

Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur

An die

Kurie der angestellten Ärzte der Ärztekammer für Wien

zH Kurienmanager Andreas Kolm, MA LL.M.

3. 7. 2023

Sehr geehrter Herr Kolm!

Die Kurie der angestellten Ärzte der Ärztekammer für Wien hat mich mit der gutachterlichen Klärung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für allfällige gesetzlich neu zu schaffende, nicht freiwillig vorab eingegangene, Verpflichtungen von Ärztinnen und Ärzten, eine bestimmte Zeit im österreichischen öffentlich finanzierten Gesundheitssystem als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer bzw als niedergelassene Ärztin oder niedergelassener Arzt tätig werden zu müssen, beauftragt.

Ich erstatte dazu nachfolgendes

RECHTSGUTACHTEN

I. Grundsätzliches

Die österreichische Bundesverfassung sieht grundsätzlich ein marktwirtschaftliches System vor,¹ womit es der Entscheidung des Einzelnen obliegt, einen bestimmten Beruf zu ergreifen, (weiterhin) auszuüben und diese Tätigkeit auch wieder zu beenden. Diese Entscheidungsfreiheit wird durch mehrere Grundrechte geschützt, die systematisch, aber auch in ihrer Anwendung durch den Verfassungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung teilweise eng zusammenhängen.² Es handelt sich dabei um

- die Berufsantrittsfreiheit nach Art 18 StGG und
- die Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG,

¹ Vgl dazu mwN aus der Rsp des VfGH zB *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1541.

² Siehe etwa für das Zusammenspiel der Erwerbsfreiheit, der Berufsantrittsfreiheit und des Art 4 EMRK *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 18 StGG Rz 1; *Oberndorfer*, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl 1992, 273 (274).

- welche zudem vom Verbot der Zwangs- bzw Pflichtarbeit (Art 4 EMRK) flankiert werden.

Daneben können auch andere Grundrechte, etwa der Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG), hier eine Rolle spielen.

Dieser grundrechtliche Rahmen ist unmittelbar für die Gesetzgebung und die staatliche Verwaltung anwendbar, für Private wirken die Grundrechte hingegen nur mittelbar, dh dadurch, dass der Gesetzgeber bestimmte grundrechtliche Leitlinien auch in den für diese Privaten anwendbaren Rechtsvorschriften verankert.³

Hier ist nun insbesondere auf die Bestimmungen des § 20 Angestelltengesetz (AngG⁴) und des § 2d Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz (AVRAG⁵) hinzuweisen. § 20 AngG sieht vor, dass Arbeitnehmer jedenfalls nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist einen Arbeitsvertrag auflösen können,⁶ § 2d AVRAG beschränkt die Bindungsdauer bei vereinbartem Ausbildungskostenrückersatz (für Ausbildungskosten, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer übernommen hat) – unter Normierung weiterer Vorgaben – auf vier Jahre, in ganz bestimmten Ausnahmefällen auf acht Jahre. In diesen Fällen setzt der Gesetzgeber somit selbst der freiwillig eingegangenen Bindung an einen Arbeitgeber absolute Grenzen, um eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, einen Beruf auch bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben bzw überhaupt wieder zu beenden, zu vermeiden. Daraus lässt sich im Übrigen ableiten, dass dann, wenn schon bei freiwilligem Eingehen einer Verpflichtung absolute Grenzen normiert worden sind, die **Grenzen für eine unfreiwillig eingegangene Verpflichtung enger sein müssen.**

Um solche nicht freiwillig eingegangene Verpflichtungen soll es in der Folge gehen. **Es ist somit der grundrechtliche Rahmen für den Gesetzgeber zu skizzieren, der die Zulässigkeit der Anordnung einer verpflichtenden Tätigkeit von Ärztinnen und Ärzte (in Studium, Ausbildung oder danach) im öffentlichen Gesundheitswesen begrenzt.** Dabei ist vorab auf zwei Punkte aufmerksam zu machen:

³ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1336; vgl auch mit etwas anderer Schwerpunktsetzung Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1263ff.

⁴ BGBl 1921/292 idgF.

⁵ BGBl 1993/459 idgF.

⁶ Zudem dürfen sie nicht schlechter gestellt werden als der Arbeitgeber, zu diesem „Symmetriegebot“ zB OGH 25. 6. 2019, 9 ObA 531/18m, ZAS 2020/55 mit Anm Melzer-Azodanloo.

- Zur konkreten Problematik eines möglichen verpflichtenden medizinischen Dienstes für alle Angehörige eines Gesundheitsberufs liegt wenig Rechtsprechung vor. Die mit Abstand einschlägigste Entscheidung (Iversen gegen Norwegen) ist eine solche der Europäischen Kommission für Menschenrechte aus dem Jahr 1963⁷, da sie einen Sachverhalt betraf, in dem alle Absolventen einer Zahnarztausbildung, die in Norwegen tätig werden wollten, sich entweder anlässlich des Antritts des (staatlich zugewiesenen) Studienplatzes oder bei Absolvierung einer nationalen Zusatzausbildung (nach ausländischem Studienabschluss) zu einer maximal zweijährigen Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen, und zwar in nicht ausreichend versorgten Regionen, verpflichten mussten. Hier ist sowohl das Alter der Entscheidung, ihre Fällung durch eine Kommission statt eines Gerichts und die tatsächlich besondere, mit Österreich nicht vergleichbare geographische Situation Norwegens zu berücksichtigen. Zwei andere Fälle des EGMR und des EuGH betrafen hingegen Konstellationen, in denen die Personen auf Grund einer **freiwillig eingegangenen Verpflichtung** eine staatlich (mitfinanzierte) Ausbildung erhielten, die sie ohne diese Verpflichtung so nicht erhalten hätten. Der erste Fall betraf einen Arzt, der gegen die Verpflichtung zur Tätigkeit als Militärarzt das Studium finanziert erhielt,⁸ der andere Fall eine Medizinalabsolventin, die auf Grund dieser Verpflichtung einen speziellen Ausbildungsplatz erhielt, den die entsprechende italienische Provinz bei einem Krankenanstaltenträger gegen Kostenersatz bereitstellen ließ.⁹ Gerade für die konkret zu beurteilende Situation liegt daher keine aktuelle „passgenaue“ Rechtsprechung (auch nicht nationaler Instanzen) vor, was im Falle eines zukünftigen Verfahrens insb vor dem VfGH oder EGMR den Inhalt einer Entscheidung schwer vorhersehbar macht.
- Da derzeit keine konkreten gesetzlichen Regelungen betreffend eine Tätigkeitsverpflichtung vorhanden sind, kann dieses Gutachten primär die aus der (wie erwähnt, nicht vollständig „passgenauen“) Rechtsprechung und aus allgemeinen verfassungsdogmatischen Überlegungen ableitbaren groben Linien aufzeigen, an Hand derer entsprechende gesetzliche Regelungen zu beurteilen wären. So macht es, wie noch zu zeigen sein wird, durchaus einen Unterschied, ob Adressat einer Tätigkeitsverpflichtung alle Absolventinnen und Absolventen eines

⁷ EKMR 17.12.1963, 1468/62 I(versen) gg. Norwegen.

⁸ EGMR 4. 6. 2015, 51637/12 Chitos gg Griechenland.

⁹ EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel, ECLI:EU:C:2017:997.

(human)medizinischen Studiums sind oder nur Personen, die eine bestimmte Facharztausbildung absolviert haben.

II. Der verfassungsrechtliche Rahmen einer Tätigkeitsverpflichtung im Einzelnen

1. Art 4 EMRK

Den „äußersten“ Rahmen für die Zulässigkeit der gesetzlichen Anordnung einer Tätigkeitsverpflichtung bildet Art 4 Abs 2 EMRK. Diese Bestimmung ordnet an, dass niemand gezwungen werden darf, „Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten“. Mit den Worten von *Berka/Binder/Kneihls* formuliert, bringt das Verbot des Art 4 Abs 2 EMRK „zum Ausdruck, dass der **Einsatz der menschlichen Arbeitskraft grundsätzlich der freien persönlichen Selbstbestimmung unterliegen muss**“.¹⁰ Zugleich nimmt Art 4 Abs 3 EMRK bestimmte Tätigkeiten explizit von diesem Begriff aus, darunter in lit c „jede Dienstleistung im Falle von Notständen und Katastrophen, die das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen“ und in lit d „jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den normalen Bürgerpflichten gehört“.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Gesetzgeber jedenfalls keine Tätigkeitsverpflichtung anordnen darf, die – unter Berücksichtigung der Ausnahmen – den Charakter einer „Zwangs- oder Pflichtarbeit“ im Sinne des Art 4 EMRK aufweist. Da nicht davon auszugehen ist, dass ein Modell einer Tätigkeitsverpflichtung mit körperlichen oder seelischem Zwang durchgesetzt würde, ist in der Folge ist nur die „Pflichtarbeit“ einschlägig, die grundsätzlich dann vorliegt, wenn eine Person durch Androhung von Sanktionen zu einer höchstpersönlich¹¹ zu erbringenden Arbeit verpflichtet wird und diese Verpflichtung somit nicht freiwillig, dh aus freier Entscheidung, übernommen hat.¹² Im Falle einer Nichtbefolgung der Tätigkeitsverpflichtung wäre insb mit finanziellen Sanktionen zu rechnen.¹³

Bei der Beurteilung des Vorliegens einer unzulässigen Pflichtarbeit sind folgende Punkte zu beachten:

¹⁰ *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² (2020) 312.

¹¹ Vgl dazu zB VfSlg 7826/1976 oder VfSlg 10.114/1984: Pflicht zur höchstpersönlichen Dienstleistung; aus der Litz B *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte² (2020) 312.

¹² EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 Van der Musselle gg Belgien, Z 34. Vgl auch zusammenfassend *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ (2021) § 20 Rz 93.

¹³ Vgl die allgemeinen Überlegungen zu möglichen Sanktionen bei *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 7ff (20. Lfg 2016). Auch der Verlust von sozialrechtlichen Ansprüchen kann eine Sanktion sein (*Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung [2018] 185f), der Begriff der Sanktion ist somit durchaus weit zu verstehen.

- Ob eine verbotene Pflichtarbeit vorliegt oder nicht, ist letztlich auf Grund einer **Abwägung der Gesamtumstände**, unter denen die Tätigkeit erbracht wird, zu beurteilen. Hatte die Europäische Kommission für Menschenrechte im bereits erwähnten Fall Iversen (betreffend verpflichtende Zahnarztendienste) noch auf gegen den Willen einer Person geleistete ungerechte und bedrückende Arbeit, die eine vermeidbare Härte darstelle,¹⁴ abgestellt, hat der EGMR beginnend mit dem Fall Van der Musselle gg Belgien einen weitaus differenzierteren Ansatz gewählt, der letztlich auf eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** hinausläuft.¹⁵ So hielt der EGMR zum Begriff der Pflichtarbeit damals fest: „Dies könnte bei einer zwecks Zugang zu einem bestimmten Beruf zu leistenden Tätigkeit der Fall sein, wenn diese Tätigkeit eine Belastung darstellt, die so exzessiv und in keinem Verhältnis zu den Vorteilen steht, welche die künftige Ausübung dieses Berufs mit sich bringen würde, dass der Betroffene nicht als jemand angesehen werden kann, der sich zu deren Verrichtung „freiwillig im Voraus zur Verfügung gestellt hat“; so z.B. bei einer Tätigkeit, welche mit dem fraglichen Beruf in keinerlei Zusammenhang steht.“¹⁶ Dementsprechend stellte der EGMR in dieser Entscheidung auch klar, dass fehlende oder unzureichende Bezahlung zwar ein Indiz für Pflichtarbeit sein könne, dass aber **auch eine bezahlte Tätigkeit**, die der Betroffene gegen seinen Willen ausüben muss, **Pflichtarbeit im Sinne des Art 4 EMRK** darstellen kann.¹⁷
- Auf Grund dieser Abwägung der Gesamtumstände unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erfüllt nicht jede unfreiwillig zu erbringende Arbeitsleistung automatisch das Kriterium der unzulässigen Pflichtarbeit. Dies wird auch durch die Ausnahmen in Art 4 Abs 3 EMRK, also bei Maßnahmen gegen eine Bedrohung des Wohls der Gemeinschaft bzw bei Bürgerpflichten, deutlich. Dementsprechend hat der EGMR etwa im – Österreich betreffenden – Fall Graziani-Weiss festgehalten, dass die Verpflichtung eines Rechtsanwalts, als Sachwalter (nunmehr: Erwachsenenvertreter) tätig zu werden, letztlich durchaus typisch anwaltliche Aufgaben umfasse, grundsätzlich auch entlohnt sei und daher, sofern nicht der betroffene Rechtsanwalt besonders viele derartige Vertretungen bzw besonders komplexe Vertretungen übernehmen müsse,

¹⁴ Vgl dazu aber die Einschätzung des Sachverhalts als „nicht nur unerhebliche Härte“ bei *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 72 (20. Lfg 2016).

¹⁵ So auch das Fazit zu Art 4 EMRK bei *Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung (2018) 188ff, insb 190, sowie 194 (jeweils im sozialrechtlichen Kontext).

¹⁶ EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 Van der Musselle gg Belgien, Z 37.

¹⁷ EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 Van der Musselle gg Belgien, Z 40.

keine „unverhältnismäßige Belastung“ darstelle und daher keine Pflichtarbeit im Sinne des Art 4 Abs 2 EMRK darstellen würde.¹⁸ Ähnliches hat der EGMR betreffend den ärztlichen Beruf im Fall Steindel gg Deutschland¹⁹ entschieden: Dort verneinte er eine Verletzung des Art 4 EMRK hinsichtlich der Verpflichtung eines Augenarztes, nach der Kündigung seines Kassenvertrags dennoch gesetzlich vorgesehene Notfalldienste zu leisten, da diese Verpflichtung „nicht aus dem Bereich der normalen beruflichen Tätigkeit eines Arztes herausfiel“, die Leistungen vergütet wurden und „auf einem Konzept der beruflichen und zivilen Solidarität“ zur Abwendung von Notfällen beruhte und schließlich von ihrem zeitlichen Ausmaß nicht unverhältnismäßig war. Zu beachten ist aber, dass es in allen diesen Fällen um eine **verpflichtend vorgesehene „Nebentätigkeit“** zu einem weiterhin frei auszuübenden und auch zu beendenden „Hauptberuf“ ging. Das **unterscheidet sie deutlich** von einer Konstellation, in der **die gesamte Tätigkeit einer Ausübungsverpflichtung unterliegt**, aus der sich die betroffene Person nicht einseitig ohne Sanktion lösen kann. So betonen auch *Krebber/Birk*, dass eine Tätigkeitspflicht dann (noch) verhältnismäßig sein kann, wenn sie „**nur einen unerheblichen Teil der gesamten Arbeit des Verpflichteten**“ darstelle.²⁰

- Im Fall Graziani-Weiss kam der EGMR, wie zuvor schon in van der Musselle,²¹ auch auf das Konzept der vorherigen Einwilligung in eine Tätigkeit zu sprechen. Die alleinige Tatsache, dass eine Person einen Beruf ergreift, obwohl sie weiß, dass dieser bestimmte verpflichtende Tätigkeiten umfasst, schließt für sich das Vorliegen einer Pflichtarbeit nicht aus, **wenn diese Tätigkeiten insgesamt als unverhältnismäßige Belastung anzusehen sind.**²² Wenn die Belastungen allerdings in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Vorteilen, die mit der Ausübung der Tätigkeit erlangt werden stehen bzw die Vorteile klar überwiegen, dann liegt keine Pflichtarbeit vor. Dementsprechend entschied der EGMR im bereits erwähnten Fall Chitos gg Griechenland, dass eine **freiwillige (!)** mehrjährige Verpflichtung zum Dienst als Militärarzt, der als Gegenleistung eine vom Staat bezahlte und mit sonstigen Leistungen verbundene Ausbildung zum Arzt

¹⁸ EGMR 18. 10. 2011, 31950/06 Graziani-Weiss gg Österreich, Z 41

¹⁹ EGMR 14. 9. 2010, 29878/07 Steindel gg Deutschland.

²⁰ *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 73 (20. Lfg 2016).

²¹ EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 Van der Musselle gg Belgien, Z 37.

²² EGMR 18. 10. 2011, 31950/06 Graziani-Weiss gg Österreich, Z 40. Zum Ganzen auch, ebenfalls nach Auswertung einiger der hier dargestellten Urteile, *Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung (2018) 194.

gegenübersteht, keine unzulässige Pflichtarbeit darstellt.²³ **Genau diese Voraussetzung fehlt allerdings bei einer Tätigkeit, die nicht freiwillig eingegangen wurde, sondern einer Tätigkeitsverpflichtung ex lege unterliegt.**

- Diese Rechtsprechung des EGMR wird – mit gewissen Abweichungen – auch von den österreichischen Höchstgerichten akzeptiert. So sah der VfGH etwa in der Festlegung verbindlicher Taxitarife keinen Verstoß gegen Art 4 Abs 2 EMRK, weil zum einen berechnete öffentliche Interessen bestünden und auch wegen der dennoch ausreichenden Entlohnung keine „ungerechte oder unterdrückende“ Verpflichtung vorliege.²⁴ Auch die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als „mittlerweiliger Stellvertreter“ eines Standeskollegen wurde vom VfGH läge im Interesse des selbstverwalteten Anwaltsstandes und sei so lange keine unzulässige Pflichtarbeit, als eine Sachnähe zu sonstigen anwaltlichen Tätigkeiten gegeben sei und die Pflichten **nicht vom Inhalt oder der Intensität völlig ausufern würden.**²⁵ Auch der OGH hat diverse anwaltliche Berufspflichten als verhältnismäßig angesehen.²⁶ Eine fragwürdige Begründung findet sich hingegen in VfSlg 19.532/2011, wo der VfGH die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Sachwalter überhaupt als Bürgerpflicht gem Art 4 Abs 3 lit d EMRK qualifizierte (dazu noch unten). In all diesen Fällen ging es aber erneut um verpflichtende „Nebentätigkeiten“, **nicht um eine verpflichtend auszuübende „Haupttätigkeit“.**
- Speziell die Tätigkeit als Arzt betraf eine OGH-Entscheidung,²⁷ in der ein Gemeindefacharzt eine unzureichende Entlohnung als Verstoß gegen Art 4 Abs 2 EGMR behauptete. Der OGH verneinte dies unter Hinweis darauf, dass er diese Tätigkeit freiwillig angetreten hätte und – was im vorliegenden Zusammenhang wichtig ist – **auch wieder beenden könne.** Insoweit läge kein unzulässiges Pflicht- oder Zwangselement vor. Dies steht mit der Rsp des EGMR im Einklang. Der VfGH²⁸ wiederum verneinte das Vorliegen einer Pflichtarbeit bei der Verpflichtung eines Vertragsarztes zur Teilnahme am (vergüteten) kassenärztlichen Notdienst mit der Begründung, dass, da die „Verpflichtung zur Teilnahme am notärztlichen Dienst auf vertraglicher Grundlage beruht, Art 4 Abs 2 EMRK darauf von vornherein nicht anzuwenden“ ist. Diese Aussage widerspricht in der Begründung der oben dargestellten Rsp des EGMR, nach der auch ein vertragliches

²³ EGMR 4. 6. 2015, 51637/12 Chitos gg Griechenland.

²⁴ VfGH 5. 6. 2014, V 44/2013.

²⁵ VfSlg 16.807/2003.

²⁶ ZB OGH 30. 9. 2009, 7 Ob 189/09h; 23. 11. 2010, 1 Ob 187/10x, jeweils mwN, aber ohne eingehendere Bezugnahme auf Art 4 EMRK.

²⁷ OGH 9. 4. 1996, 10 ObS 2016/96k.

²⁸ VfGH 10. 12. 2014, B 967/2012 ua.

Eingehen einer Arbeitsverpflichtung bei Unverhältnismäßigkeit eine Verletzung des Art 4 Abs 2 EMRK begründen kann, im Ergebnis steht sie aber mit dem Fall Steindel gg Deutschland²⁹ im Einklang.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur längerdauernden Ausübung einer Tätigkeit dann eine Verletzung des Art 4 Abs 2 EMRK (Verbot der Pflichtarbeit) darstellen kann, **wenn die Gesamtbedingungen dieser verpflichtenden Tätigkeit als unverhältnismäßige Belastung der verpflichteten Person einzustufen sind**. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Person die Verpflichtung freiwillig eingegangen ist – und dabei **auch wirklich die freie Wahl hatte**.³⁰ Anders sieht es etwa dort aus, wo der Zugang zu einer Tätigkeit ohne eine solche Verpflichtung kaum oder nicht möglich ist – dort liegt keine Freiwilligkeit mehr vor, so dass dann wieder das Vorliegen einer verbotenen Pflichtarbeit im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (Belastungen gg Vorteile) zu prüfen ist.

Die Frage, ob eine unverhältnismäßige Belastung vorliegt oder nicht, ist letztlich im Wege einer grundrechtlichen **Verhältnismäßigkeitsprüfung** zu beantworten. Es ist somit zu klären, ob die entsprechende Tätigkeitsverpflichtung durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, erforderlich (dh das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellend) und verhältnismäßig (adäquat; Abwägung der Belastungen des Einzelnen gegenüber den gesellschaftlichen Vorteilen) ist. Eine entscheidende Rolle spielt dabei auch, ob sich die Verpflichtung auf **Nebenaspekte der Tätigkeit** (zB Teilnahme an einem Bereitschaftsdienst) bezieht oder den **Kern der Tätigkeit betrifft**. Letzteres wäre bei einer **gesetzlich vorgesehenen Tätigkeitsverpflichtung als Arzt**, die weder freiwillig angetreten wurde noch freiwillig beendet werden kann, auch der Fall, was somit darauf hindeutet, dass eine solche Tätigkeitsverpflichtung durchaus eine **unverhältnismäßige und daher unzulässige Pflichtarbeit** darstellen kann.³¹

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Tätigkeitspflicht für Ärztinnen und Ärzte **nicht unter die Ausnahmen des Art 4 Abs 3 EMRK** fallen würde:

²⁹ EGMR 14. 9. 2010, 29878/07 Steindel gg Deutschland.

³⁰ Zu den Rahmenbedingungen einer wirklich freien Einwilligung vgl zB mwN *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 55ff (20. Lfg 2016).

³¹ Vgl dazu auch nochmals *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 73 (20. Lfg 2016): Keine Pflichtarbeit, wenn nur „unerheblicher Teil der gesamten Arbeit des Verpflichteten“ betroffen.

- Art 4 Abs 3 lit a (Arbeiten in der Haft) und lit b (Militärdienst) EMRK sind erkennbar nicht einschlägig.
- Art 4 Abs 3 lit c (Notstands- und Katastrophendienste) bezieht sich auf **akute Dringlichkeitssituationen** („akuter, existenzieller Notstand vorübergehender Natur“), nicht jedoch auf „dauerhafte, strukturbedingte bedrohliche Zustände“.³² Zwar wurde im Fall Iversen gegen Norwegen³³ von einigen Mitgliedern der EKMR (im Jahre 1963) die Anwendung des Art 4 Abs 3 lit c erwogen,³⁴ dies steht aber im Gegensatz zur richtigen (und in der aktuellen Literatur vertretenen) Ansicht, dass der Begriff der „Notstands- und Katastrophensituation“ **eng auszulegen ist**.³⁵ Eine **strukturell bedingte, dauerhafte** „Schlechtverteilung“ von Ärztinnen und Ärzten im Gesundheitssystem, um die es in der österreichischen Diskussion geht, erfüllt die Voraussetzungen einer solchen Dringlichkeitssituation daher **nicht**.
- Art 4 Abs 3 lit d EMRK betrifft „Bürgerpflichten“ und somit **nicht Pflichten eines einzelnen Berufstandes**,³⁶ sondern generisch abgrenzbare Verpflichtungen, die in einer freiheitlichen Gesellschaft als normal und damit als Bagatellfälle angesehen werden,³⁷ insb solche, die alle Bürgerinnen und Bürger treffen.

2. Erwerbsfreiheit

Eine gesetzliche Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte würde auch das Grundrecht der Erwerbsfreiheit betreffen. Dieses schützt nicht nur die Möglichkeit zur Aufnahme einer in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeit (Erwerbsantritt), sondern auch die Rahmenbedingungen der Ausübung einer solchen (Erwerbsausübung). Dazu gehört auch die

³² Vgl *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 99, 100 (20. Lfg 2016). Ebenso *Zwaak*, Prohibition of Slavery and Forced Labour, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights⁵ (2018) 425 (437): “an acute emergency with a temporary character”.

³³ EKMR 17.12.1963, 1468/62 I(versen) gg. Norwegen.

³⁴ Dies aber (damals schon) innerhalb großen Dissens in der Kommission zu dieser Frage; vgl nur *Zwaak*, Prohibition of Slavery and Forced Labour, in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights⁵ (2018) 425 (437).

³⁵ *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 100 (20. Lfg 2016); ebenso *Meyer-Ladewig/Huber*, in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg) EMRK⁴ (2017; 5. Auflage erscheint 2023) Art 4 EMRK Rz 13.

³⁶ Unzutreffend daher VfSlg 19.532/2011.

³⁷ *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 102 (20. Lfg 2016); vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ (2021) § 20 Rz 99.

Möglichkeit der freien, dh nicht mit unverhältnismäßigen Auflagen verbundenen, Beendigung einer einmal gewählten beruflichen Tätigkeit.³⁸

Beschränkungen des Erwerbsantritts unterliegen noch strengeren Vorgaben als solche der Erwerbsausübung.³⁹ Dass eine Tätigkeitsverpflichtung, die etwa nur gegen Zahlung einer Pönale verkürzt werden kann, die Erwerbsausübung beschränkt, steht außer Zweifel. Zu fragen ist, ob die Regelung auch den Erwerbsantritt betrifft: Zwar betrifft sie primär nur die Beendigung der Tätigkeit (im öffentlichen Gesundheitswesen), allerdings hindert eine solche Bindung an eine Tätigkeit eine Person auch daran, eine andere Tätigkeit aufzunehmen. Insoweit sprechen gute Argumente dafür, eine Tätigkeitsverpflichtung in einem bestimmten Beruf qualitativ mit einer Erwerbsantrittsvoraussetzung gleichzustellen und daher ein besonders hohes Rechtfertigungsniveau zu verlangen.

Das Grundrecht auf freie Berufswahl würde durch eine Tätigkeitsverpflichtung indirekt getroffen, da eine solche Maßnahme manche Personen – je nach Ausgestaltung – von der Aufnahme eines Medizinstudiums oder dem Antritt einer ärztlichen Ausbildung abhalten könnte. Dadurch wird eine Person letztlich nicht am Antritt des ärztlichen Berufs gehindert, aber es liegt eine gewisse Erschwernis des Antritts vor, die bei der Wahl des ärztlichen Berufs von Bedeutung ist. Dennoch kann in der Folge auf eine vertiefte Prüfung dieses Grundrechts weitgehend verzichtet werden, da dieses im Regelfall ohnehin in Kombination mit der Erwerbsfreiheit in Hinblick auf Beschränkungen des Erwerbsantritts geprüft wird.⁴⁰ In der Folge wird der Schwerpunkt daher auf die Frage der Zulässigkeit des Eingriffs in die Erwerbsfreiheit durch eine Tätigkeitsverpflichtung im ärztlichen Beruf gelegt.

Gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit sind nach der üblichen „Grundrechtsprüfungsformel“, die auch der VfGH mit etwas anderen Begriffen heranzieht,⁴¹ dann zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, erforderlich (dh das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellend) und verhältnismäßig (adäquat; Ziel-Mittel-Relation) sind.⁴² **Insoweit kann auch eine Verletzung der**

³⁸ So auch *Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung (2018) 198f mit FN 943; dort weiterer Hinweis auf *Oberndorfer*, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl 1992, 273 (277) und *Grabenwarter*, Gesamtvertrag und Grundrechte – Vertragsbedienstete der AKh Linz GmbH, in *Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Medizinrechtskongress 2010 (2011) 65 (77).

³⁹ Vgl nur *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 6 StGG Rz 8; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1499.

⁴⁰ Vgl zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1511 mwN aus der Rsp des VfGH in FN 1421.

⁴¹ Vgl zB *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1560f mwN.

⁴² Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1498.

Erwerbsfreiheit durch die Anordnung einer Tätigkeitsverpflichtung nach ähnlichen Maßstäben wie das Vorliegen einer (un)zulässigen Pflichtarbeit geprüft werden.

3. Gleichheitsgrundsatz

Auch der verfassungsrechtliche **Gleichheitsgrundsatz** kann im Zusammenhang mit einer Tätigkeitsverpflichtung für (alle oder bestimmte) Ärztinnen bzw Ärzte von Bedeutung sein.

Zum einen gebietet der Gleichheitsgrundsatz dem Gesetzgeber, vergleichbares gleich zu behandeln bzw allgemeiner sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen zu unterlassen. Im Lichte dessen wird die Frage zu klären sein, ob es gerechtfertigt ist, dass nur Medizinstudierende bzw (in Ausbildung stehende) Ärztinnen und Ärzte einer Tätigkeitsverpflichtung unterworfen würden. Hier geht es insb um die Frage, ob die Gleichheitswidrigkeit einer Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte nicht deswegen angenommen werden muss, weil dieses Instrument bei anderen Berufen nicht vorgesehen würde.

Zum zweiten enthält der Gleichheitsgrundsatz ein Privilegierungsverbot, was unter Anderem auch bedeutet, dass **Bildung unabhängig vom Vermögen offenstehen muss**. Daraus folgt, wie *Pöschl* nachgewiesen hat, dass der Zugang zu öffentlichen (!) Universitäten nicht von der eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit abhängen darf, was etwa bei der Befreiung von Studiengebühren (aber letztlich auch im Stipendienwesen) zu beachten ist.⁴³ Eine Arbeitsverpflichtung darf also nicht so ausgestaltet sein, dass sie besonders Menschen betrifft, die sich ihr aus finanziellen Gründen unterwerfen müssen, etwa weil sie sich für den Erhalt eines für die Durchführung eines Studiums unverzichtbaren Stipendiums zur späteren Tätigkeit im Beruf verpflichten müssen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

III. Der europarechtliche Rahmen

Aus unionsrechtlicher Sicht ist eine Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte ebenfalls **rechtfertigungsbedürftig**. Zwar obliegt den Mitgliedstaaten gem Art 168 Abs 7 AEUV die Zuständigkeit zur Organisation ihres nationalen Gesundheitssystems, dabei müssen sie sich

⁴³ *Pöschl*, Armut und Gleichheit, JRP 2016, 121 (131).

allerdings innerhalb des unionsrechtlich zulässigen Rahmens, etwa betreffend Grundfreiheiten oder Beihilferecht, bewegen.

In einem Urteil, das eine freiwillig (gegen die Bereitstellung eines sonst nicht verfügbaren zusätzlichen Ausbildungsplatzes) eingegangene Tätigkeitsverpflichtung im öffentlichen Gesundheitswesen der Provinz Bozen betraf, hielt der EuGH fest, dass eine solche Verpflichtung die Ausübung der Grundfreiheiten einschränke. Potenziell betroffen sind sowohl die Arbeitnehmerfreizügigkeit als auch die Niederlassungsfreiheit, da eine Tätigkeitsverpflichtung einen „verpflichteten“ Arzt sowohl von der Aufnahme einer sonstigen angestellten als auch freiberuflichen Tätigkeit abhalten könnte.⁴⁴ Es geht hier somit um die Rolle der Grundfreiheiten als „allgemeine Beschränkungsverbote“.

Allerdings hielt der EuGH – im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung auch zu anderen Beschränkungen der Freizügigkeit im Gesundheitswesen – fest, dass solche Beschränkungen dann zulässig sein könnten, wenn sie die (im öffentlichen Interesse liegenden) Ziele des Zugangs der Bevölkerung zu einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und für alle zugänglichen ärztlichen Versorgung verfolgen⁴⁵ und zur Erreichung dieser Ziele auch erforderlich sind,⁴⁶ dh keine gelinderen Maßnahmen möglich sind und die Zielerreichung in verhältnismäßiger Weise⁴⁷ erfolgt.

Bedenkt man nunmehr, dass der EuGH eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Grundfreiheiten schon bei einer **freiwillig eingegangenen Tätigkeitsverpflichtung** bejaht, so muss der Rechtfertigungsbedarf **umso höher ausfallen**, wenn diese Beschränkung gesetzlich gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet worden ist.⁴⁸ Jedenfalls muss eine solche Regelung diskriminierungsfrei ausgestaltet sein,⁴⁹ sie dürfte daher etwa **nicht an die**

⁴⁴ EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel ECLI:EU:C:2017:677 Rn 34 bis 36.

⁴⁵ EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel, ECLI:EU:C:2017:997 Rn 41, Rn 46.

⁴⁶ EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel, ECLI:EU:C:2017:997 Rn 47.

⁴⁷ Siehe dazu auch EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel, ECLI:EU:C:2017:997 Rn 50:

„Verhältnismäßigkeit“ der Höhe des zurückzuzahlenden Betrags für die aus Sicht der Provinz „frustrierte“ Ausbildung.

⁴⁸ Dies macht der EuGH in Rn 50 der Entscheidung C-419/16 Simma Federspiel auch deutlich, indem er die erfolgte Zustimmung der betroffenen Ärztin zur Tätigkeitsverpflichtung (und der bei ihrer Verletzung eintretenden Rückzahlungsverpflichtung) im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit hervorhebt.

⁴⁹ Vgl dazu die Feststellung des EuGH in C-419/16 Simma Federspiel, ECLI:EU:C:2017:997 Rn 39, dass die betroffene, primär wohl italienische Staatsbürger treffende, Maßnahme „ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ angewendet wurde. Auch österreichische Staatsbürgerinnen und Staatsbürger haben gegenüber dem Staat Österreich einen Anspruch auf Achtung ihres Rechts auf Freizügigkeit, dh Tätigkeitsaufnahme im Ausland.

Staatsbürgerschaft anknüpfen, sondern (bei Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern) an den Studien- bzw Ausbildungsort in Österreich.

IV. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass eine gesetzliche vorgesehene, ohne frei zu Stande gekommene Zustimmung eintretende, gesetzliche Tätigkeitsverpflichtung für Medizinstudierende und/oder Ärztinnen und Ärzte **einen Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte des Verbots der Zwangs- und Pflichtarbeit und der Erwerbsfreiheit darstellt.**

Die Beurteilung der Frage, ob dieser Eingriff unzulässig und damit eine Verletzung der genannten Grundrechte darstellt, läuft letztlich – auch beim Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit – auf eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** der gesetzlich angeordneten Tätigkeitsverpflichtung hinaus.

Ein weiteres potenziell betroffenes Grundrecht ist der Gleichheitsgrundsatz, und zwar einerseits in Hinblick auf die Frage darauf, ob eine Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte im Vergleich zu anderen Berufsgruppen, bei denen eine solche nicht vorgesehen ist, als zulässige Differenzierung zwischen Berufen angesehen werden kann. Andererseits soll der Gleichheitsgrundsatz wirtschaftlich benachteiligte Personen vor Nachteilen schützen, die besonders aus ihrem sozio-ökonomischen Status erwachsen. Das ist dann relevant, wenn eine Arbeitsverpflichtung nicht alle Ärzte / Studierende, sondern nur wirtschaftlich schlechter gestellte treffen würde.

Schließlich ist noch die unionsrechtliche Dimension zu beachten. Eine Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte berührt sowohl die Arbeitnehmerfreizügigkeit als auch die Niederlassungsfreiheit und bedarf daher ebenfalls einer Rechtfertigung, die letztlich erneut eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfordert.⁵⁰

Im Folgenden ist daher zu fragen, ob eine gesetzlich angeordnete Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen überhaupt zulässig ist und, falls dies zumindest teilweise zu bejahen ist, in welchem Ausmaß. Dabei ist den Schritten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu folgen: Es ist daher zu fragen, ob eine

⁵⁰ Vgl nur *Jaeger*, Einführung in das Europarecht⁴ (2023) 210: Regelungsziel und dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung; vgl auch nochmals EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 Simma Federspiel ECLI:EU:C:2017:677 Rn 47ff.

Tätigkeitsverpflichtung durch ein **öffentliches Interesse** geboten, zur **Zielerreichung geeignet, erforderlich** (dh das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellend) und **verhältnismäßig** (adäquat; Ziel-Mittel-Relation) wäre. Fällt einer dieser Prüfungsschritte negativ aus, läge eine verfassungswidrige gesetzliche Anordnung vor.

V. Anwendung der Vorgaben auf eine mögliche gesetzliche Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte

1. Öffentliches Interesse

Dass eine Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte im öffentlichen Gesundheitswesen dem öffentlichen Interesse an dessen möglichst problemlosen Funktionieren dient, steht als solches außer Zweifel.⁵¹ Auch der EuGH hat im bereits erwähnten Urteil *Simma Federspiel* anerkannt, dass eine - dort vertraglich vereinbarte – Tätigkeitsverpflichtung dem Ziel der Sicherung des Zugangs der Bevölkerung zu einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und für alle zugänglichen ärztlichen Versorgung dienen kann.⁵² Dass ein entsprechendes öffentliches Interesse vorliegt, bedeutet aber noch nicht, dass entsprechende gesetzliche Anordnungen auch verhältnismäßig sind. Daher ist in einem nächsten Schritt die Geeignetheit der Maßnahme zur Zielerreichung zu prüfen.

2. Geeignetheit

Die Geeignetheit einer Maßnahme zur Zielerreichung wird insb vom VfGH meist nur sehr grob im Sinne einer „Plausibilitätsprüfung“ untersucht. Somit wird die Geeignetheit nur bei offensichtlichen Problemen bejaht.⁵³

Tatsächlich bestehen bei einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte allerdings durchaus offensichtliche Bedenken, ob diese zur Erreichung der oben genannten Ziele geeignet ist.

⁵¹ Zum Gesundheitsschutz als öffentliches Interesse, das einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit zu rechtfertigen vermag, vgl nur *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg) Handbuch der Grundrechte VII/1 (Grundrechte in Österreich)² (2014) § 16 Rz 63.

⁵² EuGH 20. 12. 2017, C-419/16 *Simma Federspiel*, ECLI:EU:C:2017:997 Rn 41, Rn 46.

⁵³ Vgl nur *Kucsko-Stadlmayer*, Allgemeine Strukturen der Grundrechte in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg) Handbuch der Grundrechte VII/1 (Grundrechte in Österreich)² (2014) § 3 Rz 99f; speziell zur Erwerbsfreiheit *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg) Handbuch der Grundrechte VII/1 (Grundrechte in Österreich)² (2014) § 16 Rz 58.

Diese Zweifel entstehen vor dem Hintergrund, dass derzeit ein Ärztemangel nicht insgesamt besteht, sondern insb im **öffentlich finanzierten Gesundheitssystem**, und dort zusätzlich noch in bestimmten **Fächern** und vor allem in **bestimmten** – meist ländlichen - **Regionen**. Zugleich ist Europa aber zunehmend von einem generellen Arbeitskräftemangel betroffen, was auch zu einem entsprechenden Werben um potenzielle Arbeitskräfte führt.

Zum derzeitigen Zeitpunkt ist somit festzuhalten, dass es bei einer Tätigkeitsverpflichtung primär um eine „Lenkung“ von Ärzten zu bestimmten Tätigkeiten (im öffentlich finanzierten Gesundheitssystem, im stationären Bereich, in bestimmten Regionen) geht. Insb die zunehmende Beliebtheit der Tätigkeit als Wahlarzt erschwert die Rekrutierung bzw den Verbleib von Ärzten in diesen Bereichen, die offenbar als verhältnismäßig unattraktiv wahrgenommen werden.

Dieser „Ausgangspunkt“ lässt erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass eine Tätigkeitsverpflichtung für (bestimmte) Ärztinnen und Ärzte eine Lösung für diese Problematik bieten kann. Dabei ist insb zu bedenken, dass Ärztinnen und Ärzte ihre Ausbildung in Österreich derzeit **weitestgehend innerhalb des öffentlichen Gesundheitssystems absolvieren** (anerkannte Ausbildungsstätten gem den §§ 9, 10, 12, 12a und 13 ÄrzteG idF BGBl I 2023/17 sind regelmäßig Vertragspartner der Sozialversicherung) und somit jedenfalls einen bestimmten zeitlichen Anteil ihrer Tätigkeit, nämlich während der **Ausbildung**, jedenfalls diesem Teil des Gesundheitswesens zur Verfügung stehen. Mit fortschreitender Ausbildung können Turnusärztinnen und Turnusärzte auch zunehmend eigenständig arbeiten⁵⁴ und sind daher wertvolle „Stützen“ im System.

Derzeit sind grundsätzlich ausreichend Ärztinnen und Ärzte vorhanden, es besteht aber ein „Zuteilungsproblem“. Wird diesem durch eine – nicht freiwillig eingegangene – Tätigkeitsverpflichtung begegnet, besteht die reale Gefahr einer **abschreckenden Wirkung** gegenüber einem gewissen Teil an Personen, die eine ärztliche Tätigkeit als Berufswunsch in Betracht ziehen. Dies könnte – je nach Ausgestaltung eines solchen Systems (dazu sogleich) - die derzeit bestehende „Fehlplatzierung“ von Ärztinnen und Ärzten aus Sicht der öffentlichen Gesundheitsversorgung überhaupt **in Richtung eines teilweisen Ärztemangels jedenfalls in bestimmten Fächern verschärfen**, was erhebliche Zweifel an der „Geeignetheit“ des entsprechenden Grundrechtseingriffs hervorruft.

⁵⁴ Zur zunehmenden Selbständigkeit der unter „Aufsicht“ arbeitenden Turnusärztinnen und Turnusärzte vgl nur *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² (2018) 47ff.

- Besonders stark wird eine abschreckende Wirkung bei einer auf **bestimmte Fächer** und somit verhältnismäßig eng gefassten Tätigkeitsverpflichtung sein. Gerade Fächer, die bereits jetzt schon einen gewissen Mangel an Interessenten (jedenfalls in bestimmten „Einsatzbereichen“) aufweisen, könnten durch eine mit ihrer Ausübung verbundene Tätigkeitsverpflichtung weiter an **Attraktivität** für potenzielle Interessentinnen und Interessenten **verlieren** und damit einem verschärften Personalmangel unterworfen sein, der durch eine Arbeitsverpflichtung nicht mehr „ausgeglichen“ werden kann.
- Ob dies durch eine „Steuerung“ bei den Ausbildungsplätzen ausgeglichen werden kann, erscheint ebenso fraglich: Werden etwa Ausbildungsplätze in „unproblematischen Fächern“ gestrichen, um Personen in „Mangelfächer“ mit Arbeitsverpflichtung umzulenken, so könnte dies – wenn nicht alle Absolventinnen und Absolventen von einer Tätigkeitsverpflichtung grundsätzlich erfasst werden (dazu sogleich) – erstens nachteilige Auswirkungen auf die bisher unproblematischen Fächer haben und zweitens dazu führen, dass Personen mit einem Medizinstudium sich überhaupt nach alternativen Tätigkeiten, die keine weiterführende ärztliche Ausbildung erfordern, umsehen.
- Die naheliegende Reaktion auf solche „Ausweichbewegungen“ wäre es, einen **potenziell weiten Kreis von Personen zum Adressaten einer eventuellen Tätigkeitsverpflichtung** zu machen, welche dann aber nur „bei Bedarf“ hinsichtlich einzelner Fächer aktualisiert wird. Auch hiergegen bestehen **Bedenken aus zwei Gründen**:
 - Das erste Bedenken betrifft den – der Prüfung der Eignung einer grundrechtseingreifenden Maßnahme nachgelagerten – **Aspekt der Erforderlichkeit**, nach der das angestrebte im öffentliche Interesse liegende Ziel nur mit dem gelindesten, dh am wenigsten eingreifenden Mittel erreicht werden darf. Je mehr Personen potenziell von einer Tätigkeitsverpflichtung erfasst werden (und zwar insb „auf Verdacht“, mit dem Ziel, „Ausweichbewegungen“ zu verhindern), desto eher sieht sich eine solche Maßnahme dem **Vorwurf des „Überschießens“** und damit des Überschreitens des gelindesten Mittels ausgesetzt. MaW: Die Erweiterung des Kreises der betroffenen Personen unter dem Gesichtspunkt der „Geeignetheit“ der Maßnahme **konfligiert** mit dem Gesichtspunkt der „Erforderlichkeit“ der Maßnahme, was ein besonders sorgfältiges Ausbalancieren erfordert, wenn es um die Festlegung des von einer Tätigkeitsverpflichtung erfassten Kreises

(Medizinstudierende, alle Ärztinnen/Ärzte, nur Angehörige bestimmter Fächer) geht.

- Ein zweites Bedenken betrifft eine weite Abgrenzung der von einer Tätigkeitsverpflichtung erfassten Personen. Je weiter dieser Kreis gefasst wird, desto stärker könnten sich allfällige **Ausweichbewegungen zu Lasten des ärztlichen Berufs oder auch anderer Tätigkeiten mit dem Berufszugangserfordernis eines Medizinstudiums** auswirken. Würden etwa alle Absolventen des Studiums der Humanmedizin von einer potenziellen Tätigkeitsverpflichtung erfasst, käme dies einem Zwang zur Absolvierung einer ärztlichen Ausbildung nach dem Studium gleich. Personen, die das Studium der Humanmedizin daher mit einem anderem Ziel als einer ärztlichen Tätigkeit aufnehmen (zB reine Forschung in der Wissenschaft oder im Pharmabereich), würden vermutlich ein anderes Studium wählen. Dies wird freilich nur relativ wenige Personen betreffen. Sehr wohl aber wird eine Tätigkeitsverpflichtung sowohl für Absolventen eines Medizinstudiums als auch für Ärztinnen und Ärzte dazu führen, dass manche Personen den ärztlichen Beruf wegen einer ungewissen späteren Tätigkeitsverpflichtung („aktiviert“ werden könnte eine solche ja jedenfalls nur dort, wo Bedarf besteht) überhaupt nicht wählen, was zu einem Rückgang der Absolventen des Studiums der Humanmedizin zu Gunsten anderer Berufsausbildungen beitragen könnte. Dies erscheint auf den ersten Blick angesichts der derzeit großen Anzahl an Bewerberinnen und Bewerbern um dieses Studium wenig naheliegend, ist aber im Kontext einer zunehmenden Anzahl von – gerade auch akademisch ausgebildeten – „Mangelberufen“ zu sehen, deren Attraktivität deutlich von den angebotenen Arbeitsbedingungen beeinflusst wird. Eine insgesamt als unattraktiv wahrgenommene Ausgestaltung des ärztlichen Berufs etwa auf Grund einer potenziellen Tätigkeitsverpflichtung (wobei eine bei Aufnahme der Ausbildung bestehende Unklarheit darüber, wer von einer solchen letztlich überhaupt betroffen sein dürfte, auch wenig hilfreich sein könnte) könnte somit durchaus zu einer Verdrängung von Interessentinnen und Interessenten hin zu anderen Ausbildungen führen.
- Schließlich ist im größeren Kontext eines entstehenden Mangels an qualifizierten Arbeitskräften vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes auch ein weiterer Aspekt der Eignung einer „Tätigkeitsverpflichtung“ für Ärztinnen und Ärzte zu beleuchten. Es geht dabei um die Frage, ob es sachlich gerechtfertigt ist, **speziell**

Angehörige des ärztlichen Berufs einer solchen Einschränkung ihrer grundrechtlich geschützten Sphäre zu unterwerfen. Nun ist es zweifellos so, dass die Erbringung ärztlicher Dienstleistungen, insb im Rahmen eines öffentlich finanzierten Gesundheitssystems, von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung zur Wahrung der öffentlichen Gesundheit ist. Zudem sind gerade staatlich bereitgestellte Studien- und Ausbildungsplätze im Medizinbereich im Vergleich zu anderen Studien besonders teuer (worauf noch zurückzukommen sein wird). Andererseits gibt es auch diverse andere Berufe von erheblicher gesamtgesellschaftlicher Bedeutung, bei denen die Personalsituation sich ebenfalls bereits teilweise zugespitzt hat.

- Hier sind ebenfalls im medizinischen Bereich vor allem die **Pflegeberufe** nach dem GuKG zu nennen. Auch hier gibt es sowohl im intra- als auch im extramuralen Bereich regelmäßig eine Personalknappheit. Da zahlreiche medizinische Behandlungen das Zusammenwirken von ärztlichen und pflegerischen Leistungen erfordern, ist der Bedarf nach Pflegepersonal und das öffentliche Interesse an dessen Verfügbarkeit im (öffentlich finanzierten) Gesundheitssystem durchaus der Situation bei Ärztinnen und Ärzten vergleichbar. Auch hier könnte man somit mit einer Tätigkeitsverpflichtung zur Absicherung des öffentlichen Gesundheitssystems argumentieren (tatsächlich gab es auch in diesem Bereich schon freiwillige Stipendienmodelle mit Arbeitsverpflichtungen, die allerdings tw wieder aufgehoben wurden). Bei der Festlegung des Ausmaßes einer solchen Verpflichtung wären einerseits die im Vergleich zu Ärztinnen und Ärzten geringeren Ausbildungskosten und die geringere Entlohnung der Pflegeberufe zu beachten, umgekehrt aber auch die deutlich längere, ohnehin weitgehend im öffentlichen Gesundheitswesen zugebrachte Ausbildungszeit von Ärztinnen und Ärzten (dem sie während dieser Zeit daher zur Verfügung stehen müssen, wenn sie ihre Ausbildung im Inland abschließen möchten). Trotz dieser insgesamt durchaus vergleichbaren Rahmenbedingungen ist bisher nach Wahrnehmung des Gutachters die Idee einer Tätigkeitsverpflichtung für Pflegekräfte – im Gegensatz zu Ärztinnen und Ärzten – nicht politisch laziert worden.
- Auch in anderen **gesellschaftlich wichtigen Bereichen** wie etwa der Schule (und auch der Kleinkinderbetreuung) oder auch Teilen der öffentlichen Verwaltung macht sich, nicht nur in Österreich, zunehmend Personalmangel bemerkbar. Auch dies kann mittelfristig gesellschaftlich sehr gravierende

Auswirkungen zeigen. Ursache der Probleme sind auch hier – wie offenbar beim ärztlichen Beruf – die gebotenen Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnung, was bei Lehrpersonal insb in Grenznähe oft zur Annahme von Arbeitsstellen in besser zahlenden Gliedstaaten deutschsprachiger Nachbarstaaten Österreichs führt. Auch hier wird jedoch eine unfreiwillig einzugehende Tätigkeitsverpflichtung nicht erwogen. Diesbezüglich liegt auf den ersten Blick der Schluss nahe, dass die ärztliche Ausbildung wesentlich mehr kostet als eine pädagogische Ausbildung. Dem ist jedoch erneut die Feststellung entgegenzuhalten, dass Ärztinnen und Ärzte im Rahmen ihrer Ausbildung längere Zeit im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen arbeiten müssen, um ihre Ausbildung abschließen zu können. Richtigerweise geht es aber hier um eine andere, **grundsätzliche Themenstellung: Das Instrument der Tätigkeitsverpflichtung ist kein geeignetes Mittel zur umfassenden Bewältigung eines große Teile des Arbeitsmarkts erfassenden Arbeitskräftemangels.** Tätigkeitsverpflichtungen werden dort als ultima ratio zulässig sein, wo dies entweder zur vorübergehenden Abdeckung eines Engpasses dient oder die äußeren Rahmenbedingungen zu einem „Marktversagen“ führen: Es ist kein Zufall, dass der „leading case“ zur einer Arbeitsverpflichtung von (Zahn-)Ärzten deren Tätigkeit in Nordnorwegen betraf und somit in einem Gebiet, wo die Reisezeiten zum nächsten Ballungsraum mit den geografischen Gegebenheiten in Österreich (bzw Mitteleuropa) kaum vergleichbar sind. Im EuGH-Verfahren Simma Federspiel erwies sich als Hauptargument für die (auf freiwilliger Verpflichtung beruhende) „Stipendienlösung“ des Landes Südtirol vor allem die geforderte Zweisprachigkeit von ärztlichem Personal in dieser Provinz, welche eine Anwerbung von ortsfremdem ärztlichem Personal erschwert. Probleme der Verfügbarkeit medizinischen Personals durch umfassende Berufsbindungen und Arbeitsverpflichtungen zu lösen, steht mit der einleitend geschilderten grundsätzlich marktwirtschaftlichen System der österreichischen Bundesverfassung im Widerspruch und ist schon deshalb nicht zur Zielerreichung geeignet. **Je mehr gesellschaftlich essentielle Berufe von einem gesamten oder regionalen/branchenbezogenen Personalmangel betroffen sind, desto schwererer ist es, eine Sonderstellung der Ärztinnen Ärzte und die daraus resultierende Zulässigkeit einer Arbeitsverpflichtung**

im öffentlichen Gesundheitswesen aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes überzeugend zu argumentieren.

- Nicht zuletzt sei auch aus unionsrechtlicher Sicht betont, dass der EuGH zwar, wie der Fall Simma Federspiel (und zahlreiche andere Fälle zum Gesundheitswesen, zB die Österreich betreffenden Fälle Hartlauer⁵⁵ oder Sokoll-Seebacher⁵⁶) zeigt, Einschränkungen der Grundfreiheiten im Interesse der Aufrechterhaltung eines öffentlich finanzierten Gesundheitssystems akzeptiert, dass aber die Freizügigkeit der Arbeitnehmer bzw der Selbständigen Kernelemente des europäischen Binnenmarktes sind. Auch hier ist daher zu folgern, dass Tätigkeitsverpflichtungen, die zur Bindung an ein nationales System führen, höchstens punktuell als geeignetes Instrument zur Erreichung dieses Ziels gewertet werden könnten. **Eine umfassende Anwendung in einem Europa, das nicht nur bei Ärztinnen und Ärzten um Fachkräfte kämpft, käme auch hier – wie schon auf verfassungsrechtlicher Ebene - nicht in Betracht.** Jedenfalls müsste eine Tätigkeitsverpflichtung unabhängig von der Nationalität, dh durch Anknüpfen an ein Studium bzw eine ärztliche Ausbildung in Österreich, angewendet werden. Auch wenn Österreich derzeit eher durch zu viele ausländische Medizinstudierende herausgefordert wird, sollte nicht übersehen werden, dass eine Tätigkeitsverpflichtung auch dazu führen könnte, dass ausländische Bewerberinnen und Bewerber Österreich erst recht deswegen als Studien- oder Ausbildungsort ausschließen, weil sie diese Tätigkeitsverpflichtung vermeiden wollen. Auch diese mögliche Konsequenz wäre daher vom Gesetzgeber zu bedenken.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, **dass bereits auf Stufe der Geeignetheit offensichtliche Bedenken gegen den Einsatz von Tätigkeitsverpflichtungen bestehen**, jedenfalls, sofern sie über eine vorübergehende Abdeckung von Engpässen bzw die Bewältigung eines nicht durch andere Mittel vermeidbaren (dazu beim Punkt der Erforderlichkeit) Marktversagens hinausgehen. Für den flächendeckenden Einsatz zur Stützung des öffentlich finanzierten Gesundheitswesens sind sie nicht nur angesichts einer **grundsätzlich marktwirtschaftlichen Grundausrichtung** des österreichischen Wirtschaftssystems **ungeeignet**, die mit ihnen verbundenen potenziell abschreckenden Wirkungen auf Interessenten für den ärztlichen Beruf werden umso stärker zu erwarten sein, als ein allgemeiner

⁵⁵ EuGH 10. 3. 2009, C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:2009:141.

⁵⁶ EuGH 13. 2. 2014, C-367/12 Sokoll-Seebacher, ECLI:EU:C:2014:68.

Mangel an Arbeitskräften in vielen gesellschaftlich relevanten Bereichen zu einem Wettbewerb um Arbeitskräfte führt, der regelmäßig zum Anbieten vorteilhafter Arbeitsbedingungen (statt Tätigkeitsverpflichtungen) führen wird.

Wie bereits einleitend erwähnt, ist der VfGH bei der Prüfung der Geeignetheit eines Grundrechtseingriffs zur Zielerreichung eher großzügig, so dass nicht davon auszugehen ist, dass die Zulässigkeit einer Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte – trotz der aufgezeigten ernststen Bedenken – schon auf dieser Ebene der Zulässigkeitsprüfung scheitern würde. Der VfGH hat allerdings im Zusammenhang mit der Covid-Krise deutlich gemacht, dass die Geeignetheit einer Maßnahme nach Maßgabe des verfügbaren Wissenstandes, auch unter Berücksichtigung einer allfälligen Dringlichkeit, zu beurteilen ist.⁵⁷ **Dementsprechend wird vom Gesetzgeber vor Einführung einer Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte jedenfalls zu verlangen sein, dass er die mögliche Problematik der fehlenden Eignung wegen „abschreckender Effekte“ einer solchen Maßnahme ernsthaft prüft.** Dies gebietet sich auch vor dem Hintergrund, dass ein Eintreten solcher Effekte Folgen haben könnte, deren Beseitigung kurzfristig nicht mehr möglich ist, da Personen, die zur Vermeidung einer ärztlichen Tätigkeitsverpflichtung eine andere Ausbildung bzw Tätigkeit aufnehmen, kaum mehr für den Ärzteberuf „zurückgewinnbar“ wären.

Als entscheidender Prüfungsschritt für die Zulässigkeit einer Tätigkeitsverpflichtung wird sich letztlich die Erforderlichkeit erweisen, dh die Frage, ob eine nicht freiwillig eingegangene Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte wirklich das „gelindeste“, dh am wenigsten in deren Grundrechte eingreifende, Mittel zur Erreichung des Ziels einer ausreichenden „Behaltequote“ von Ärztinnen und Ärzten im öffentlich finanzierten Gesundheitssystem sein kann.

3. Erforderlichkeit (gelindestes Mittel)

Sowohl bei einer verfassungsrechtlichen als auch bei einer unionsrechtlichen Eingriffsprüfung spielt die **Erforderlichkeit der eingreifenden Maßnahme, dh die Frage, ob sie das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellt**, eine entscheidende Rolle.⁵⁸ Dies ist auch im

⁵⁷ Vgl für diese zu Verordnungen ergangene Rsp, die allerdings für Grundrechtseingriffe generell von Bedeutung ist, zB 3. 3. 2022, V 231/2021, Rz 52, Rz 58ff; 17. 3. 2022, V 294/2021, Rz 65 ff, Rz 73, Rz. 78 ff; 29. 4. 2022, V 23/2022, Rz 27f, Rz 37 ff.

⁵⁸ Darauf, dass der VfGH die Prüfung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit oft nur unscharf voneinander trennt, weist etwa *Grabenwarter*, Gesamtvertrag und Grundrechte – Vertragsbedienstete der AKh Linz GmbH, in *Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Medizinrechtskongress 2010 (2011) 65 (85) hin; auch *Korinek*, 21

Kontext einer unfreiwillig einzugehenden Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte der Fall. Hier zeigt sich nämlich sehr klar, dass es **deutlich weniger eingreifende Mittel** gibt,⁵⁹ um die derzeit offenbar für viele fehlende Attraktivität des öffentlich finanzierten Gesundheitssystems in Österreich auszugleichen. Ergänzend ist festzuhalten, dass unter dem Gesichtspunkt, nur den gelindesten Eingriff zu wählen, sich weiters sehr klare **Beschränkungen für die Ausgestaltung einer allfälligen Tätigkeitsverpflichtung** ergeben, die den möglichen Einsatz dieses Instruments – so man ihn überhaupt für zulässig hält – deutlich beschränken.

Insbesondere ist bei der Prüfung der Erforderlichkeit daran zu erinnern, dass eine ärztliche Tätigkeitsverpflichtung nicht nur „Nebenaspekte“ einer ansich freien Tätigkeit beträfe,⁶⁰ sondern für sich schon in den **Kern der gesamten beruflichen Tätigkeit**, die zur Gänze verpflichtend erfolgen müsste, eingreift. Schon dies lässt die Erforderlichkeit der Maßnahme fraglich erscheinen.

In einem ersten Schritt soll es somit um die **Zulässigkeit einer Tätigkeitsverpflichtung überhaupt** gehen. Diese soll, wie erwähnt, dem – zulässigen – Ziel dienen, durch das „Halten“ von Ärztinnen bzw Ärzten im öffentlichen Gesundheitswesen bzw an bestimmten Orten / Funktionen in demselben dessen möglichst problemloses und finanziell leistbares Funktionieren zu Gunsten der Patientinnen und Patienten zu sichern. Die entscheidende Frage ist, ob dieses Ziel nicht auch durch andere Mittel als eine unfreiwillige Tätigkeitsverpflichtung erreicht werden kann.

- Eine entscheidende Frage ist, ob die **Attraktivität der Arbeitsbedingungen** im öffentlichen Gesundheitswesen – unter Beachtung der Finanzierbarkeit des Systems – weiter ausgebaut werden kann. Dabei sind auch die von zahlreichen Expertinnen und Experten schon lange geforderten Strukturverbesserungen, insb an den Schnittstellen zwischen den verschiedenen Bereichen (zB Entlastung der Spitalsambulanzen), ein wichtiges Thema, wobei die bisher gesetzten Schritte sich tw noch nicht als ausreichend erwiesen haben. Der Gesetzgeber wird nachweisen müssen, dass entsprechende Schritte

Wirtschaftliche Freiheiten in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg) Handbuch der Grundrechte VII/1 (Grundrechte in Österreich)² (2014) § 16 Rz 60 hebt hervor, dass für den VfGH dieser Prüfungsschritt einen Teilschritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Adäquanztprüfung) darstellt.

⁵⁹ Vgl auch allgemein zur Erwerbsfreiheit *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1561: Verfassungswidrigkeit bei Vorhandensein von „eindeutig ‚milderer‘ Mitteln“ zu bejahen.

⁶⁰ Vgl dazu nochmals *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 73 (20. Lfg 2016): Keine Pflichtarbeit, wenn nur „unerheblicher Teil der gesamten Arbeit des Verpflichteten“ betroffen.

(gerade auch zwischen Bund und Ländern) auch gesetzt wurden, bevor zum Mittel einer Tätigkeitsverpflichtung gegriffen wird. Wie derartige Attraktivierungsmaßnahmen aussehen könnten, ist keine in einem rechtswissenschaftlichen Gutachten zu klärende Frage, sondern insb von Krankenanstaltenträgern und Sozialversicherungsträgern gemeinsam mit den finanzierenden Bundes- und Landesorganen zu klären. So haben etwa einzelne Bundesländer Ärztegehälter im Spitalsbereich angehoben. Wenn dies Erfolg zeigt und auch finanziell (budgetär) darstellbar ist, wäre dies bereits ein klares Zeichen, dass hier eine insoweit gelindere Alternative zu einer Tätigkeitsverpflichtung vorliegt. Auch eine derzeit geplante Veränderung des Zugangssystems zu Gruppenpraxen wäre im Falle eines Erfolgs, dh einer verstärkten Etablierung von Gruppenpraxen, ein Argument gegen eine Tätigkeitsverpflichtung. Ebenso könnte das Entlohnungssystem für Kassenvertragsärzte dahin geändert werden, dass etwa Honorardeckelungen und Limitierungen, die sich gerade bei einer großen Zahl von betreuten Patienten nachteilig auswirken können,⁶¹ reduziert werden.

- Der Wahlarztbereich ist für Ärztinnen und Ärzte auch deswegen attraktiv, weil Patientinnen und Patienten bereit sind, eigene Mittel zur Inanspruchnahme eines Wahlarztes aufzuwenden und daher eine ausreichende Nachfrage nach Wahlarztleistungen besteht. Allfällige Änderungen der Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung durch Wahlärzte – etwa hinsichtlich der **Kostenerstattungsregelung** des § 131 ASVG⁶² - welche die Attraktivität der Tätigkeit als Wahlarzt reduzieren und daher die Alternative der Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen aufwerten, wären ebenso als „gelindere Mittel“ zu einer Tätigkeitsverpflichtung im öffentlichen Gesundheitswesen anzusehen. Zum einen würde dies den Ärztinnen und Ärzten die Wahlfreiheit, wo sie tätig werden wollen, belassen, zum anderen aber den sozialversicherten Patientinnen und Patienten bei entsprechend ausreichender Sicherstellung von (zusätzlichen) kassenvertraglichen Kapazitäten keine Verschlechterung der Versorgung bringen. Letzteres ist auch ein Punkt, auf den in der Fachliteratur aufmerksam gemacht wird: Bei Änderungen im Wahlarztsystem ist auch deren Beitrag zur (Mit-)Versorgung sozialversicherter Patienten mitzubedenken, um eine Verschlechterung der Patientenversorgung zu

⁶¹ Das ändert nichts an ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit (vgl zB *Neumayr*, Zulässigkeit von Limitierungen und Verrechnungsbeschränkungen im Kassenvertrag, RdM 2014, 244 mwN), aber es stehen ihrer Abschaffung bzw Beschränkung (bei Beachtung der Vorgaben der Wirtschaftlichkeit durch die Sozialversicherungsträger) auch keine grundsätzlichen rechtlichen Hindernisse entgegen.

⁶² Zu dieser Thematik eingehend mit Diskussion der vertretenen Ansichten insb *Auer-Mayer*, Verfassungsrechtliche Fragen der Kostenerstattung nach § 131 ASVG, FS Marhold (2020) 265.

begrenzen.⁶³ Auch im Bereich des PRIKRAF im **Krankenanstaltenbereich** sind Änderungen des Systems als „gelindere Mittel“ möglich.

- Generell ist zu beachten, dass als ein wesentliches Argument für eine Tätigkeitsverpflichtung die **hohen Kosten der ärztlichen Ausbildung** genannt werden. Abgesehen vom schon erwähnten Argument, dass im Gegenzug Ärztinnen und Ärzte in Ausbildung dem öffentlich finanzierten Gesundheitswesen während dieser Zeit zur Verfügung stehen, ist hier nun zu beachten, dass es durchaus **alternative Modelle** zu einer unmittelbaren Tätigkeitsverpflichtung gibt, mit denen weniger eingriffsintensiv, dh mit gelinderen Mitteln, eine Motivation zur Tätigkeit im öffentlich finanzierten Gesundheitssystem geschaffen werden kann. So wäre es etwa vorstellbar, besonders teure Studienplätze (somit nicht nur solche in der [Human-]medizin) mit einer neugestalteten Studiengebühr in Form eines „**staatlichen Studierendenkredits**“ zu koppeln. So könnte etwa für das Medizinstudium eine vorfinanzierte, aber zurückzahlende Studiengebühr vorgesehen werden, die – unter Berücksichtigung von nicht rückzahlenden sozialen Stipendienanteilen – von Personen nach Absolvierung des Medizinstudiums aus ihren Einkünften aus ärztlicher Tätigkeit (bzw vergleichbaren Tätigkeiten) zurückgezahlt werden müsste. Hier könnte nun für Tätigkeitszeiten im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen eine Reduktion bzw ein Entfall der Studiengebühren vorgesehen werden. Dies entspricht in Ansätzen dem „Südtiroler Modell“, hätte aber den Vorteil, dass **keine unbedingte Tätigkeitsverpflichtung** bestünde, sondern eine – durch finanzielle Zwänge freilich eingeschränkte – Wahlfreiheit, die letztlich auch eine Tätigkeit im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen attraktiver machen würde.
- Schließlich ist etwa in Deutschland mit der sogenannten „**Landarztquote**“ ein weiteres Modell verwirklicht worden, das ebenfalls bei den Ausbildungsplätzen ansetzt. In diesem Modell wird eine bestimmte Anzahl der begrenzten Studienplätze für Personen „reserviert“, die sich bereit erklären, nach ihrer Ausbildung in bestimmten Tätigkeiten im öffentlichen Gesundheitswesen tätig zu werden. Auch dies ähnelt dem Südtiroler Modell insoweit, als diese Verpflichtung (und der dafür erhaltene Studienplatz) auf einer

⁶³ Auf die Thematik der Sicherstellung einer ausreichenden Sachleistungsversorgung weist vor allem *Auer-Mayer*, Verfassungsrechtliche Fragen der Kostenerstattung nach § 131 ASVG, FS Marhold (2020) 265 (274f) hin.

freiwilligen Entscheidung beruht. Dementsprechend ist dieses Modell in Deutschland bislang als verfassungsrechtlich zulässig eingestuft worden.⁶⁴

Festzuhalten ist daher, dass es zu einer unbedingten Tätigkeitsverpflichtung eine **Reihe von Alternativen** gibt, die sich im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als **gelindere Mittel** darstellen. Sind aber solche Mittel vorhanden, sind sie zuerst zu ergreifen, ein Rückgriff auf den „stärkeren“ Grundrechtseingriff wäre dann unverhältnismäßig. **Somit scheitert die Möglichkeit einer unfreiwillig eingegangenen Tätigkeitsverpflichtung im Wesentlichen auf dieser Prüfungsstufe auf Grund ausreichend vorhandener und weniger eingriffsintensiver Modelle zur Attraktivierung des öffentlich finanzierten Gesundheitswesens**, deren Möglichkeiten bislang noch nicht ausgeschöpft wurden.

Mangels Erforderlichkeit der besonders eingriffsintensiven Maßnahme der Tätigkeitsverpflichtung wäre eine solche nicht nur verfassungswidrig, sondern auch unionsrechtswidrig.

Dennoch soll in einem zweiten Schritt ergänzend darauf hingewiesen werden, das sich selbst dann, wenn man – entgegen dem soeben dargestellten – davon ausginge, dass eine gesetzliche Tätigkeitsverpflichtung für Ärzte zulässig wäre, sich aus dem Gebot des gelindesten Mittels weitere **deutliche Einschränkungen bei ihrer Ausgestaltung** ergeben würden:

- Dies betrifft zuallererst die **Dauer** einer solchen Tätigkeitsverpflichtung, die nicht über das hinausgehen dürfe, was zur Sicherstellung der Funktion des öffentlichen Gesundheitswesens unvermeidbar ist. In der politischen Diskussion genannte Zeiträume von bis zu zehn Jahren sind vor diesem Hintergrund als klar unverhältnismäßig einzustufen, da sie weit über dem Zeitraum liegen dürften, der bei gleichmäßiger Verteilung auf alle in Frage kommenden Personen von einzelnen Ärztinnen und Ärzten zum Zweck der Sicherstellung der öffentlichen Versorgung erbracht werden müsste. Auch die unter anderen Vorzeichen stehende norwegische Regelung im Fall Iversen, bei der es tatsächlich um örtlich völlig abgelegene Gegenden ging, deren Versorgung anderwertig kaum sicherzustellen war, betrug zwei Jahre. Auch im „Südtiroler“ Fall Simma Federspiel, in dem die Verpflichtung freiwillig eingegangen wurde, betrug diese maximal fünf Jahre innerhalb eines (Bereitschafts-)Zeitraums von zehn Jahren. Schließlich ist nochmals auf die einleitend bereits erwähnten Bestimmungen des § 20

⁶⁴ Vgl dazu (mit weiteren Nachweisen) den online open access abrufbaren Beitrag von *Bidmon/Büscher/Wiese*, Die Landarztquotenregelungen der Länder – Aktuelle Bestandsaufnahme Gesundheitsrecht.blog Nr. 17, 2023; abrufbar unter <https://gesundheitsrecht.blog/die-landarztquotenregelungen-der-laender/>

Angestelltengesetz (AngG) und des § 2d Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz (AVRAG) hinzuweisen, die auch für freiwillig eingegangene vertragliche Bindungen an einen Arbeitgeber bzw für den Ausbildungskostenrückerersatz deutlich unter zehn Jahren liegende Obergrenzen vorsehen und damit grundrechtliche Vorgaben auch im privaten Arbeitsverhältnis umsetzen. Bei einer unfreiwillig eingegangenen Tätigkeitsverpflichtung muss die verfassungsrechtlich zulässige Obergrenze daher **jedenfalls niedriger** anzusetzen sein.

- Bei der Ausgestaltung der „**Bindungsdauer**“ wird auch darauf zu achten sein, dass es zu keiner Diskriminierung von (insb: weiblichen) Ärztinnen und Ärzten kommt, die wegen Karenz, Kindererziehung oder Pflege von Angehörigen eine Pflichttätigkeit unterbrechen müssen oder Teilzeit arbeiten. Dies darf nicht dazu führen, dass diese Personen deutlich länger als andere der Tätigkeitsverpflichtung unterworfen bleiben. Hier bestünde sonst das Risiko, dass die Tätigkeitsverpflichtung sich zum Nachteil von Personen mit Familie und insb von Frauen auswirkt, was zu einer mittelbaren Diskriminierung nach Elternschaft bzw Geschlecht führen könnte. Die stünde in einem erheblichen Spannungsverhältnis zum Gebot der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau in Art 7 Abs 2 B-VG und müsste daher bei der Planung eines „Tätigkeitsverpflichtungsmodells“ entsprechend berücksichtigt werden.⁶⁵
- Auch der mögliche „**Bereitschaftszeitraum**“, innerhalb dessen eine mögliche Tätigkeitsverpflichtung „aktualisiert“ werden könnte, muss gerade bei einer nicht freiwillig eingegangenen Verpflichtung entsprechend begrenzt bleiben, da dieser für eine Ärztin bzw einen Arzt sonst auch noch Jahre nach der absolvierten Ausbildung zu einem überraschenden Zeitpunkt eintreten könnte, wenn bereits ganz andere Lebenspläne, vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht, entworfen wurden. Dabei erscheint eine Verpflichtung zur Aufnahme einer Tätigkeit unmittelbar nach der Ausbildung verhältnismäßig weniger in Grundrechte eingreifend als eine solche, die auch noch Jahre später aktualisiert werden kann. Eine solche kann zum einen abschreckend wirken, da sich eine Ärztin bzw ein Arzt die Einrichtung einer Praxis außerhalb des Kassenarztsystems gut überlegen wird, wenn er oder sie Jahre später zum Wechsel auf

⁶⁵ Hinzuweisen ist aber darauf, dass bei „privatrechtlicher“ Bindung zum Ausbildungskostenrückerersatz nach § 2d AVRAG Karenzzeiten nicht berücksichtigt werden, da diesfalls für den Arbeitgeber keine Möglichkeit zur „Amortisation der Ausbildungskosten“ besteht (*Binder/Mair*, in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2d Rz 35 (rdb.at; Stand 1. 1. 2017)). Bei einer unfreiwillig eingegangenen gesetzlichen Verpflichtung ist dies in Hinblick auf Art 7 Abs 2 B-VG und die darin enthaltene Bindung des Staates an die Verwirklichung der faktischen Gleichstellung von Männern und Frauen fraglich.

eine Kassenplanstelle oder in eine Krankenanstalt verpflichtet werden könnte. Zum anderen könnte eine solche „Aktualisierung“ für die betroffene Person den Verlust von Investitionen bedeuten, wenn etwa eine bereits bestehende Praxis geschlossen werden muss. Je eher ein Modell zu solchen Ergebnissen führen kann, desto unverhältnismäßiger wird es einzustufen sein.

- Auch bei der **örtlichen Bindung einer Person** gilt das Gebot des gelindesten Mittels. Es wird somit ein System zu wählen sein, bei der die verpflichtende Tätigkeit in einem angemessenen Abstand zum Ausbildungsort bzw dem Wohnort bei Ende der Ausbildung stattfindet. So ist es aus Sicht der Verhältnismäßigkeit akzeptabler, im Rheintal wohnende Ärztinnen und Ärzte im Bregenzerwald bzw Montafon einzusetzen als solche aus Wien oder dem Burgenland. Auch wird mit der Tätigkeitsverpflichtung das Gebot einer Bereitstellung **leistbaren Wohnraums** (während der Dauer der Tätigkeitsverpflichtung) einhergehen müssen, um unverhältnismäßige Belastungen zu vermeiden.
- Schließlich wurde bereits erwähnt, dass die „Erforderlichkeit“ es gebietet, eine Tätigkeitsverpflichtung auf die **Fächer** (einschließlich Allgemeinmedizin) zu begrenzen, in denen tatsächlich ein nicht anders abdeckbarer Bedarf nach ärztlichem Personal an bestimmten Orten bzw in bestimmten Funktionen besteht. Gerade dies steht aber, wie ebenfalls bereits ausgeführt, in einem **Spannungsverhältnis zur Eignung der Maßnahme**, da eine zu enge Begrenzung auf wenige Fächer Verdrängungseffekte nach sich ziehen könnte, was dann wieder eine zumindest potenziell weitere Erfassung von Fächern erforderlich machen könnte. Eine vermittelnde Lösung zwischen diesen Anforderungen wird sich als äußerst schwierig verwirklichtbar darstellen.
- Auch bei der Wahl zwischen einer Tätigkeitsverpflichtung für alle Personen, die ein Medizinstudium absolviert haben – was letztlich einer Ausbildungsverpflichtung gleichkäme – und einer solchen für alle Personen, die eine (bestimmte) ärztliche Ausbildung absolviert haben, erweist sich die zweite Option als deutlich weniger eingreifend, belässt sie doch Absolventinnen und Absolventen des Medizinstudiums die Möglichkeit, eine andere als die ärztliche Tätigkeit auszuüben und damit keiner Tätigkeitsverpflichtung zu unterliegen.
- Bereits hingewiesen wurde auch darauf, dass ein Modell einer Tätigkeitsverpflichtung jedenfalls nicht so ausgestaltet sein darf, dass es besonders Menschen betrifft, die sich ihm aus **finanziellen Gründen unterwerfen müssen**, etwa weil sie sich für den Erhalt eines für die Durchführung eines Studiums unverzichtbaren Stipendiums zur späteren

Tätigkeit im Beruf verpflichten müssen. Der Teil eines Stipendiums oder einer Studienplatzfinanzierung, der aus sozialer Bedürftigkeit gewährt wird, darf daher nicht mit der Tätigkeitsverpflichtung als solcher verknüpft werden. Vielmehr wäre darauf zu achten, dass eine Tätigkeitsverpflichtung so ausgestaltet ist, dass sie alle in Frage kommenden Personen unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Fähigkeit zur Finanzierung eines Medizinstudiums trifft.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass auf Ebene der Erforderlichkeit („gelindestes Mittel“) grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer (nicht freiwillig eingegangenen) Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte bestehen, da sich mehrere Alternativen zu einem solchen Modell anbieten, die weniger in die grundrechtlich geschützte Sphäre (insb Verbot der Pflichtarbeit, Erwerbsfreiheit) der betroffenen Personen eingreifen. Damit ist diesen vor einer Tätigkeitsverpflichtung Vorrang zu geben, womit die Zulässigkeit eines Modells einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung aus grundrechtlicher Sicht schon grundsätzlich zu verneinen ist. Sie stellt sich somit als verfassungs- und unionsrechtswidrig dar.

Auch bei einer anderen Beurteilung würde das Gebot des „gelindesten Mittels“ es jedenfalls gebieten, ein Modell einer Tätigkeitsverpflichtung möglichst wenig eingreifend auszugestalten.

4. Verhältnismäßigkeit

Als letzter Schritt der Grundrechtsprüfung und auch der Prüfung der Beschränkung einer Grundfreiheit wird eine sog Adäquanzprüfung (Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) durchgeführt, bei der es darum geht, die mit der Maßnahme angestrebten öffentlichen Interessen gegen das Gewicht der beeinträchtigten Freiheiten abgewogen werden.⁶⁶ Diese Prüfung ist hier zum einen schon deswegen nicht durchzuführen, weil bereits auf Ebene der Erforderlichkeit gezeigt wurde, dass es weniger eingriffsintensive Alternativen zu einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung gibt. Zum anderen würde sie die Kenntnis von einem konkreten Modell einer solchen Tätigkeitsverpflichtung erfordern.

⁶⁶ Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1307.

VI. Ergebnis

Die Ergebnisse dieses Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen

- Eine nicht freiwillig eingegangene, gesetzlich vorgesehene Verpflichtung zur Tätigkeit als Ärztin oder Arzt im österreichischen Gesundheitswesen greift in mehrere Grundrechte ein und bedarf daher der Rechtfertigung, um zulässig zu sein. Primär betroffen sind Art 4 EMRK, das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit, und Art 6 StGG, die Erwerbsfreiheit.
- Daneben bedarf eine solche Tätigkeitsverpflichtung, und zwar auch dann, wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit gilt, der Rechtfertigung im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit des Europarechts.
- Aus verfassungsrechtlicher Sicht läuft sowohl die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Zwangsarbeit im Sinne des Art 4 EMRK als auch eines unzulässigen Eingriffs in die Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus. Die gesetzliche Verpflichtung von Ärztinnen bzw Ärzten zur Tätigkeit im österreichischen öffentlichen Gesundheitswesen ist daher unzulässig und verfassungswidrig, wenn sie nicht als durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, erforderlich (dh das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellend) und verhältnismäßig (adäquat; Ziel-Mittel-Relation) anzusehen ist. Auch bei der Frage, ob eine Verletzung europäischer Grundfreiheiten vorliegt, ist letztlich auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung abzustellen.
- Festzuhalten ist, dass zur Frage einer unfreiwillig eingegangenen ärztlichen Arbeitsverpflichtung keine aktuelle und passende Rechtsprechung vorliegt. Der die zahnärztliche Tätigkeit in Norwegen betreffende Fall Iversen gegen Norwegen der Europäischen Menschenrechtskommission (nicht des Gerichtshofs) stammt nicht nur aus dem Jahr 1963, sondern betrifft mit Norwegen geografische Umstände, die mit denen Österreichs nicht zu vergleichen sind; zudem wird er in der aktuellen Lit als Beispiel einer „**nicht nur unerheblichen Härte**“ bezeichnet.⁶⁷ Andere Fälle des EGMR (Chitos gg Griechenland) und des EuGH (Simma Federspiel) betrafen hingegen freiwillig vertraglich eingegangene ärztliche Tätigkeitsverpflichtungen, bei denen die Verpflichtung der betroffenen Personen tatsächlich aus freiem Willen erfolgte. Hier besteht dementsprechend ein größerer privatautonomer Spielraum als bei einer unfreiwilligen, gesetzlich vorgesehenen Arbeitsverpflichtung. In Österreich wären für

⁶⁷ *Krebber/Birk*, in *Pabel/Schmahl* (Hrsg) Internationaler Kommentar zur EMRK, Art 4 EMRK Rz 72 (20. Lfg 2016)

einen solchen Fall die Bestimmungen des § 20 Angestelltengesetz und des § 2d Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz einschlägig. Andere Fälle des EGMR betreffen nicht die „Haupttätigkeit“, sondern verpflichtend durchzuführende „Nebentätigkeiten“, die auf Grund der frei gewählten und jederzeit wieder beendbaren Haupttätigkeit mit auszuüben waren.

- Unstrittig ist, dass eine ärztliche Tätigkeitsverpflichtung dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines finanzierbaren und frei zugänglichen öffentlichen Gesundheitssystems dienen würde.
- Daran, dass eine ärztliche Tätigkeitsverpflichtung zur Erreichung dieses Ziels aber auch geeignet wäre, bestehen ganz erhebliche Zweifel. Es besteht in Österreich kein allgemeiner Ärztemangel, sondern ein Mangel in bestimmten Fächern, in bestimmten Funktionen und an bestimmten Orten. Es geht somit um ein „Zuteilungsproblem“. Eine Tätigkeitsverpflichtung könnte sich insoweit als kontraproduktiv erweisen, als sie abschreckende Wirkungen auf Interessentinnen und Interessenten an einer ärztlichen Ausbildung haben könnte. Auch stellt sich die Frage nach ihrer Eignung zur Zielerreichung vor dem Hintergrund eines zunehmenden Fachkräftemangels auch in anderen Bereichen nicht nur des Gesundheitssystems, sondern auch anderer gesellschaftlich relevanter Bereiche. Dementsprechend bestehen bereits auf Stufe der Geeignetheit offensichtliche Bedenken gegen den Einsatz von Tätigkeitsverpflichtungen, jedenfalls, sofern sie über eine vorübergehende Abdeckung von Engpässen bzw die Bewältigung eines nicht durch andere Mittel vermeidbaren Marktversagens hinausgehen. Für den flächendeckenden Einsatz zur Stützung des öffentlich finanzierten Gesundheitswesens sind sie nicht nur angesichts einer grundsätzlich marktwirtschaftlichen Grundausrichtung des österreichischen Wirtschaftssystems ungeeignet, die mit ihnen verbundenen potenziell abschreckenden Wirkungen auf Interessenten für den ärztlichen Beruf werden umso stärker zu erwarten sein, als ein allgemeiner Mangel an Arbeitskräften in vielen gesellschaftlich relevanten Bereichen zu einem Wettbewerb um Arbeitskräfte führt, der regelmäßig zum Anbieten vorteilhafter Arbeitsbedingungen (statt Tätigkeitsverpflichtungen) führen wird. Auch stellt sich die Frage einer Ungleichbehandlung von Angehörigen des ärztlichen Berufs, da diese ohnehin während ihrer Ausbildung dem öffentlich finanzierten Gesundheitssystem überwiegend zur Verfügung stehen.
- Allerdings nimmt der VfGH beim Punkt der Geeignetheit nur eine sehr grobe Plausibilitätsprüfung vor, so dass nicht zwingend damit zu rechnen wäre, dass bereits

auf dieser Stufe die Bedenken gegen die Zulässigkeit einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung anerkannt würden.

- Allerdings scheitert die Zulässigkeit einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte jedenfalls im Prüfungsschritt der Erforderlichkeit, da zahlreiche noch nicht ausgeschöpfte „gelindere Mittel“ zur Erreichung des Ziels der Absicherung des öffentlich finanzierten Gesundheitssystems zur Verfügung stehen. Dies beginnt mit besseren Arbeitsbedingungen bzw. Strukturverbesserungen, setzt sich bei einer Änderung der Bedingungen für eine Kostenerstattung bei Wahlärzten bzw. Wahlkrankenanstalten fort und endet bei innovativen Studienkreditmodellen, mit denen die Kosten einer teuren (nicht nur medizinischen) staatlich finanzierten Ausbildung auch auf deren Absolventinnen und Absolventen teilweise überwältzt werden können. Für die Erforderlichkeit einer Tätigkeitsverpflichtung als „letztes Mittel“ finden sich daher keine überzeugenden Argumente, eine solche wäre daher als verfassungswidrig anzusehen.
- Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass selbst bei einer anderen Beurteilung der Frage der Erforderlichkeit das Gebot des gelindesten möglichen Grundrechtseingriffs der Ausgestaltung einer gesetzlichen Tätigkeitsverpflichtung enge Grenzen auferlegen würde, etwa hinsichtlich deren Dauer, ihres Ortes oder Umfangs.
- **Somit erweist sich eine gesetzlich angeordnete Tätigkeitsverpflichtung für Ärztinnen und Ärzte als zur Erreichung des Ziels des öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines finanzierbaren und frei zugänglichen öffentlichen Gesundheitssystems als bereits nicht geeignet und jedenfalls als nicht erforderlich im Sinne des gelindesten anzuwendenden Mittels. Sie wäre daher nicht nur als verfassungswidrig, sondern auch als unionsrechtswidrig anzusehen.**

