

Senat III der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

GBK III/266/20

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt gelangte am ... über den am ... eingelangten Antrag von **Herrn A** vertreten durch die Anwältin für die Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen betreffend die Überprüfung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, durch den Antragsgegner

Dr. med. X

gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz (in der Folge GIBG; idF BGBl. I Nr. 34/2015) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz (idF BGBl. I Nr. 107/2013) iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO (idF BGBl. II Nr. 275/2013) **zur Auffassung, dass durch den Antragsgegner eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen vorliegt.**

Der Sachverhalt stellte sich laut Antrag im Wesentlichen wie folgt dar:

Der Antragsteller habe am ... zum Zwecke einer Vorsorgeuntersuchung zum ersten Mal die Praxis des Antragsgegners aufgesucht. Der Antragsgegner habe ihn im Zuge des Gesprächs informiert, dass ein Paket mit zusätzlichen Blutuntersuchungen € 65,- kosten würde. Frauen würde der Antragsgegner für dieses Paket € 50,- verrechnen. Der Preisunterschied erkläre sich durch die zusätzliche Abfrage von Prostatawerten, welche aber altersbedingt beim Antragsteller medizinisch noch nicht notwendig sei.

Das Paket ohne Prostatawerte – welches sinnvollerweise für Frauen gelte – würde aber Männern nicht angeboten. Somit entstünden für Männer Mehrkosten von 30%, die nur gerechtfertigt erscheinen würden, sofern zusätzlich Prostatawerte abgefragt würde.

Die Frage des Antragstellers, ob er das Paket zum selben Preis wie Frauen bekommen könne, habe der Antragsgegner verneint.

Vom Antragsgegner langte zu den Vorwürfen am ... im Wesentlichen folgende Stellungnahme ein:

Da die bei einer Vorsorgeuntersuchung im Sinne der Kassenleistung inkludierten Leistungen nicht sehr umfassend seien (inkludiert: rotes Blutbild (nur bei Frauen!), Leber (GGT), Blutfette (Triglyceride, Cholesterin, HDL) und Blutzucker) und nur beschränkte Aussagekraft haben, biete der Antragsgegner seinen Patienten weitere Blutuntersuchungen an.

Ein im Sinne der Vorsorge möglichst umfassendes Paket, das eine ärztliche Gesamteinschätzung des Gesundheitszustands ermöglichen solle, sei vom Antragsgegner unter medizinischen Aspekten sinnvoll zusammengestellt und gehe in Bezug auf die Bestimmung des PSA-Werts (Prostata spezifisches Antigen) auf die physiologischen Gegebenheiten beim Mann ein. Es stelle keine Diskriminierung dar, in dem Sinn, dass für die gleiche Leistung ein unterschiedlicher Preis verrechnet würde. Vielmehr würde eine erweiterte Leistung aufgrund der anatomisch unterschiedlichen Organausstattung bei Männern durchgeführt. Mit dieser erweiterten

Leistungserbringung würde ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt verfolgt, nämlich einen auffälligen PSA-Wert abzuklären.

Das Prostatakarzinom sei die häufigste Krebserkrankung bei Männern. Die einfache, rasche, wenig invasive oder belastende Möglichkeit diesen Wert aus dem Blut zu überprüfen, sollte im Sinne einer vorsorgenden, umfassenden Untersuchung ergriffen werden. Auch die Mittel zur Erreichung dieses Zieles seien angemessen und erforderlich: Für den Patienten würden keine zusätzlichen körperlichen oder zeitlichen Belastungen entstehen, da es sich um eine weitere Bestimmung bei einer ohnehin schon vorgenommenen Blutabnahme handle und diese im Sinne der Befundbesprechung durchgegangen würde; € 15,- seien dem Arbeits- und Materialaufwand angemessen.

Anmerkung: Aus dem medizinischen (und rechtlichen) Verständnis des Antragsgegners würde sich eine Diskriminierung dann ergeben, wenn sich der häufigste Krebs bei Frauen (Brustkrebs) auch aus einer einfachen Blutuntersuchung heraus einschätzen lassen würde und er diese nicht durchführen / ins Paket mit aufnehmen würde. Leider sei bei weiblichen Patienten diese Möglichkeit nicht gegeben.

Generell zu diskutieren, und auch mit jedem Patienten im Sinne einer mündigen Patientenentscheidung zu besprechen, sei eher die Tatsache, ob eine umfassende Blutanalyse in jüngerem Alter gewünscht bzw. erforderlich sei. Für jede der dadurch gescreenten Erkrankungen bzw. für jeden untersuchten Risikofaktor sei ein auffälliges pathologisches Ergebnis im Alter ungefähr bis zu 50 Jahren wesentlich unwahrscheinlicher als im höheren Alter.

Weitere Überlegungen aus Sicht des Antragsgegners, die wahrscheinlich rechtlich nicht direkt relevant seien, aber in die Gesamteinschätzung einfließen sollten:

Sei es vertretbar / wie weit müsse man sich darauf einlassen, dass ein Patient einzelne Bestandteile einer Untersuchung selektiv abwähle, weil er dort keinen medizinischen Untersuchungsbedarf vermute? (Dokumentationsaufwand, Patientenzustand schwieriger einzuschätzen, unternehmerisch aufwändiger durch größere Vielzahl an Dienstleistungen, ...)

Zum Beispiel würde der Antragsgegner auch bei z. B. einer Ultraschalluntersuchung des Bauchraums nicht auf eine Untersuchung der Nieren verzichten, nur weil der Patient vermute, dass diese ohnehin unauffällig seien.

Der Antragsgegner sei in seiner Arbeit und seinem persönlichen Umfeld ehrlich bemüht, Gleichbehandlung und Gleichberechtigung zu leben und sei sich im vorliegenden Fall keiner diskriminierenden Handlung und keiner diesbezüglichen Absicht bewusst.

In der Sitzung des Senates III der Gleichbehandlungskommission am ... wurden der Antragsteller und der Antragsgegner befragt:

Der Antragsteller erläuterte in seiner Befragung im Wesentlichen, dass er bei der Anmeldung in der Praxis des Antragsgegners Informationen bezüglich Zusatzleistungen bekommen habe. Diese seien optional zu den von der Krankenkasse abgedeckten Leistungen gewesen. Das Paket sei in zwei Varianten angeboten worden, einmal mit dem PSA-Wert und einmal ohne („Frauenpaket“). Der Preiszuschlag bei dem Paket mit dem PSA-Wert habe in etwa 25% betragen.

Im Gespräch mit dem Antragsgegner sei der Prostatawert besprochen worden. Dessen Bestimmung sei beim Antragsteller aber altersbedingt als nicht notwendig oder sinnvoll eingestuft worden. Dementsprechend hätte der Antragsteller gerne das andere Paket ohne PSA-Wert genommen, was ihm aber verweigert worden sei.

Der Antragsgegner erläuterte in seiner Befragung im Wesentlichen, dass von ihm im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung die Auswertung verschiedener Blutwerte zusätzlich angeboten würde, um eine allumfassende Aufklärung zu gewährleisten. Diese zusätzlichen Blutwerte würden in seinem Labor als Privatleistung ausgewertet. Der Aufpreis für das Zusatzpaket mit PSA-Wert betrage € 65,- und ohne PSA-Wert € 50,-. Bis auf den PSA-Wert seien beide Zusatzpakete ansonsten gleichen Inhalts.

Diese Preisgestaltung sei nur möglich, indem die Untersuchungen der Blutwerte ohne PSA-Wert über den Aufpreis für Männer querfinanziert würden. Diese Preisgestaltung funktioniere wiederum nur über eine möglichst große Anzahl von Patienten und Patientinnen aller Altersgruppen. Aufgrund geringerer Einnahmen sei ein Paket für Männer ohne PSA-Wert daher nicht finanzierbar. In gewisser Weise würden Männer mehr zahlen, um die Tests der Frauen zu finanzieren.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Senat III hatte den Fall einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 leg.cit. zu prüfen, nämlich, ob Männer aufgrund ihres Geschlechts bei der Inanspruchnahme der Zusatzpakete für Blutuntersuchungen des Antragsgegners weniger günstig behandelt werden oder die unterschiedliche Behandlung aus vom Gleichbehandlungsgesetz nicht sanktionierten Gründen erfolgte und dem Antragsgegner der Beweis darüber im Verfahren gelungen ist.

Die relevanten Bestimmungen des Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) lauten:

§ 30. (1) *Für das Merkmal des Geschlechts gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.*

§ 31. (1) *Auf Grund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, oder der ethnischen Zugehörigkeit darf niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, diskriminiert werden. Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts.*

§ 32. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 31 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

§ 33. Die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, ausschließlich oder überwiegend für Personen eines Geschlechts ist keine Diskriminierung, wenn dies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, also durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

§ 38. (1) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

...

(3) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 31 oder 35 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 31 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 32 Abs. 2 oder des § 33 vorliegt. Bei Berufung auf § 35 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Antragsgegner bietet im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung Zusatzpakete zur Bestimmung von von der Krankenkasse nicht übernommenen Blutwerten für Frauen und Männer an. Das Zusatzpaket für Männer kostet inklusive PSA-Wert (Prostata spezifisches Antigen) € 65,-. Das Zusatzpaket für Frauen (ohne PSA-Wert) kostet € 50,-. Bis auf den PSA-Wert sind beide Zusatzpakete ansonsten gleichen Inhalts. Das Zusatzpaket für Frauen kann von Männern nicht in Anspruch genommen werden.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat erwogen:

Der Senat III bejahte in seiner Sitzung vom ... die Frage einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch den Antragsgegner iSd § 32 Abs. 1 GIBG.

Das Gleichbehandlungsgebot verbietet eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Der Antragsgegner betreibt eine Arztpraxis, welche gegen Entgelt von einer unbestimmten Öffentlichkeit genutzt werden kann. Seine Dienstleistungen sind somit vom Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes umfasst (§ 30 leg.cit.).

Festgehalten wird, dass es nicht Aufgabe des Senates ist, die Rechtmäßigkeit oder notwendige medizinische Indikation von bestimmten medizinischen Leistungen bei Patienten und Patientinnen zu beurteilen. Es ist allein die Frage zu beantworten, ob im gegenständlichen Fall durch den Antragsgegner eine Männer diskriminierende Preisgestaltung hinsichtlich der Zusatzpakete zur Bestimmung von weiteren Blutwerten vorliegt.

Die vom Antragsgegner für Frauen und Männer angebotenen Zusatzpakete unterscheiden sich inhaltlich nur hinsichtlich der nur für Männer vorgesehenen zusätzlichen Bestimmung des PSA-Werts. Männer können aber das Zusatzpaket für Frauen (ohne PSA-Wert) nicht in Anspruch nehmen (auch wenn die Bestimmung des PSA-Werts weder indiziert noch erwünscht ist). Nach Aussage des Antragsgegners liege der Grund darin, dass ansonsten die Finanzierbarkeit des günstigeren Zusatzpakets für Frauen nicht mehr gegeben wäre. In gewisser Weise würden Männer mehr bezahlen, um die Zusatzpakete der Frauen zu finanzieren.

Eine auf dem Geschlecht beruhende Querfinanzierung für gleiche Leistungen ist sowohl vom Gleichbehandlungsgesetz als auch vom europäischen Richtlinienrecht aber untersagt. Es ist rechtlich nicht zulässig, gleiche Leistungen für Frauen und Männer zu einem unterschiedlichen Preis anzubieten. Jedes Geschlecht muss die angebotene Leistung zum selben Preis in Anspruch nehmen können.

Eine (preisliche) Differenzierung ist im gegenständlichen Fall nur hinsichtlich der Zusatzuntersuchung des PSA-Werts zulässig, weil dieser aus biologischen Gründen nur beim männlichen Geschlecht bestimmt werden kann.

Das Ausschließen des männlichen Geschlechts von der Inanspruchnahme des Zusatzpakets für Frauen zum Preis von € 50,- (ohne PSA-Wert) stellt daher eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Wirtschaftliche Gründe können keine Rechtfertigung für diskriminierendes Verhalten darstellen.

Gemäß § 38 Abs. 3 leg.cit. obliegt es dem/der Antragsgegner/in zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Antragsgegner/in glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war.

Unter Zugrundelegung des § 38 Abs. 3 leg.cit. ist es dem Antragsgegner nicht gelungen, den Vorwurf der Diskriminierung gemäß § 31 Abs. 1 iVm 32 Abs. 1 leg.cit. zu entkräften.

Der Senat III kam daher zur Auffassung, dass durch den Antragsgegner eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz vorliegt.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hält es daher für notwendig, dass der Antragsgegner sich mit der geltenden Rechtslage vertraut macht, das Gleichbehandlungsgesetz respektiert und in Hinkunft alle Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, preislich gleichbehandelt.

Insbesondere sollen durch den Antragsgegner taugliche innerbetriebliche Strukturen zur Vermeidung von Diskriminierungen geschaffen werden, wie gründliche Schulungen hinsichtlich aller relevanten Gesetzesmaterien, insbesondere des Gleichbehandlungsgesetzes zur geschlechtsneutralen Preisgestaltung.

Ferner soll auf der Homepage des Antragsgegners (www...) ab sofort ein gut erkennbarer und dauerhafter Hinweis auf die Existenz des Gleichbehandlungsgesetzes aufgenommen

werden, sowie an derselben Stelle explizit darauf hingewiesen werden, dass niemand aufgrund des Geschlechts diskriminiert wird und dass sich Personen zur Beratung an die Gleichbehandlungsanwaltschaft wenden können.

20. Mai 2021

Dr.ⁱⁿ Maria Wais

(Vorsitzende)

Hinweis: Gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz sind die Vorschläge der Gleichbehandlungskommission binnen zwei Monaten umzusetzen. Wenn einem Auftrag gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz (siehe obige Vorschläge des Senates III) nicht binnen zwei Monaten entsprochen wird, kann jede im Senat III vertretene Interessenvertretung gemäß § 12 Abs. 4 GBK/GAW-Gesetz auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.