

Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur

An die
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
z.H. Mag. Wolfgang Panhölzl
Leiter der Abteilung Sozialversicherung

8. 2. 2024

Sehr geehrter Herr Mag. Panhölzl!

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien hat mich beauftragt, mögliche Optionen für eine freiwillig einzugehende Verpflichtung von Medizinstudierenden an öffentlichen Universitäten für eine Tätigkeit im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen aus verfassungsrechtlicher Hinsicht zu untersuchen. Dieser Auftrag ist auch vor dem Hintergrund eines von mir für die Kurie der angestellten Ärzte der Ärztekammer für Wien erstellten (und auch vom Auftraggeber veröffentlichten) Gutachtens ergangen, in dem ich eine **unfreiwillig einzugehende Verpflichtung als verfassungs- und unionsrechtlich unzulässig**, Modelle einer **freiwillig eingegangenen Verpflichtung aber als grundsätzlich möglich** qualifiziert habe.

Ich erstatte dazu nachfolgendes

RECHTSGUTACHTEN

I. Derzeitige einfachgesetzliche Rechtslage

Einleitend ist festzuhalten, dass bereits nach geltender Rechtslage die grundsätzliche Möglichkeit besteht, eine bestimmte Anzahl von Medizinstudienplätzen an öffentlichen Universitäten „zweckzuwidmen“. Der mit BGBl I 2021/177 in das Universitätsgesetz eingefügte § 71c Abs 5a UG baut dabei auf der in § 71c Abs 5 vorgesehenen Quotenregelung für Studienplätze für das Fach Humanmedizin auf. Von den maximal in Österreich verfügbaren

Studienplätzen in Humanmedizin¹ sind 95% für EU-Bürgerinnen und EU-Bürger und gleichgestellte Personen und 75% für Inhaberinnen und Inhaber von in Österreich ausgestellten (oder diesen gleichgestellten²) Reifezeugnissen zur Verfügung zu stellen. § 71c Abs 5a bestimmt nun, dass in der Leistungsvereinbarung einer (Medizinischen) Universität „zeitlich befristet aus den 5 vH der gemäß Abs. 5 verbleibenden Studienplätze eine bestimmte Anzahl an Studienplätzen für Aufgaben im öffentlichen Interesse sowie Kriterien für deren Vergabe festgelegt werden [können], wobei es zulässig ist, eine zu erbringende Mindestleistung im Aufnahmeverfahren gemäß Abs. 1 zu definieren. Es ist sicherzustellen, dass die Studierenden, die einen solchen Studienplatz erhalten haben, die Aufgaben im öffentlichen Interesse auch tatsächlich erbringen.“ Es dürfen somit nicht 5% der Studienplätze für diesen Zweck gewidmet werden, sondern nur eine bestimmte Anzahl unter der 5%-Grenze. Auch diese Studierenden müssen sich demnach dem Auswahlverfahren unterziehen, ihre Plätze werden jedoch in der eigenen Quote (das ist die festgesetzte Quote innerhalb der verbliebenen 5 vH) und somit unabhängig von den anderen Bewerberinnen und Bewerbern vergeben.³

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Länder, Gemeinden und sonstige im Gesundheitswesen tätige juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts daneben auch die Möglichkeit haben, Studienplätze bei Privatuniversitäten zu kaufen, die dann an Bewerberinnen und Bewerber vergeben werden, die sich zur Dienstleistung für die finanzierende Gesundheitseinrichtung verpflichten. Die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen einer solchen Vereinbarung hat *Reissner* unlängst eingehend untersucht.⁴ Dem Bund steht diese Möglichkeit auf Grund des Finanzierungsverbots nach § 6 PrivathochschulG zwar ebenfalls, aber nur in eingeschränktem Maße, zur Verfügung.⁵ Diese Möglichkeit soll in der Folge aber nicht weiter analysiert werden, da dieses Gutachten mögliche Verpflichtungsoptionen in Hinblick auf öffentliche Universitäten erörtern soll.

¹ § 71c Abs 2 UG legt derzeit die maximale Anzahl von Studienplätzen für Human- und Zahnmedizin mit 2.000 fest.

² Näheres regelt die Personengruppenverordnung des BMBWF idGF.

³ ErläutRV 945 BlgNR 27. GP 12.

⁴ *Reissner*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Finanzierung von Studienplätzen durch Gesundheitseinrichtungen, in FS Neumayr (2023) 2321.

⁵ § 6 PrivathochschulG sieht die Möglichkeit des Bundes zum „Einkauf“ (nur mehr) von Forschungsleistungen vor, nicht mehr aber – wie noch der davor geltende § 5 PrivatuniversitätenG – von Lehrleistungen. Lehrleistungen können daher nicht mehr durch „Direktvergabe“, sondern nur noch nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich von Lehrleistungen vergeben werden.

II. Grundrechtliche Aspekte einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung von Medizinstudierenden

a. Einleitung

Das Grundkonzept einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung von Medizinstudierenden an öffentlichen Universitäten beruht darauf, dass diese auf Grund der Verpflichtung, später in einem (noch zu definierenden) Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens zu arbeiten, einen bevorzugten Zugang zum grundsätzlich (mit Ausnahme der derzeit überschaubaren Studiengebühren) öffentlich finanzierten Studium der Humanmedizin erhalten. Ein solches System, auch bereits in Form der derzeit bestehenden Möglichkeit, in der 5%-Restquote einzelne Studienplätze zu widmen, greift in Grundrechte sowohl der verpflichtungswilligen Bewerberinnen und Bewerber als auch anderer Studierender ein und bedarf daher der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Ebenfalls betroffen sind unionsrechtliche Grundfreiheiten. Dies ist in der Folge überblicksmäßig darzustellen.

b. Betroffene Grundrechte der Bewerberinnen und Bewerber

Die Bewerberinnen und Bewerber verpflichten sich, wie soeben erwähnt, zur Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen für eine bestimmte Zeit. Wollen sie diese Tätigkeit (bzw die Ausbildung zu dieser) vorzeitig beenden, droht eine Sanktion in Form einer Pönalezahlung. Die damit verbundene finanzielle Belastung sowie die Einschränkung der zukünftigen Entscheidungsfreiheit bei der Gestaltung des Berufswegs greift auch bei einer freiwillig getroffenen Entscheidung in Grundrechte ein und bedarf der Rechtfertigung. Freilich ist auf Grund des freiwilligen Eingehens der Verpflichtung das Rechtfertigungsmaß geringer als bei einer ohne Entscheidung auferlegten Verpflichtung.

Grundsätzlich nicht verletzt würde durch eine solche Verpflichtung Art 4 EMRK, der ein Verbot der „Zwangs- und Pflichtarbeit“ vorsieht (wobei hier nur der zweite Fall, Pflichtarbeit, einschlägig wäre). Art 4 EMRK schützt das Recht, dass „der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft grundsätzlich der freien persönlichen Selbstbestimmung unterliegen muss“.⁶ Ob bei einer verpflichtenden Tätigkeit (zB der Verpflichtung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zur Leistung von Verfahrenshilfe⁷) bereits eine unerlaubte Pflichtarbeit oder eine

⁶ Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte² (2020) 312.

⁷ Dazu grundlegend EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 *Van der Musselle gg Belgien*; speziell zu Österreich EGMR 18. 10. 2011, 31950/06 *Graziani-Weiss gg Österreich*; aus der österr Rsp zur Tätigkeit als Stellvertreter eines Standeskollegen VfSlg 16.807/2003.

noch im öffentlichen Interesse zulässige Verpflichtung einer Person vorliegt, ist letztendlich eine Abwägungsfrage im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸ Auch eine bezahlte Tätigkeit kann daher Pflichtarbeit sein.⁹ Im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsam ist die EGMR-Entscheidung *Chitos gg Griechenland*, in welcher der Gerichtshof entschied, dass eine **freiwillige** mehrjährige Verpflichtung zum Dienst als Militärarzt, der als Gegenleistung eine vom Staat bezahlte und mit sonstigen Leistungen verbundene Ausbildung zum Arzt gegenübersteht, keine unzulässige Pflichtarbeit darstellt.¹⁰ Ebenfalls zu erwähnen ist der Fall *Steindel gg Deutschland*,¹¹ in dem der EGMR die Verpflichtung eines Augenarztes, nach der Kündigung seines Kassenvertrags dennoch gesetzlich vorgesehene Notfalldienste zu leisten, als zulässig ansah.¹² Unter Berücksichtigung dieser Entscheidungen ist Folgendes festzuhalten: Die freiwillig eingegangene Verpflichtung, sich als Gegenleistung für den Erhalt eines „reservierten“ Studienplatzes zu einer mehrjährigen Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen zu verpflichten, stellt dann keine unzulässige Pflichtarbeit dar, wenn sie auf einer „echten“ freiwilligen Entscheidung beruht. Das setzt voraus, dass es neben den „reservierten“, mit einer Verpflichtung verbundenen, Studienplätzen ausreichend nicht mit einer Verpflichtung verbundene Studienplätze gibt, so dass die Bewerberinnen und Bewerber sich bewusst für einen der beiden Wege zum Beruf entscheiden können. Solange dies aber der Fall ist und auch eine, wenn auch durchaus finanziell überaus schmerzhaft, Möglichkeit der Lösung aus der Verpflichtung besteht, ist eine solche Lösung mit Art 4 EMRK grundsätzlich vereinbar.

Das zweite betroffene Grundrecht wäre die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG). Diese schützt neben dem Antritt und der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit auch die Möglichkeit der freien, dh nicht mit unverhältnismäßigen Auflagen verbundenen, Beendigung einer einmal gewählten beruflichen Tätigkeit.¹³ Daher würde eine auch freiwillig eingegangene Verpflichtung, von der man sich nur mehr durch Zahlung einer Pönale lösen kann, in die Erwerbsfreiheit eingreifen und bedürfte der Rechtfertigung. Dabei ist zu beachten, dass eine solche Verpflichtung nicht

⁸ Vgl zB *Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung (2018) 188ff, insb 190, sowie 194 (jeweils im sozialrechtlichen Kontext); speziell zum ärztlichen Beruf *Kopetzki*, Rechtsfragen zum hausärztlichen Bereitschaftsdienst, RdM 2023, 220 (227f).

⁹ EGMR 23. 11. 1983, 8919/80 *Van der Musselle gg Belgien*, Z 40.

¹⁰ EGMR 4. 6. 2015, 51637/12 *Chitos gg Griechenland*.

¹¹ EGMR 14. 9. 2010, 29878/07 *Steindel gg Deutschland*.

¹² Der VfGH sah in einem solchen Fall Art 4 EMRK überhaupt nicht als berührt an: VfGH 10. 12. 2014, B 967/2012 ua.

¹³ 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).

bloß die Art der Erwerbsausübung betrifft, sondern insoweit auch den Erwerbsantritt regelt, als die verpflichtete Person während des Bestehens der Verpflichtung an der Wahl einer anderen Tätigkeit gehindert ist.¹⁴ Gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit sind nach der üblichen „Grundrechtsprüfungsformel“, die auch der VfGH mit etwas anderen Begriffen heranzieht,¹⁵ 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.¹⁶ Für den Fall einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung (im Austausch für den Erhalt eines gewidmeten Studienplatzes) ist diesbezüglich festzuhalten, dass diese im öffentlichen Interesse an einer Stärkung des öffentlich finanzierten Gesundheitssystems liegt und zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet ist. Die entscheidenden Aspekte sind die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit eines solchen Systems. Gerade ein freiwilliges Quotenmodell stellt im Lichte der Erwerbsfreiheit eine gelindere Alternative zu unbedingten Verpflichtungen von Medizinabsolventinnen und Medizinabsolventen dar, Pflichttätigkeiten im öffentlichen Gesundheitswesen zu erbringen (eine solche Verpflichtung habe ich in meinen bereits erwähnten Gutachten für die Ärztekammer für Wien als unverhältnismäßig und somit verfassungswidrig eingestuft). Das gelindeste Mittel stellt eine solche freiwillige Verpflichtung jedoch nur dar, wenn – in Form einer Prognoseentscheidung – zum einen nicht mehr Studierende verpflichtet werden, als voraussichtlich in späteren Jahren vom öffentlichen Gesundheitswesen benötigt werden. Zum anderen ist zu beachten, dass die Festlegung einer Quote für „freiwillig verpflichtete Medizinstudierende“ keinen Ersatz für ein Bemühen des Staates bilden kann, weiterhin verbesserte Konditionen für im öffentlichen Gesundheitswesen tätige Ärztinnen und Ärzte anzustreben und diese Tätigkeit damit auch für Personen zu attraktivieren, die keine Verpflichtung zur längerfristigen Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen eingehen wollen. Wird die Vorgabe zur Festlegung einer angemessenen Quote für freiwillige Verpflichtungen (jedenfalls nicht mehr, als nach einer Prognose benötigt) beachtet und diese Maßnahme nicht als einzige zur Attraktivierung der Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen angewendet wird, so spricht nichts gegen ihre Erforderlichkeit zur Erreichung des Ziels der auch zukünftig benötigten Sicherstellung einer Versorgung von möglichst vielen Patientinnen und Patienten unmittelbar durch das öffentlich finanzierte Gesundheitswesen. Was die Verhältnismäßigkeit

¹⁴ Regelung, die den Erwerbsantritt beschränken, bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stärkerer Argumente als solche, bei denen nur die Erwerbsausübung betroffen ist: vgl zB *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 6 StGG Rz 8; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1499.

¹⁵ Vgl zB *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1560f mwN.

¹⁶ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1498.

einer freiwilligen Verpflichtung angeht, hängt diese von ihrer konkreten Ausgestaltung ab, wobei dem Gesetzgeber ein größerer Beurteilungsspielraum zukommt. Im Abschnitt V. dieses Gutachtens werden diesbezüglich nähere Überlegungen zu einzelnen Modellen angestellt.

c. Betroffene Grundrechte anderer Studierender

Wenn der Staat den Zugang zu einem öffentlich finanzierten Studium beschränkt, so bedarf das vor dem Hintergrund des Gebots der Berufsausbildungsfreiheit (Art 18 StGG) einer sachlichen Rechtfertigung.¹⁷ Grundsätzlich darf nämlich niemand aus unsachlichen Gründen vom Besuch einer öffentlichen Bildungseinrichtung ausgeschlossen werden, umgekehrt sind Zugangsbeschränkungen daher zulässig, wenn sie einem öffentlichen Interesse (zB auch Beachtung der Kapazitätsgrenzen einer Bildungseinrichtung zur Sicherung der Ausbildungsqualität) dienen und sachlich ausgestaltet sind. Dementsprechend hat der VfGH sowohl die grundsätzliche Quotenregelung zu Gunsten von in Österreich ausgestellten Maturazeugnissen beim Medizinstudium als auch die genderspezifische Auswertung des Zugangstests zum Studium der Humanmedizin für zulässig erkannt.¹⁸ Art 18 StGG spielt insoweit mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) zusammen.¹⁹

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, da insgesamt weniger „freie“, dh nicht mit einer Selbstverpflichtung verbundene, Studienplätze zur Verfügung stünden. Dadurch werden Interessentinnen und Interessenten für ein Medizinstudium letztlich nicht unbedingt am Antritt des ärztlichen Berufs gehindert, aber es liegt eine gewisse Erschwernis des Antritts vor, welche die Wahl des ärztlichen Berufs als zukünftige Tätigkeit negativ betreffen kann. Auch dies ist somit ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff, der im öffentlichen Interesse liegen muss, und sich von seiner Ausgestaltung her als geeignet, erforderlich („gelindestes Mittel“) und verhältnismäßig darstellen muss.

Die mit einer „Quotierung“ verbundenen Nachteile für Bewerberinnen und Bewerber, die sich nicht selbst verpflichten wollen, liegt im (anerkannten) öffentlichen Interesse an einer Stärkung

¹⁷ Vgl nur *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte² (2019) 889. Für Deutschland *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR (Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht) 2019, 217 (223).

¹⁸ Speziell zu genderspezifischen Auswertungsunterschieden VfSlg 19.899/2014, 19.955/2015.

¹⁹ Ebenso für Deutschland *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 223.

bzw. Erhaltung des öffentlich finanzierten Gesundheitswesens begründet und ist zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet. Das Kriterium der Erforderlichkeit ist jedoch – spiegelbildlich zum Grundrechteingriff in die Grundrechte der „verpflichtungsbereiten“ Bewerberinnen und Bewerber – nur dann erfüllt, wenn nicht mehr Medizinstudienplätze „quotiert“ werden, als im Sinne einer Prognose für die Abdeckung des Bedarfs an „selbstverpflichteten“ Ärzten im öffentlichen Gesundheitswesen erforderlich sind. Ansonsten liegt eine Verletzung der Ausbildungsfreiheit derjenigen Interessentinnen und Interessenten an einem Medizinstudium vor, die sich nicht verpflichten wollen. Diese ihre Freiheit darf nur in dem Ausmaß beschränkt werden, als dies zur Sicherstellung der öffentlichen Gesundheitsversorgung erforderlich ist. Das erfordert im Übrigen schon aus verfassungsrechtlicher Sicht eine regelmäßig Überprüfung und allfällige Anpassung der Höhe der „Selbstverpflichtungsquote“.²⁰ Damit bleibt als letzter Prüfungsschritt die Frage, ob ein Eingriff in die Rechte der Bewerberinnen und Bewerber, die sich nicht verpflichten wollen, verhältnismäßig ist. Dies wird grundsätzlich zu bejahen sein, soweit einerseits ausreichend „freie Plätze“ verfügbar bleiben und andererseits sichergestellt ist, dass auch Bewerberinnen und Bewerber, die Plätze aus der „Selbstverpflichtungsquote“ erhalten wollen, einer gewissen Qualitätsprüfung im Rahmen des Aufnahmeverfahrens unterzogen werden. Es muss jedenfalls sichergestellt werden, dass auch solche Personen ebenso wie „freie“ Bewerberinnen und Bewerber grundsätzlich für das Studium der Medizin geeignet sind: Das bedeutet nicht, dass sie exakt demselben Aufnahmeverfahren unterworfen werden müssen bzw. eine gleiche Punkteanzahl erreichen müssen (die Festlegung einer etwas niedrigeren Punktezahl bei einem Aufnahmetest kann sogar als Anreiz für eine Bewerbung um eine Quotenstelle wirken), eine Mindestleistung muss aber gefordert werden, um eine unsachliche Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Kategorien an Bewerberinnen und Bewerbern zu verhindern (dazu auch noch in Abschnitt V.).

Grundsätzlich ist jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht die konkrete Ausgestaltung einer freiwilligen Verpflichtung stärker aus Sicht der Bewerberinnen und Bewerber um eine solche zu prüfen als aus Sicht ihrer „Mitbewerberinnen und Mitbewerber“.

²⁰ So auch zum deutschen Verfassungsrecht *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 257.

III. Europarechtliche Aspekte einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung von Medizinstudierenden

a. Betroffene Rechte der „verpflichtungswilligen“ Studierenden

Ein Modell einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung bedarf jedoch auch aus europarechtlicher Sicht einer Rechtfertigung, und dies erneut aus Sicht sowohl der verpflichtungswilligen als auch der nicht verpflichtungswilligen Studierenden. Die verpflichtungswilligen Studierenden sind als Konsequenz ihrer Verpflichtungserklärung für mehrere Jahre an das österreichische öffentliche Gesundheitswesen gebunden und können somit weder außerhalb desselben im Inland noch in anderen EU-Staaten als Ärztinnen bzw. Ärzte tätig werden. Dies berührt ihre Arbeitnehmerfreizügigkeit (bei veränderter angestellter Tätigkeit) bzw. ihre Niederlassungsfreiheit (bei veränderter freiberuflicher Tätigkeit) und schon davor, als Studierende, ihr Freizügigkeitsrecht nach Art 21 AEUV. Art 15 Abs 2 GRC (Berufsfreiheit) ist hier nicht näher zu prüfen, da dessen Garantien keine über die der Grundfreiheiten des AEUV hinausgehende Reichweite entfalten.²¹ Wichtig ist nun, dass der EuGH in der Rechtssache *Simma Federspiel*²² festgehalten hat, dass eine italienische Regelung, nach der die Gewährung eines Facharztstipendiums durch die Provinz Südtirol mit der freiwillig eingegangenen Verpflichtung, innerhalb der zehn auf den Abschluss der Facharztausbildung folgenden Jahre mindestens fünf Jahre in Südtirol zu arbeiten oder bis zu 70 % des erhaltenen Stipendiums zuzüglich Zinsen zurückzuzahlen, mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw. Niederlassungsfreiheit grundsätzlich vereinbar ist. Der Gerichtshof verlangte aber, dass eine solche Maßnahme tatsächlich den Zielen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit dienen müsse und nicht über das zur Zielerreichung erforderliche hinausgehen dürfe. Hieraus ist bereits zu erkennen, dass der EuGH – ähnlich dem EGMR im Fall *Chitos* – einer freiwilligen Selbstverpflichtung im Interesse des öffentlichen Gesundheitssystems jedenfalls aus Sicht der verpflichteten Medizinerinnen und Mediziner nicht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, sofern einerseits nicht mehr Personen verpflichtet werden als dies zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung notwendig ist und andererseits die Belastungen für die Verpflichteten (insb. Dauer, Höhe der Sanktion) insgesamt verhältnismäßig sind. Hier liegt also eine dem nationalen Verfassungsrecht vergleichbare Situation vor.

²¹ Vgl. *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 15 (Stand 1.4.2019, rdb.at) Rz 15.

²² EuGH 20. 12. 2017, C-419/16, *Simma Federspiel*, ECLI:EU:C:2017:997.

b. Betroffene Rechte anderer Studierender

Aus europarechtlicher Sicht als problematischer stellen sich die Auswirkungen einer „Selbstverpflichtungs-Quote“ auf andere Studierende dar. Hier sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Zum einen die bereits bestehende Problematik der Mediziner*innenquote (für Personen mit österreichischem Maturazeugnis) nach § 71c UG („Numerus Clausus“-Regelung) als Eingriff in das unionale Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) und das Freizügigkeitsrecht (Art 21 AEUV), zum anderen die Verschärfung dieses Eingriffs dadurch, dass die verpflichteten Studierenden während der Dauer der Verpflichtung auch nicht mehr während oder nach ihrem Studium in einen anderen Mitgliedstaat zum Studieren oder Arbeiten wechseln dürfen, wodurch sie auf längere Zeit dem nicht-österreichischen Arbeitsmarkt für Medizinerinnen und Mediziner entzogen werden. Zusammenfassend bedeutet dies: Je größer somit die Zahl der in Österreich verpflichteten Studierenden ist, desto weniger Studienplätze stehen einerseits für andere Studierende (ohne österreichisches Maturazeugnis) zur Verfügung **und** desto mehr Absolventinnen und Absolventen des österreichischen Medizinstudiums stehen dem europäischen Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung.

Der EuGH hat sich schon mit der ersten Konstruktion, nämlich einem Vorrang für Studierende mit Wohnsitz oder Schulabschluss im Inland, beschäftigt und diese grundsätzlich kritisch gesehen, so bereits 2005 in einem Fall zu Österreich. Darin hielt er fest, dass Österreich sicherstellen müsse, dass die Inhaber von in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Sekundarschulabschlüssen unter den gleichen Voraussetzungen wie die Inhaber von in Österreich erworbenen Sekundarschulabschlüssen Zugang zum Hochschul- und Universitätsstudium in Österreich haben.²³ 2010 folgte dann mit *Bressol* ein Fall zu belgischen medizinischen Ausbildungen, in dem der EuGH festhielt, dass eine – von der ersten österreichischen verschiedene – Zulassungsregel, die „die Zahl der als nicht in Belgien ansässig angesehenen Studierenden, die sich zum ersten Mal für einen medizinischen oder paramedizinischen Studiengang an einer Hochschuleinrichtung einschreiben können, beschränkt, [unionsrechtswidrig und daher unzulässig sei], es sei denn, das vorliegende Gericht stellt nach Würdigung aller von den zuständigen Stellen angeführten relevanten Gesichtspunkte fest, dass diese Regelung im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist“.²⁴ Hierzu ist anzumerken, dass die belgische Regelung eine mittelbare Diskriminierung nach der Staatsbürgerschaft bedeutete, da sie nicht auf die belgische

²³ EuGH 7. 7. 2005, C-147/03 *Kommission / Österreich*, ECLI:EU:C:2005:427.

²⁴ EuGH 13. 4. 2010, C 73/08 *Bressol*, ECLI:EU:C:2010:181.

Staatsbürgerschaft, sondern den belgischen Schulabschluss abstellte. Normalerweise sind es aber mehr Inländerinnen und Inländer, die einen solchen Abschluss besitzen.²⁵ Gerade deswegen ist eine solche Regelung grundsätzlich ein Verstoß gegen Art 18 und Art 21 AEUV, aber auch gegen Art 14 GRC: Letztere Bestimmung gebietet einen diskriminierungsfreien Zugang zu höherer Bildung, womit Zugangsbeschränkungen nur dann vereinbar sind, wenn sie nicht an mittelbar oder unmittelbar diskriminierenden Kriterien anknüpfen.

Nun hat der EuGH aber in der Rechtssache *Bressol* auch festgestellt, dass eine Quotierung von Studienplätzen (nur) dann gerechtfertigt sein kann, wenn ansonsten das nationale Gesundheitssystem deswegen gefährdet wäre, weil zu wenige der in einem Staat ausgebildeten Ärzte dann auch in dessen Gesundheitssystem bleiben und in diesem arbeiten. Das war dann auch die Grundlage dafür, dass die Europäische Kommission letztlich die neuere (post-2005) österreichische, der belgischen vergleichbare, Regelung des § 71c mit einer 75%-Quote für österreichische Maturazeugnisse akzeptierte.²⁶ Allerdings verlangt die Kommission eine regelmäßige (fünfjährige) Prüfung, ob diese Quote zum Schutz des österreichischen Gesundheitssystems weiterhin erforderlich ist.²⁷ Insoweit erscheint es durchaus möglich, dass Kommission bzw. EuGH auch eine neue, über die bestehende Möglichkeit des § 71c Abs 5a UG hinausgehende, „Verpflichtungsquote“ akzeptieren, wenn Österreich einerseits prognosehaft belegen kann, dass sonst zu viele Absolventinnen und Absolventen außerhalb des öffentlich finanzierten Gesundheitssystems tätig werden und andererseits auch in der Lage ist, bei einer Änderung der Situation die Quote anzupassen oder abzuschaffen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der EuGH bereits anerkannt hat, dass die Ziele der Aufrechterhaltung „eine[r] qualitativ hochwertige[n], ausgewogene[n] und allgemein zugängliche[n] medizinische[n] Versorgung [und der Vermeidung] eine[r] erhebliche[n] Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“ einen Eingriff in unionale Grundfreiheiten rechtfertigen können.²⁸

Dennoch ist davon auszugehen, dass eine Ausdehnung der derzeitigen (weniger als fünfprozentigen) „Selbstverpflichtungsquote“ intensive Verhandlungen mit der Kommission erfordern wird und insb bei Fehlen entsprechender Belege und nicht ausreichender Flexibilität in der Handhabung auch zu einem Verfahren vor dem EuGH führen könnte (Vertragsverletzung

²⁵ Vgl auch *Martini/Ziekow*, Die Landarztquote (2017) 101.

²⁶ Vgl die Presseaussendung der Kommission vom 17.5. 2017 unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1282

²⁷ Vgl näher *Kalteis* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 14 (Stand 1.4.2019, rdb.at) Rz 20; *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.01} § 71c (Stand 1.12.2018, rdb.at) Rz 2, 3 und 12.

²⁸ Vgl für Österreich EuGH 10. 3. 2009, C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2009:141 Rn 50.

oder Vorabentscheidung). Auch hier ist daher der Nachweis der Erforderlichkeit der Quote zentral, was insb bedingt, dass diese nicht höher als zur Zielerreichung unbedingt nötig angesetzt werden darf.

IV. Zwischenergebnis

Angesichts der bisherigen Überlegungen ergibt sich folgendes Zwischenergebnis:

- Während eine unfreiwillig entstehende Zwangsverpflichtung für alle oder fast alle Medizinstudierenden in Österreich sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlich unzulässig ist (siehe dazu mein für die Ärztekammer für Wien erstattetes Gutachten), ist eine freiwillig einzugehende Verpflichtung von Studierenden, gegen „bevorzugten“ Zugang zu Medizinstudienplätzen eine bestimmte Zeit im österreichischen öffentlichen Gesundheitswesen zu arbeiten, vorstellbar.
- Dennoch betrifft auch eine freiwillige Selbstverpflichtung die grundrechtliche (insb Erwerbsfreiheit) und die unionsrechtliche (insb Arbeitnehmerfreizügigkeit/Niederlassungsfreiheit) Position der betroffenen Studierenden, wenn sie sich ohne Pönale nicht mehr von einer solchen lösen können. Damit eine solche Verpflichtung daher gerechtfertigt ist, dürfen zum einen – in Form einer Prognoseentscheidung – nicht mehr Studierende verpflichtet werden, als voraussichtlich in späteren Jahren vom öffentlichen Gesundheitswesen benötigt werden. Zum anderen bildet die Festlegung einer Quote für freiwillig verpflichtete Medizinstudierende keinen Ersatz für ein Bemühen des Staates, weiterhin verbesserte Konditionen für im öffentlichen Gesundheitswesen tätige Ärztinnen und Ärzte anzustreben und diese Tätigkeit damit auch für Personen zu attraktivieren, die keine Verpflichtung zur längerfristigen Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen eingehen wollen. Vielmehr stellt eine freiwillige Verpflichtungsquote eine sinnvolle Ergänzung dieses Bemühens dar, insbesondere, wenn dieses für sich allein nicht ausreicht, um (alle) Bereiche des öffentlichen Gesundheitswesen für Medizinabsolventinnen und Medizinabsolventen ansprechender zu machen.²⁹

²⁹ Das bedeutet aber auch, dass sich der Staat auch nicht damit begnügen muss, bessere Arbeitsbedingungen im öffentlichen Gesundheitswesen zu schaffen, sondern ergänzend zu solchen Maßnahmen eben auch „stärkere“ Maßnahmen wie eben eine Verpflichtungsquote etablieren darf: vgl dazu eingehend am Beispiel der deutschen Situation zum dortigen Landarztquotenmodell *Martini/Ziekow*, Die Landarztquote (2017) 53ff.

- Die Festlegung einer Quote für freiwillige Verpflichtungen führt auch dazu, dass für nicht verpflichtungswillige Studierende weniger Studienplätze zur Verfügung stehen, was ebenfalls einer grundrechtlichen (Berufsausbildungsfreiheit nach Verfassungs- und Unionsrecht) und sonstigen unionsrechtlichen (Diskriminierungsverbot und Freizügigkeit) Rechtfertigung bedarf. EuGH und Kommission haben eine Quotierung (nach Abschlusszeugnissen) als ausnahmsweise zulässig anerkannt, wenn diese im Interesse der Aufrechterhaltung des nationalen Gesundheitssystems erforderlich ist, im Ausmaß der „reservierten“ Plätze nicht über das dafür Notwendige hinausgeht und regelmäßig auf ihre weitere Erforderlichkeit überprüft wird.
- Als entscheidend stellt sich sich trotz grundsätzlicher Zulässigkeit solcher freiwilliger Verpflichtungsmodelle deren konkrete Ausgestaltung dar, da sichergestellt werden muss, dass die Eingriffe sowohl in grundrechtlich und europarechtlich geschützte Rechtspositionen der verpflichteten Studierenden als auch der nicht verpflichtungswilligen Studierenden auf das zur Zielerreichung notwendige beschränkt bleiben.

V. Zur Ausgestaltung einer verhältnismäßigen freiwilligen Selbstverpflichtung

a. Vorbemerkung

Wie bisher herausgearbeitet wurde, ist ein Quotenmodell für selbstverpflichtungswillige Studierende, auch über die derzeit bestehende Regelung des § 71c Abs 5a UG hinausgehend, grundsätzlich zulässig, sofern dadurch jedenfalls nicht mehr Studienplätze als benötigt „gebunden“ werden und die Ausgestaltung verhältnismäßig erfolgt. Dementsprechend sollen in der Folge aus rechtspolitischer Sicht die zentralen Punkte dargestellt werden, die für eine verhältnismäßige Ausgestaltung erforderlich sind.

Nicht näher untersucht, weil jenseits des Gutachtensauftrags liegend und auch unter anderen verfassungs- und unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu bewerten, wird hingegen ein „Studienkreditmodell“, bei dem Studierende mit Studiengebühren belegt werden und deren Rückzahlung durch eine Tätigkeit im öffentlich finanzierten Gesundheitswesen reduziert wird bzw entfällt. Es sei nur erwähnt, dass ich ein solches Modell – ebenso wie ein Quotenmodell – in meinem einleitend erwähnten Gutachten für die Ärztekammer für Wien als ein mögliches

gelinderes Mittel zu einer überschießenden und daher verfassungswidrigen unbedingten Tätigkeitsverpflichtung erwähnt habe.

In der Folge werden nun zwei grundlegende Optionen eines „Quotenmodells“ dargestellt, die sich im Kern unterscheiden: Das erste Modell ist dem deutschen „Landarztquotenmodell“ nachgebildet und beinhaltet eine Entscheidung für eine gewisse Spezialisierung bereits zu Studienbeginn, das zweite ist ein – komplexeres und daher rechtlich auch schwieriger umzusetzendes - zweistufiges Modell einer Grundverpflichtung zu Studienbeginn und einer Festlegung einer Spezialisierung mit Beginn des Turnus. Anschließend werden einige allgemeine rechtliche Herausforderungen der Verwirklichung eines Quotenmodells dargestellt.

b. Das „Landarztquoten“-Modell

In Deutschland ist bereits jetzt eine höhere als die österreichische Selbstverpflichtungsquote verwirklicht, und zwar durch eine sog Landarztquote. Diese beruht auf der Zuweisung eines Studienplatzes im Rahmen einer Vorabquote in einem eigenen Zulassungsverfahren im Gegenzug für die Abgabe einer Selbstverpflichtung, nach Studium und Ausbildung zehn Jahre als Hausärztin bzw Hausarzt in einer unterversorgten Region tätig zu werden. Es besteht somit für die Vorabquote ein eigenes Zulassungsverfahren mit eigenen Kriterien, die neben einer fachlichen Mindestleistung weniger auf die Abiturnoten und mehr auf bereits vorhandene Erfahrungen in Gesundheits- und Pflegeberufen abstellen. Als „Hausarzt“ können nach § 73 Abs 1a SGB V Allgemeinmediziner*innen, Kinder- und Jugendärzt*innen und Internist*innen ohne Schwerpunktbezeichnung, die die Teilnahme an der hausärztlichen Versorgung gewählt haben, tätig werden. Das bedeutet, dass man sich mit der Verpflichtungserklärung auf eine dieser Ausbildungen festlegt. Zudem ermöglicht die Vorabquote etwa auch die Bindung von Studienplätzen für den öffentlichen Gesundheitsdienst (Amtsärzt*innen). Auf Grund der deutschen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Bundesländern beruht dieses Modell auf einem Gliedstaatsvertrag, der in Landesgesetzen (und präzisierenden Verordnungen der Bundesländer) umgesetzt wird. Das maximale Ausmaß der Vorabquoten, aus denen heraus nach je nach prognostiziertem Bedarf auch eine Landarztquote festgelegt wird, darf 20% betragen,³⁰

³⁰ Vgl dazu *Bidmon/Büscher/Walther*, Die Landarztquotenregelungen der Länder – Aktuelle Bestandsaufnahme, Gesundheitsblog Nr. 17, 2023, online unter <https://gesundheitsrecht.blog/die-landarztquotenregelungen-der-laender/>, S 4f.

die Höhe der Strafzahlung beträgt (in zahlreichen Bundesländern) 250.000 Euro³¹ und ist in Fällen besonderer Härte zu vermindern oder zu erlassen.

Dieses Modell wurde bislang in Deutschland weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich erfolgreich beanstandet und wurde auch in der Lehre bereits gründlich untersucht.³² Angesichts der gleichen europarechtlichen und materiell vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen würde dieses Modell, sofern eine korrekte Prognoseentscheidung über den zu erwartenden Bedarf getroffen wird, auch in Österreich in rechtlich zulässiger Weise zu verwirklichen sein. Dies hätte auch den Vorteil, dass auf die deutschen Gesetzes-³³ und Verordnungstexte³⁴ zurückgegriffen werden könnte und diese für österreichische Zwecke adaptiert werden könnten.

Das Modell hat aber auch zumindest zwei Nachteile, die miteinander zusammenhängen:

- Zum einen sieht es eine Quote nur für ein bestimmtes Feld vor, nämlich den hausärztlichen Dienst (wobei auch die Möglichkeit der Bildung einer zweiten Quote für den öffentlichen Gesundheitsdienst innerhalb der maximal zulässigen 20% besteht). Auf Österreich umgelegt bedeutete dies, dass eine solche „Hausarztquote“ am ehesten für Allgemeinmedizinerinnen und Allgemeinmediziner (einschließlich den neugeschaffenen Facharzt für Allgemeinmedizin) in Betracht käme. Alternativ könnten mehrere Quoten für bestimmte Fächer geschaffen werden, was angesichts des langen Prognosezeitraums (Studiendauer + Ausbildung + anschließende Tätigkeit) allerdings zu Fehlplanungen führen kann. Würden diese in größerem Ausmaß auftreten, würde dies verfassungsrechtliche Zweifel an der Erforderlichkeit des Modells begründen: Denn diesfalls würden zu viele Verpflichtete am Bedarf vorbei ausgebildet, so dass manche von ihnen wieder aus der Verpflichtung zu entlassen wären (weil nicht benötigt)

³¹ Etwa Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen.

³² Vgl insb *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 217; *Bidmon/Büscher/Walther*, Die Landarztquotenregelungen der Länder – Aktuelle Bestandsaufnahme, Gesundheitsblog Nr. 17, 2023, online unter <https://gesundheitsrecht.blog/die-landarztquotenregelungen-der-laender/>.

³³ ZB das bayrische Gesetz; abrufbar unter https://www.landarztquote.bayern.de/landarztquote/land_amsarztgesetz/doc/bayerisches_land_amsarztgesetz.pdf oder das nordrhein-westfälische Gesetz, abrufbar unter https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=6&ugl_nr=62&bes_id=39985&menu=1&sg=0&aufgehoben=N&keyword=landarzt#det0#det0#det0.

³⁴ ZB die bayrische Verordnung, abrufbar unter https://www.landarztquote.bayern.de/landarztquote/land_amsarztgesetz/doc/BayDVLArztG.pdf oder die nordrhein-westfälische Verordnung; abrufbar unter https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=6&vld_id=17642&ver=8&val=17642&sg=0&menu=1&vld_back=N.

und sie damit aber anderen nicht verpflichtungswilligen Studierenden Studienplätze „weggenommen“ hätten, ohne dass ihre Verpflichtung letztlich benötigt wurde.³⁵ Dies macht ein fächerbezogenes Quotenmodell, insb wenn es mehrere Fachrichtungen umfasst, nicht leicht handhabbar.

- Da sich die Bewerberinnen und Bewerber somit schon zu Studienbeginn für ein bestimmtes Fach verpflichten müssten, könnte auf erst während des Fortgangs des Studiums bemerkbar werdende Interessen oder auch Schwächen nur unzureichend Bedacht genommen werden. Das deutsche Hausarztquotenmodell bewältigt diese Herausforderung dadurch etwas besser, als es im Zulassungsverfahren insb auf Erfahrungen in medizinischen und medizinnahen Berufen abstellt und somit auf Leute abzielt, die eine gewisse Einschätzung ihrer Eignung zur Ausübung ärztlicher Tätigkeiten mit sich bringen. Zudem handelt es sich beim „Landarztmodell“ nicht um hochspezialisierte ärztliche Tätigkeiten in einer Krankenanstalt, so dass manuelle Fähigkeiten (Operationsdurchführung etc) nicht unbedingt an erster Stelle der Erfordernisse stehen, sondern eine eher breit angelegte medizinische (hausärztliche) Begabung.

c. Das Modell einer „zweistufigen Selbstverpflichtung“

Die geschilderten Nachteile des „Landarztquotenmodells“ könnten durch ein zweistufiges Verpflichtungsmodell kompensiert werden. Dieses wäre freilich deutlich aufwändiger zu verwirklichen, wobei auch hier darauf zu achten wäre, dass einerseits nicht zu viele, weil später nicht benötigte, Plätze für selbstverpflichtende Studierende vorgesehen werden (wodurch „freie“ Studienplätze verloren gehen) und andererseits nicht zu viele dieser Studierenden dann letztlich aus der Verpflichtung entlassen werden müssen, weil sie doch nicht benötigt werden. Insoweit erlaubt dieses Modell eine feinere Steuerung, da Verpflichtungen zielgerichteter für bestimmte Sonderfächer (und nicht etwa primär nur für vertragsärztliche Tätigkeit im hausärztlichen Bereich) erfolgen könnten, zugleich erfordert es aber auch eine aufwändigere Ausgestaltung, um „Fehlallokationen“ zu vermeiden, die das Modell wegen Unverhältnismäßigkeit grund- und unionsrechtlich bedenklich machen würden.

³⁵ Dies ebenfalls als verfassungsrechtliches Problem ansprechend *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 257.

In einem solchen Modell könnte zuerst eine grundsätzliche Selbstverpflichtung zur späteren Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen bei Studienbeginn erfolgen. Gegen Ende des Studiums würde diese Verpflichtung dann in Hinblick auf eine bestimmte Ausbildung (Allgemeinmedizin einschließlich Facharzt für Allgemeinmedizin, sonstiges Sonderfach) „aktualisiert“. Dabei wäre dann unter solchen Ausbildungen zu wählen, in denen nach Abschluss der Ausbildung absehbarerweise ein Bedarf im öffentlichen Gesundheitswesen besteht. Dies würde es ermöglichen, dass die selbstverpflichteten Studierenden eine genauere Wahlmöglichkeit zu einem Zeitpunkt haben, zu dem sie ihre Stärken und Schwächen als angehende Medizinerinnen bzw. Mediziner schon besser kennen (zB diagnostische Stärken, handwerklich-chirurgische Stärken etc.).³⁶ Das ermöglicht eine bessere Zuteilung, die auch den individuellen Eigenschaften der Verpflichteten besser Rechnung trägt, was insgesamt zur Verhältnismäßigkeit der Regelung aus grundrechtlicher Sicht beiträgt. Zugleich muss aber auch darauf geachtet werden, dass dadurch nicht ein „Schlupfloch“ geschaffen wird, durch das Verpflichtete unter Hinweis auf mangelnden Bedarf an den für sie in Frage kommenden Ausbildungen der Verpflichtung „entkommen“ können. Diesbezüglich könnte man zum Beispiel überlegen, dass selbstverpflichtete Studierende am Ende ihres Studiums aus drei Fächern zur weiteren Ausbildung wählen müssen, in denen ein Mangel besteht. Danach werden sie einem dieser Fächer zur weiteren Ausbildung zugeteilt, idealerweise bereits (jedenfalls teilweise) in unterversorgten Regionen. Das erfordert aber ein zweites Auswahl- und Zuteilungsverfahren für diese Personen, das entsprechende Bewertungskriterien benötigt (zB Studienerfolg, Auswahlverfahren vor einer Kommission oder Kombination der beiden Optionen), welche durch Gesetz oder Verordnung näher geregelt werden müssten. Dafür ist je nach Ausgestaltung möglicherweise auch ein erheblicher Personalaufwand von Seiten der Universitäten bzw. des öffentlichen Gesundheitswesens erforderlich. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass eine Umsetzung eines zweistufigen Systems aufwändiger ist als ein „Landarztquotenmodell“, zugleich aber eine „treffsicherere“ Zuweisung der Verpflichteten auf verschiedene Bereiche des öffentlich finanzierten Gesundheitswesens ermöglichen würde. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ersteres ein potenzieller Nachteil, zweiteres ein potenzieller Vorteil.

³⁶ Wer aus fachlichen Gründen schon während des Studiums ausscheidet, wird etwa im nordrheinisch-westfälischen Landarztmodell überhaupt nicht sanktioniert: *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 255.

d. Sonstige rechtlich bedeutsame Eckpunkte einer Modellausgestaltung

Abschließend ist auf einige zentrale rechtlich relevante Aspekte einzugehen, die bei einer konkreten Ausgestaltung eines Selbstverpflichtungsmodells zu berücksichtigen wären. Hier erweist sich das Vorbild der deutschen Landarztquote insoweit (erneut) als hilfreich, als im Zuge ihrer Vorbereitung und Erlassung zahlreiche dieser Punkte schon diskutiert wurden und daher bereits umfassende verfassungsrechtliche Beurteilungen vorliegen, auf die im Falle einer Änderung des derzeitigen, inhaltlich sehr beschränkten, Modells des § 71c Abs 5a UG zurückgegriffen werden könnte. Einige dieser wesentlichen Punkte sollen in der Folge schlagwortartig dargestellt werden.

Rechtsgrundlage der Verpflichtung: Diese könnte in Form eines privatrechtlichen Vertrags oder auf Grundlage des öffentlichen Rechts erfolgen. In Deutschland wurde beim Landarztmodell ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gewählt, wobei dieser in Deutschland im Verhältnis zwischen Staat und Privaten einen anderen Stellenwert hat als in Österreich. In Österreich darf ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Staat und Privatperson („subordinationsrechtlicher Vertrag“) nur dann gesetzlich vorgesehen werden, wenn entweder bei Streitigkeiten ein Bescheid erlassen wird oder aber – was umstritten ist – auf Grundlage des Art 130 Abs 2 B-VG eine direkte Anrufbarkeit eines Verwaltungsgerichts einfachgesetzlich vorgesehen wird.³⁷ Bei einem privatrechtlichen Vertrag ist als Orientierungspunkt auf die Überlegungen von *Reissner*³⁸ zu verweisen, die allerdings auf Gesundheitseinrichtungen als Vertragspartner der Studierenden bezogen sind. Bei einer Quotenverpflichtung wäre der beste Vertragspartner wohl der Bund, da zum Zeitpunkt der Selbstverpflichtung ein späterer Arbeitgeber ja noch nicht feststeht. Der öffentlich-rechtliche Vertrag hätte aus Sicht der verpflichteten Studierenden bzw Absolventinnen und Absolventen den Vorteil, dass die Anrufung eines Verwaltungsgerichts im Gegensatz zu der eines Zivilgerichts (bei einem privatrechtlichen Vertrag) nicht mit Verfahrenskosten und auch nicht mit einer Anwaltpflicht (die im Zivilverfahren grundsätzlich ab 5.000,- Euro Streitwert besteht) verbunden ist.

Auswahlverfahren: Eine Vergabe von Plätzen außerhalb einer vorab festgelegten, am zukünftigen Bedarf orientierten Quote wäre verfassungs- und unionsrechtlich nicht zulässig. Wie bereits eingehend erörtert, dürfen nämlich nicht mehr „Selbstverpflichtungsplätze“ an Studierende vergeben werden, als in Form einer Prognoseentscheidung nach der

³⁷ Dazu näher mwN *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 664 iVm Rz 942; *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 130 B-VG Rz 10.

³⁸ *Reissner*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Finanzierung von Studienplätzen durch Gesundheitseinrichtungen, in FS Neumayr (2023) 2321.

Ausbildungszeit dieser Personen im öffentlichen Gesundheitswesen auch voraussichtlich benötigt werden. Die Quote muss auch regelmäßig überprüft und angepasst werden (was schon jetzt bei der österreichischen „Maturazeugnisquote“ von der europäischen Kommission verlangt wird). Bei einer zweistufigen Verpflichtung wäre ein weiteres Auswahlverfahren (hinsichtlich der weiteren Ausbildung) bei Studienende vorzusehen.

Bei der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens könnte, wie derzeit in Deutschland, ein eigenes Verfahren mit eigenen Auswahlkriterien vorgesehen werden (zB Vorerfahrung in einem Gesundheitsberuf). Ein fachliches Mindestniveau müssen allerdings auch selbstverpflichtende Personen nachweisen können, damit keine unzulässige Diskriminierung der Mitbewerberinnen und Mitbewerber in der „freien“ Quote besteht. Alternativ könnten diese Bewerberinnen und Bewerber, wie im Text und in den Erläuterungen³⁹ zu § 71c Abs 5a UG vorgesehen, am normalen Medizinaufnahmetest teilnehmen, aber Punkte in ihrer eigenen Quote erhalten (wobei auch hier eine Mindestleistung gesetzlich gefordert werden darf und auch verfassungsrechtlich zur Wahrung der Interessen der Mitbewerberinnen und Mitbewerber geboten ist). Eine andere Möglichkeit wäre, für die Verpflichtungserklärung Zusatzpunkte beim Zulassungstest zu vergeben. Damit würden die „verpflichteten“ Bewerberinnen und Bewerber ein höheres Punkteergebnis bekommen. Die besten dieser Bewerberinnen und Bewerber würden dann bis zur Erschöpfung der Quote (und bei Erreichen einer allfälligen Mindestpunktzahl) aufgenommen. Danach würden alle anderen Bewerber ohne Zusatzpunkte berücksichtigt, darunter auch diejenigen, die sich zwar verpflichtet haben, aber nicht mehr zur Erfüllung der Quote benötigt werden – bei diesen dürfen die Zusatzpunkte daher nicht mehr berücksichtigt werden. Hier besteht jedenfalls einiger Spielraum, die Grundzüge des Auswahlverfahrens wären aber gesetzlich vorzugeben und danach im Verordnungswege zu präzisieren.

Sowohl in einem einstufigen als auch in einem zweistufigen Auswahlverfahren (dort im zweiten Verfahren zu Studienende) könnte überlegt werden, für verschiedene Fächer unterschiedliche Punkte zu vergeben, so dass etwa Selbstverpflichtungen für „extreme“ Mangelfächer mehr Punkte bringen als für „Nur-Mangelfächer“. Abschließend sei noch daran erinnert, dass der VfGH bei der Vergabe von Kassenverträgen für Gynäkologie Zusatzpunkte für weibliche Bewerberinnen nicht beanstandet hat,⁴⁰ was somit auch im Falle von Selbstverpflichtungen für dieses Fach von Bedeutung sein könnte.

³⁹ ErläutRV 945 BlgNR 27. GP 12.

⁴⁰ VfSlg 19.936/2014.

Sanktionsbetrag („Pönale“): Bei der Festlegung des Sanktionsbetrags ist zu beachten, dass dieser einerseits hoch genug sein muss, um abschreckend zu wirken,⁴¹ andererseits aber nicht dazu führen darf, dass er vertragsbrüchige Bewerberinnen und Bewerber wirtschaftlich völlig erdrosselt. Dazu muss zum einen für Härtefälle vorgesorgt werden (zB gesundheitlich bedingte Ausfälle), zum anderen aber auch die Möglichkeit einer Rückzahlung in Raten oder eine Stundung vorgesehen sein. Auch eine Aliquotierung der Rückzahlungsverpflichtung bei bereits längerer Tätigkeitsdauer im öffentlichen Gesundheitswesen könnte geboten sein, dies ist aber gegen den „Anreiz zum Ausstieg“ abzuwägen.⁴² Maßstab für die festzulegende Höhe kann dabei insb das durchschnittlich zu erwartende ärztliche Einkommen bilden. In Deutschland wurde grundsätzlich ein Betrag von 250.000,- Euro für die Landarztquote gewählt, die Landesgesetze sehen auch Härtefallregelungen vor. Hier könnte somit (mit entsprechender Inflationsanpassung) eine gewisse Orientierung am deutschen Modell erfolgen. Auch der Abbruch bereits des Studiums und nicht erst der Ausbildung müsste geregelt werden, insbesondere wenn dieser mangels fachlicher Eignung erfolgt, in Nordrhein-Westfalen etwa werden Studierende diesfalls ohne Sanktion aus der Verpflichtung entlassen.⁴³

Bindungsdauer: Die in Deutschland bei der Landarztquote vorgesehene Bindungsdauer von 10 Jahren nach der Ausbildung ist sehr lange, bei privatrechtlichen Verträgen sieht das AVRAG für private Dienstgeber vier bzw max acht Jahre Bindung bei Ausbildungskostenrückersätzen vor. Auch das Südtiroler Modell im EuGH-Fall *Simma Federspiel* sah fünf Jahre innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren vor und wurde vom EuGH insoweit als zulässig angesehen. Mehr als zehn Jahre erscheinen daher jedenfalls schwer zu argumentieren. Zu entscheiden ist weiters auch, ob eine Verpflichtungserklärung zu einem sofortigen Dienstantritt im öffentlichen Gesundheitswesen nach Ausbildungsende führt oder ob eine verpflichtete Person während eines gewissen Zeitraums „abrufbereit“ bleibt. 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.

Auf ein anderes Problem habe ich bereits in meinem erwähnten Gutachten für die Ärztekammer für Wien hingewiesen: Bei der Ausgestaltung der Bindungsdauer ist auch darauf zu achten, dass es zu keiner Diskriminierung von (insb: weiblichen) Ärztinnen und Ärzten kommt, die wegen Karenz, Kindererziehung oder Pflege von Angehörigen eine Pflichttätigkeit unterbrechen

⁴¹ Dazu auch *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 242.

⁴² § 2d des AVRAG sieht etwa für Ausbildungskostenrückersätze in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen eine zwingende Aliquotierung vor.

⁴³ *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 255.

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.⁴⁴ Dieses Problem ist auch in Deutschland identifiziert worden: In Nordrhein-Westfalen etwa ist eine Verlängerung der Frist wegen Elternschaftskarenz nicht vorgesehen, dafür ist eine Teilzeitbeschäftigung nur in Härtefällen gestattet.⁴⁵

Ort der Verpflichtungserfüllung bzw Art der Verpflichtungserfüllung (Krankenanstalt, Ordination): Hier kommt es sehr auf die Ausgestaltung des Systems an, ein „zweistufiges“ Quotensystem erlaubt etwa eine bessere Beachtung von Wünschen der verpflichteten Person. Zu klären wäre etwa auch, ob und wie oft ein Angebot abgelehnt werden darf, bevor eine Verpflichtungsverletzung und damit Pönalezahlung eintritt. Auch hier habe ich in meinem Gutachten für die Ärztekammer für Wien bereits Folgendes ausgeführt: „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“. Diese Überlegungen gelten auch bei einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung und werden ein einigermaßen komplexes Zuteilungssystem erfordern. Auch aus deutscher Sicht haben *Huster/Büscher* festgehalten, dass im Zweifel die Entscheidungsfähigkeit der verpflichteten Personen sichergestellt werden soll, weshalb in

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Vgl *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 259.

Nordrhein-Westfalen ein Bewerbungssystem auf freie Landarztstellen vorgesehen ist.⁴⁶ Dies trägt zur grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit der Regelung bei.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse dieses Gutachtens

- Während eine unfreiwillig entstehende Zwangsverpflichtung zur Dienstleistung im öffentlichen Gesundheitswesen für alle oder fast alle Medizinstudierenden in Österreich sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlich **unzulässig** ist (siehe dazu mein für die Ärztekammer für Wien erstattetes Gutachten), ist eine **freiwillig einzugehende Verpflichtung von Studierenden, gegen „bevorzugten“ Zugang zu Medizinstudienplätzen eine bestimmte Zeit im österreichischen öffentlichen Gesundheitswesen zu arbeiten, rechtlich vorstellbar**.
- Bereits jetzt besteht eine eher eingeschränkte Möglichkeit dieser Art in § 71c Abs 5a Universitätsgesetz, **diese ist aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht im Ausmaß (aber auch der Regelungsintensität) zulässigerweise noch ausbaufähig**. Sie ermöglicht derzeit die Bindung einer bestimmten Anzahl von Plätzen innerhalb der Restquote von 5% der Plätze, die frei verfügbar sind und nicht für EU-Bürgerinnen und Bürger bzw österreichische Maturazeugnisse reserviert sind.
- Eine freiwillige Selbstverpflichtung betrifft die grundrechtliche (insb Erwerbsfreiheit) und die unionsrechtliche (insb Arbeitnehmerfreizügigkeit/Niederlassungsfreiheit) Position der betroffenen Studierenden, wenn sie sich ohne Pönale nicht mehr von einer solchen lösen können. Damit eine solche Verpflichtung daher gerechtfertigt ist, dürfen zum einen – in Form einer Prognoseentscheidung – **nicht mehr Studierende verpflichtet werden, als voraussichtlich in späteren Jahren vom öffentlichen Gesundheitswesen benötigt werden**. Zum anderen bildet die Festlegung einer Quote für „freiwillig verpflichtete Medizinstudierende“ keinen Ersatz, sondern vielmehr eine sinnvolle Ergänzung für ein Bemühen des Staates, weiterhin verbesserte Konditionen für im öffentlichen Gesundheitswesen tätige Ärztinnen und Ärzte anzustreben und diese Tätigkeit damit auch für Personen zu attraktivieren, die keine Verpflichtung zur längerfristigen Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitswesen eingehen wollen.

⁴⁶ Näher *Huster/Büscher*, Das nordrhein-westfälische Landarztgesetz, VSSAR 2019, 253f.

- Die Festlegung einer Quote für freiwillige Verpflichtungen führt auch dazu, dass für nicht verpflichtungswillige Studierende weniger Studienplätze zur Verfügung stehen, was ebenfalls einer grundrechtlichen (Berufsausbildungsfreiheit nach Verfassungs- und Unionsrecht) und sonstigen unionsrechtlichen (Diskriminierungsverbot und Freizügigkeit) Rechtfertigung bedarf. EuGH und Kommission haben eine Quotierung (nach Abschlusszeugnissen) als ausnahmsweise zulässig anerkannt, **wenn diese im Interesse der Aufrechterhaltung des nationalen Gesundheitssystems erforderlich ist, im Ausmaß der „reservierten“ Plätze nicht über das dafür Notwendige hinausgeht und regelmäßig auf ihre weitere Erforderlichkeit überprüft wird.** Es müssen jedenfalls ausreichend „verpflichtungsfreie“ Studienplätze erhalten bleiben. In **Deutschland** etwa sind für Vorabquoten derzeit **maximal 20% der Studienplätze** vorgesehen, innerhalb dieser Quoten sind dann etwa Landarztquoten möglich (und auch in mehreren Bundesländern verwirklicht).
- Als entscheidend stellt sich trotz **grundsätzlicher Zulässigkeit** solcher freiwilliger Verpflichtungsmodelle deren konkrete Ausgestaltung dar, da sichergestellt werden muss, dass die Eingriffe in grundrechtlich und europarechtlich geschützte Rechtspositionen der verpflichteten Studierenden als auch der nicht verpflichtungswilligen Studierenden auf das zur Zielerreichung Notwendige beschränkt bleiben. Um diesen Vorgaben zu entsprechen, müssten bei der konkreten Ausgestaltung jedenfalls folgende Punkte bedacht werden:
 - Soll die Verpflichtung einstufig (zu Beginn des Studiums) oder zweistufig (einmal zu Beginn und einmal präzisierend hinsichtlich der weiteren Ausbildung am Ende des Studiums) erfolgen? Die erste Variante, die der deutschen Landarztquote ähnelt, ist leichter zu administrieren, während die zweite Variante komplexer ist, aber bei entsprechender Umsetzung treffgenauer und dann aus grundrechtlicher Sicht vorteilhafter ist.
 - Soll die Rechtsgrundlage der Verpflichtung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich sein? Vertragspartner sollte der Bund sein.
 - Für die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens gibt es mehrere Möglichkeiten, die auch davon abhängig sind, ob eine ein- oder zweistufige Verpflichtung eingeführt wird.
 - Die Höhe des Sanktionsbeitrags muss einerseits abschreckend bemessen sein, darf aber andererseits nicht wirtschaftlich erdrosselnd sein (was auch durch eine

entsprechende Ausgestaltung der Rückzahlungsmöglichkeiten sichergestellt werden kann) und auch die Berücksichtigung von Härtefällen ermöglichen.

- Die Bindungsdauer darf das zur Zielerreichung Notwendige nicht überschreiten, das deutsche Landarztmodell sieht etwa eine sehr lange Verpflichtungsdauer von zehn Jahren nach Ende der Ausbildung vor, das „Südtiroler Modell“ fünf Jahre innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren. Auch ist ein sofortiger Antritt einer verpflichtenden Tätigkeit bei Ausbildungsende weniger grundrechtlich belastend als ein aufgeschobener Antritt. Für Fälle insbesondere der Elternschaft ist vorzusorgen, in Deutschland etwa findet sich als Lösung einerseits, dass Karenzzeiten die Bindungsdauer nicht verlängern und andererseits Teilzeitbeschäftigung nur in Härtefällen gestattet ist.
- Je mehr den verpflichteten Personen bei der Wahl des Ort der Erfüllung (sowohl geographisch als auch hinsichtlich der Wahl des Faches bzw des niedergelassenen oder stationären Bereichs) ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommt, desto verhältnismäßiger stellt sich die Ausgestaltung der Verpflichtung aus grundrechtlicher Sicht dar.
- Die deutschen Landarztquoten nach mehreren Landesgesetzen könnten jedenfalls als Vorbild für die Bewältigung einiger dieser rechtlichen und organisatorischen Herausforderungen herangezogen werden, da diese bereits in praktischer Umsetzung sind und auch rechtswissenschaftlich bereits tiefgehender analysiert wurden. Der grund- und europarechtliche Rahmen ist hier in weiten Teilen auch vergleichbar.

