst werden, nämlich in unternehmensbezogene und in arbeitsplatzbezogene. Eine dritte zu behandelnde Kategorie ist jene der legitimen Ziele der Sozialpolitik, die als Rechtfertigung bei mittelbar diskriminierend wirkenden Gesetzen maßgeblich sind.

Nach Auffassung des Senates ist kein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorhanden.

Der Punkt 7 Satz 1 und 2 der Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... (in der derzeit geltenden Fassung vom 1. April 2017) stellt somit eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens sowie der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit gemäß § 4 Z 3 GIBG dar.

Empfehlung

Der Senat I der GBK empfiehlt die Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages über die Kriterien für die Reihung der BewerberInnen um Einzelverträge bei den § 2-Krankenversicherungsträgern abgeschlossen zwischen der ... Gebietskrankenkasse für die im § 2 des Gesamtvertrages genannten Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer für ... (in der derzeit geltenden Fassung vom 1. April 2017) diskriminierungsfrei zu gestalten.

Eine Möglichkeit, die in Frage stehenden Regelungen in Punkt 7 Satz 1 und 2 diskriminierungsfrei zu gestalten, besteht in der Wiedereinführung einer Ausnahmeregelung. In der vorhergehenden

Fassung der Vereinbarung (vom 1. Jänner 2010) war unter Punkt 7 Satz 3 geregelt: „Kasse und Kammer können im Einvernehmen von dieser Regelung in begründeten Einzelfällen Ausnahmen genehmigen.“ Für eine diskriminierungsfreie Anwendung der Ausnahmeregelung muss diese über formale Gründe hinaus auch auf Fälle, in denen aufgrund geschlechtsspezifischer Gründe bzw. des Umstandes, dass jemand Kinder hat, (zB Schwangerschaft, Mutterschutz, Elternkarenz, Kinderbetreuungspflichten) begründet eine Invertragnahme nicht möglich ist, angewendet werden. Eine weitere Maßnahme wäre die Schaffung einer Alternativregelung, wie sie beispielsweise in den Richtlinien in ...¹² und ...¹³ zu finden ist. In diesen Bundesländern erfolgt die Vergabe von Kassenplanstellen nach einem System, in dem frei werdende Kassenplanstellen ausschließlich ausgeschrieben werden, sodass interessierte Ärztinnen und Ärzte sich aktiv bewerben können. Es gibt somit keinen Zwang für die Erstgereihten, sich zu bewerben.¹⁴

Wien, 14. November 2018
Mag.^a Stefanie Mandl, MA
Stv. Vorsitzende des Senates I der GBK

¹² Richtlinien für die Auswahl und Invertragnahme von Vertragsärzten für Allgemeinmedizin und Vertragsfachärzten gemäß § 6 Abs. 1 Gesamtvertrag vom 1. Jänner 2014.

¹³ Gesamtvertragliche Vereinbarung betreffend Richtlinien für die Auswahl der Vertragsärztinnen/-ärzte (Niederlassungsrichtlinien).

¹⁴ Anm.: Die Streichung aus der InteressentInnenliste erfolgt in ... nur dann, wenn nach 10 Jahren ab dem Datum der Eintragung in die Reihungsliste, sich der/die InteressentIn innerhalb dieses Zeitraumes nicht zumindest um eine ausgeschriebene Stelle beworben hat (§ 4 Abs. 1 lit. e). In ... ist eine Streichung aus der BewerberInnenliste – neben anderen für diesen Sachverhalt nicht relevanten Gründen – überhaupt nur dann vorgesehen, wenn eine zugesprochene Kassenplanstelle „ohne Vorliegen berücksichtigungswürdiger Gründe“ nicht angetreten wird (§ 7 Abs. 8).