MENSCHENRECHTSBEIRAT
der Volksanwaltschaft
Vorsitz: Univ.-Ass. DDr. Renate KICKER
StV: Hon.-Prof. Dr. Gerhard AIGNER

1015 Wien, Singerstraße 17
Tel: 01/51505-233
walter.witzersdorfer@volksanwaltschaft.gv.at
www.volksanwaltschaft.gv.at

Stellungnahme des Menschenrechtsbeirats zur Zulässigkeit absoluter medizinischer Ausschließungsgründe für die Aufnahme in die Polizeigrundausbildung

Inhalt: Seite

A. Bezug 1
B. Normenlage international 2
I. UN-Behindertenrechtskonvention 2
1. Allgemeines 2
2. Verpflichtungen der Republik Österreich aus der UN-BRK 3
II. RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf 4
III. Exkurs: Medizinische Ausschlussgründe bei VN-Missionen 5
C. Normenlage national 5
I. Verfassungsrecht 5
II. Einfachgesetzlicher Rahmen 7
1. Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 7
2. Sicherheitspolizeigesetz 8
3. Behinderteneinstellungsgesetz 9
D. Resümee 10
I. Erläuterung der Zulässigkeit absoluter Ausschlusskriterien am Beispiel medikamentös behandelbarer Erkrankungen 10
II. Fazit 11

A. Bezug

Bei der 64. Sitzung des Menschenrechtsbeirates vom 13.2.2024 wurde eine Vorlage des GB-A in Abstimmung mit GB-C hinsichtlich der (menschenrechtlichen) Zulässigkeit von „absoluten medizinischen Ausschließungsgründen für die Aufnahme in die Polizeigrundausbildung“ präsentiert und erörtert (siehe Punkt 5.3. des Protokolls dieser Sitzung). Der Menschenrechtsbeirat wurde ersucht, hierzu eine Stellungnahme abzugeben.

In der angesprochenen Vorlage wird auf eine an die Allgemeinheit gerichtete Unterlage des BMI Bezug genommen, welche die Überschrift „Medizinischer Teil – Ausschlusskriterien für den Exekutivdienst“ aufweist und folgende Einleitung aufweist:

„Die Polizeidiensttauglichkeit ist bei Vorliegen von folgenden körperlichen Merkmalen nicht gegeben, diese sind ein absoluter Ausschlussgrund. Bitte prüfen Sie sorgfältig, ob sie all diese Merkmale ausschließen können. Wir möchten darauf hinweisen, dass bei Einnahme einer Dauermedikation (ausgenommen ist dabei die Schilddrüsenhormontherapie) und durch frühere Medikamenteneinnahme verursachte Folgekrankheiten, absolute Ausschließungsgründe für die Aufnahme in die Polizeigrundausbildung sind.“

Die Fragestellung an den MRB lautete:

Entspricht die Auflistung chronischer Erkrankungen bzw. geburtsbedingter oder erworbener Beeinträchtigungen, die lt. BMI absolute medizinische Ausschließungsgründe für die Begründung eines Polizeigrundausbildungsverhältnisses darstellen, einem Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt bzw. der UN-BRK? Wenn ja, inwiefern? Wenn nein, warum?

Im Rahmen der Erledigung der Vorlage hat auf Initiative des Bundesministeriums für Inneres (BMI) am 26.8.2024 ein Gespräch zwischen Mitgliedern der Arbeitsgruppe und Vertretern und Vertreterinnen des BMI stattgefunden. Dabei wurde von XXXXX, dargelegt, dass die an die Allgemeinheit gerichtete Unterlage des BMI „Medizinischer Teil - Ausschlusskriterien für den Exekutivdienst“ bereits seit einiger Zeit von der Website entfernt wurde. Diese Liste sei auch für die Beurteilung der Eignung von Kandidaten und Kandidatinnen für die Aufnahme in den Polizeidienst nicht von Relevanz. Vielmehr erfolge eine Einzelfallprüfung für jede Bewerbung. Grundlage für diese sei der Erlass „Vorschriften über die körperliche Eignung für den Exekutivdienst“ (GZ: 2024-0.471.311), welcher am 27.6.2024 XXXXX genehmigt wurde. Demgegenüber sind in diesem Erlass allerdings absolute Ausschlussgründe dargelegt.

Sollten sich bei der polizeiärztlichen Untersuchung Auffälligkeiten ergeben, die die Eignung zweifelhaft machen, steht es den Bewerbern und Bewerberinnen frei, die Eignung durch auf eigene Kosten beizubringende Facharztbefunde zu belegen, wobei die abschließende Bewertung der Befunde für die Eignung zum Exekutivdienst von den untersuchenden Ärzten und Ärztinnen der Polizei vorgenommen wird.

Angesichts dieser sich geändert habenden Grundlagen für die Vorlage des GB-A wurde mit der Volksanwaltschaft das Einvernehmen dahingehend hergestellt, dass die Stellungnahme des MRB sich nun nicht mehr auf die seinerzeitige Auflistung, sondern die aktuell geübte Praxis des BMI erstrecken möge. In diesem Sinne wird diese Stellungnahme hiermit abgegeben, wobei zuerst die internationalen Regeln und sodann die nationalen Vorschriften dargestellt werden und am Schluss das Resümee erfolgt.

B. Normenlage international

I. UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)

1. Allgemeines

(a) Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK) ist ein internationaler Vertrag, in dem sich die Unterzeichnerstaaten verpflichten, die Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten. In Österreich ist die UN-BRK seit 26. Oktober 2008 in Kraft.

(b) Österreich hat zusätzlich zur UN-BRK auch das ergänzende Fakultativprotokoll unterzeichnet. Dieses räumt Einzelpersonen und Personengruppen die Möglichkeit ein, beim UN-Behindertenrechtsausschuss in Genf eine Individualbeschwerde einzureichen.

(c) Zweck der UN-BRK ist es, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern.

2. Verpflichtungen der Republik Österreich aus der UN-BRK

(a) Über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs hat die Universität Innsbruck im Auftrag der Republik Österreich am 28.02.2014 ein Gutachten (von nun kurz „das Gutachten") erstattet. Der MRB schließt sich dieser Rechtsauffassung an.

Siehe dazu:

(https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278, abgerufen am 31.10.2024).

(b) Generell ist zu beachten, dass die UN-BRK als Staatsvertrag im Rang eines einfachen Gesetzes ratifiziert wurde und überdies unter Erfüllungsvorbehalt steht. Dies bedeutet, dass eine Vorschrift eines Staatsvertrags nicht unmittelbare Grundlage für einen (generellen oder individuellen) Verwaltungsakt oder für ein Urteil sein kann, auch wenn sie hinreichend bestimmt wäre, um unmittelbar angewendet zu werden. Ein unter Erfüllungsvorbehalt genehmigter Staatsvertrag kann folglich ohne Hinzutreten eines (schon vorhandenen oder erst zu erlassenden) Gesetzes nicht unmittelbare Grundlage für einen Verwaltungsakt oder ein Urteil bilden (RN 36 des Gutachtens).

(c) Die Umsetzungsverpflichtungen aus dem Übereinkommen und dem Fakultativprotokoll treffen vermöge des Erfüllungsvorbehalts vorrangig den Gesetzgeber, und zwar je nach der im B-VG verankerten Kompetenzverteilung den Bundes- oder die Landesgesetzgeber (RN 42 des Gutachtens). Darüber hinaus besteht allerdings eine die Verwaltungsbehörden und Gerichte treffende verfassungsrechtliche Pflicht zur völkerrechtskonformen Interpretation. Diese besteht nämlich nach der hM auch und insbesondere in Bezug auf unter Erfüllungsvorbehalt abgeschlossene Staatsverträge (RN 47 des Gutachtens).

(d) Art 27 Abs 1 Satz 2 lit g UN-BRK macht es den Konventionsstaaten zur Aufgabe, Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen. Mit „öffentlichen Sektor" ist dabei der gesamte staatliche Bereich gemeint. Auch hier handle es sich nach Meinung der Universität Innsbruck eher um eine programmatische Bestimmung, deren Umsetzung ua durch die Statuierung (und Erfüllung) von Beschäftigungsquoten gefördert werden kann (RN 545 des Gutachtens).

(e) Von Relevanz ist weiters die Vorgabe von Art 27 Abs 1 Satz 2 lit i UN-BRK, wonach die Konventionsstaaten sicherzustellen haben, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Unter „angemessenen Vorkehrungen" sind gem. Art 2 „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen" zu verstehen, die „keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen".

Diese programmatische Bestimmung trifft aber keine Aussage darüber, worin solche angemessenen Maßnahmen bestehen könnten. In der Literatur werde darauf hingewiesen, dass als angemessene Vorkehrungen u.a. der Abbau von baulichen Barrieren, die technische Anpassung von Arbeitsplätzen, eine Änderung der Arbeitsplatzbeschreibung oder die Änderung von Arbeitszeitmustern in Betracht kommen können (RN 548 des Gutachtens).

Was die konkrete Verpflichtung der Konventionsstaaten anbelangt, so geht es zentral um gesetzgeberische Maßnahmen, mit denen die Arbeitgeber zu derartigen angemessenen Vorkehrungen zu verpflichten sind, wobei diese gesetzlichen Regelungen aber die Einschränkung berücksichtigen müssen, dass die den Arbeitgebern abverlangten Änderungen und Anpassungen für diese keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen dürfen (RN 549 des Gutachtens).

<u>II. RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf</u>

In den Erwägungsgründen dieser Richtlinie wurde explizit auf Menschen mit Behinderungen Bezug genommen. Diese lauten auszugsweise:

„(16) *Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen, spielen eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung.*

(18) *Insbesondere darf mit dieser Richtlinie den Streitkräften sowie der Polizei, den Haftanstalten oder den Notfalldiensten unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Ziels, die Einsatzbereitschaft dieser Dienste zu wahren, nicht zur Auflage gemacht werden, Personen einzustellen oder weiter zu beschäftigen, die nicht den jeweiligen Anforderungen entsprechen, um sämtliche Aufgaben zu erfüllen, die ihnen übertragen werden können.*

(20) *Es sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden, d. h. wirksame und praktikable Maßnahmen, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, z. B. durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen.*

(21) *Bei der Prüfung der Frage, ob diese Maßnahmen zu übermäßigen Belastungen führen, sollten insbesondere der mit ihnen verbundene finanzielle und sonstige Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens und die Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten berücksichtigt werden.*

(23) *Unter* ***sehr begrenzten Bedingungen*** *kann eine* ***unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt*** *sein, wenn ein Merkmal, das mit der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck*

und eine angemessene Anforderung handelt. Diese Bedingungen sollten in die Informationen aufgenommen werden, die die Mitgliedstaaten der Kommission übermitteln."

III. Exkurs: Medizinische Ausschlussgründe bei VN-Missionen

Das BMEIA-Völkerrechtsbüro war so freundlich, im Wege der Österreichischen Ständigen Vertretung bei den Vereinten Nationen (VN) in New York Informationen über medizinische Ausschlussgründe für das Personal von internationalen VN-Friedens-erhaltenden Operationen (FEO) bzw. VN-Polizeimissionen einzuholen. Zumal die VN bei den Auswahlkriterien nicht zwischen FEO und Polizeimissionen unterscheiden, gelten die meisten Regelungen betreffend medizinischer Fragen analog für Angehörige von Militär und Polizei.

Die Auswahl von Polizeibeamtinnen und -beamten für einen Einsatz im Rahmen von VN FEO sind in den VN Standing Operating Procedures (SOP) "Assessment for Mission Service of Individual Police Officers" geregelt. Darin findet sich folgende Vorgabe:

> *"A candidate must be physically and mentally fit taking into consideration that he or she will be deployed to a potentially hostile and hazardous environment. Fitness does not simply imply absence of disease, but also the ability to work effectively under such circumstances. Medical fitness for specific Mission is certified by the UN Mission Medical Services."*

Die hierfür herangezogenen konkreten medizinischen Standards für einen Einsatz von Militär- und Polizeipersonal im Rahmen von VN FEO sind im "Medical Support Manual for United Nations Field Missions" festgehalten. Grundsätzlich muss individuell entsandtes Militär- und Polizeipersonal vor der Entsendung im jeweiligen Heimatland eine Reihe normierter medizinscher Untersuchungen absolvieren und die Testergebnisse als Teil der Nominierungsunterlagen an die VN übermitteln. Anhand der Untersuchungsergebnisse wird von den VN die grundsätzliche Eignung für einen Einsatz im Rahmen einer VN-FEO festgelegt.

C. Normenlage national

I. Verfassungsrecht

(1) Gemäß Art. 7 Abs. 1 B-VG sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich ("Gleichheitsgrundsatz"). Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen.

Der Gleichheitsgrundsatz bindet sowohl den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001) als auch die Vollziehung. In ständiger Rechtsprechung hat der Verfassungsgerichtshof insbesondere folgende - zu Formeln verfestigte - grundsätzliche Positionen zum Gleichheitssatz entwickelt:

(2) Der Gleichheitsgrundsatz gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, und setzt dem Gesetz- wie auch dem Verordnungsgeber insofern inhaltliche Schranken, als er

es verbietet, sachlich nicht begründbare Differenzierungen zu schaffen (vgl. VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005, 20.244/2018, 20.270/2018).

(3) Der Gesetzgeber kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall abstellen (vgl. z.B. VfSlg. 14.841/1997, 16.124/2001, 16.771/2002 und 20.298/2018); dass dabei Härtefälle entstehen, macht ein Gesetz nicht gleichheitswidrig (z.B. VfSlg. 11.615/1988, 14.841/1997).

Ein Gesetz ist nicht schon dann gleichheitswidrig, wenn sein Ergebnis nicht in allen Fällen als befriedigend angesehen wird. Nicht jede Härte im Einzelfall, die eine einheitliche Regelung mit sich bringt, kann bereits als unsachlich gewertet werden. Dem Gesetzgeber muss es gestattet sein, eine einfache und leicht handhabbare Regelung zu treffen (vgl. VfSlg. 11.616/1988, 14.694/1996, 16.361/2001, 16.641/2002, 20.138/2017).

(4) Gemäß Art. 7 Abs. 1 dritter Satz B-VG darf niemand wegen „seiner Behinderung" benachteiligt werden. Aus den Gesetzesmaterialien (AB 785 BlgNR XX. GP, 5) ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den "inneren Gehalt des Gleichheitssatzes" nicht verändern, sondern zusätzlich behinderungsspezifisch bekräftigen wollte, so dass "auch bei einer auftretenden Ungleichbehandlung von behinderten Menschen der Verfassungsgerichtshof diese immer auf ihre sachliche Rechtfertigung zu prüfen hat" (AB aaO 5). Angesichts dieses Gleichklanges im Bedeutungsgehalt des behindertenspezifischen Benachteiligungsverbotes mit dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot kann im gegebenen Zusammenhang dahinstehen, ob jedes Krankheitsbild, das die Unterlage des BMI auflistet, bereits eine "Behinderung" i.S.d. Art. 7 B-VG darstellt.

(5) Gemäß Art. 7 Abs. 1 vierter Satz B-VG bekennen sich der Bund, die Länder und die Gemeinden dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten. Dabei handelt es sich um eine "Staatszielbestimmung, die keine subjektiven Rechte und keine unmittelbaren Handlungspflichten statuiert, aber bei der Auslegung und Handhabung des übrigen (Verfassung-)Rechts zu berücksichtigen ist" (so *Kneihs* in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Art. 7/1 S 3, 4 B-VG, Rz 2).

(6) Art. 14 EMRK ("Verbot der Benachteiligung") garantiert die "in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten" ohne Benachteiligung, insbesondere aus Gründen des Geschlechtes, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauungen, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder des "sonstigen Status". Die Aufzählung der verpönten Unterscheidungsmerkmale ist demonstrativ (vgl. nur zB *Muzak*, B-VG[6] 1005). Es obliegt keinem Zweifel, dass auch der Gesundheitszustand oder eine "Behinderung" einen "sonstigen Status" i.S.d. Art. 14 EMRK begründen kann.

(7) Zu beachten ist jedoch, dass das spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK nach dem Text der Konvention auf die durch die Konvention geschützten Bereiche bezogen ist (vgl. *Grabenwarter/Frank*, B-VG [2020] 519; *Kneihs* in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht,

Art. 7/1 S 3, 4 B-VG, Rz 21 und 27), also nicht jedenfalls zum Tragen kommt. Nun ist zu bedenken, dass weder die EMRK noch ihre Zusatzprotokolle ein Recht auf Aufnahme in den öffentlichen Dienst gewährleisten. Die Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK auf den vorliegenden Sachverhalt ist daher fraglich.

Wollte man dessen ungeachtet die Anwendungsbarkeit des Art. 14 EMRK bejahen, so hätte dies zur Folge, dass (in diesem Anwendungsbereich) Benachteiligungen aus Gründen des Gesundheitsstatus oder einer Behinderung gegen diese Bestimmung verstoßen würden. Dieses Benachteiligungsverbot schließt jedoch nicht jede differenzierende Behandlung, etwa aus Gründen des Gesundheitsstatus, aus, sondern verlangt hierfür wiederum eine sachliche Rechtfertigung (*Grabenwarter/Frank*, B-VG [2020] 520).

(8) Gemäß Art. 3 StGG sind die öffentlichen Ämter für alle Staatsbürger gleich zugänglich. Nach der ständigen Rechtsprechung lässt sich aus dieser Bestimmung jedoch kein Recht auf Verleihung eines öffentlichen Amtes ableiten (VfSlg. 6806/1972; *Grabenwarter/Frank*, B-VG [2020] 548); vielmehr reduziert die Rechtsprechung dieses Recht im Ergebnis auf ein Bewerbungsrecht. Im Allgemeinen lehnt die Rechtsprechung bereits eine Parteistellung von Bewerbern um ein öffentliches Amt im Auswahlverfahren ab (vgl. nur etwa *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht[6] [2020] 775 m.w.N. der Rsp.; vgl. in der Folge auch § 24 Abs. 1 der Eignungsprüfungsverordnung-Inneres, BGBl. II 400/2012, idF BGBl. II 157/2023). Angesichts dieser Bedeutung von Art. 3 StGG (im Verständnis der Rechtsprechung) lässt sich auch aus der durch Art. 18 B-VG gewährleisteten Berufswahlfreiheit im gegebenen Zusammenhang nichts Zusätzliches gewinnen.

II. Einfachgesetzlicher Rahmen

1. Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG)

(a) Gemäß § 4 BDG zählen zu den allgemeinen Ernennungserfordernissen für Beamte "die persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind" (vgl. gleichsinnig § 3 Abs. 1 Z 3 VBG). Besondere Ernennungserfordernisse werden im besonderen Teil des BDG sowie durch Anlage 1 zum BDG geregelt. Anlage 1 Unterpunkt 11 legt für die Verwendungsgruppe E 2c (Beamtinnen und Beamte in der Grundausbildung für den Exekutivdienst) als besonderes Ernennungserfordernis unter anderem (lit. a) die erfolgreiche Ablegung der Aufnahmeprüfung fest.

(b) Die unter Berufung auf § 7 Abs. 4 SPG erlassene Eignungsprüfungsverordnung-Inneres, BGBl. II 400/2012, idF BGBl. II 157/2023, legt (in § 1) als Gegenstand der Eignungsprüfung von Aufnahmewerberinnen und Aufnahmewerbern in den Exekutivdienst deren Prüfung auf "ihre körperliche und geistige Eignung" fest. Auch diese Verordnung geht jedoch nicht so weit, einzelne Gesundheitszustände oder Behinderungen zu identifizieren, die als Ausschlusskriterien für den Exekutivdienst zu gelten haben.

Aus § 14 Abs 1 der Eignungsprüfungsverordnung-Inneres ist zu entnehmen, dass im Auftrag des Bundesministers für Inneres (…) in ihrer Funktion medizinische Sachverständige an der Feststellung der geistigen und körperlichen Eignung von Aufnahmewerbenden mitzuwirken haben. Sie haben dabei zur Feststellung von Gründen, die auf eine fehlende körperliche Eignung oder mangelnde geistige Gesundheit schließen lassen, die gesundheitliche Vorgeschichte zu erheben, klinisch-ärztliche Untersuchungen durchzuführen und eine zusammenfassende Beurteilung des körperlichen und geistigen Eignungszustands (§ 15 Abs. 2) zu erstellen.

Von Bedeutung ist daher noch § 15 Abs 2 der Eignungsprüfungsverordnung-Inneres, welcher besagt, dass das Ergebnis der ärztlichen Eignungsuntersuchung in Form einer zusammenfassenden Beurteilung des körperlichen und geistigen Eignungszustands zu dokumentieren ist.

2. Sicherheitspolizeigesetz (SPG)

(a) Gemäß § 5 Abs. 1 SPG versehen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes für die Sicherheitsbehörden den Exekutivdienst. Zu dieser Organkategorie zählen im Kern die Angehörigen des Wachkörpers "Bundespolizei" (die Angehörigen der Gemeindewachkörper sind im gegebenen Zusammenhang nicht von Bedeutung) und weiters andere Bedienstete der Sicherheitsbehörden, sofern sie "zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt" wurden.

(b) Der "Exekutivdienst", um dessen Aufnahmeanforderungen es hier geht, ist gesetzlich definiert: Gemäß § 5 Abs. 3 SPG besteht der "sicherheitspolizeiliche Exekutivdienst […] aus dem Streifen- und Überwachungsdienst, der Ausübung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht und der Gefahrenabwehr mit den Befugnissen nach dem 3. Teil sowie aus dem Ermittlungs- und dem Erkennungsdienst". Der Exekutivdienst umfasst damit jedenfalls die wesentlichen sicherheitspolizeilichen Aufgaben der ersten allgemeinen Hilfeleistung (§ 19 SPG) und der (erforderlichenfalls mit Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzenden) Gefahrenabwehr (§ 21 SPG). Sinngemäß Entsprechendes gilt für den Exekutivdienst in Vollziehung weiterer (verwaltungspolizeilicher) Vorschriften.

(c) Aus diesen Bestimmungen ergibt sich jedenfalls, dass die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt für den Exekutivdienst wesentlich ist. Bedienstete der Sicherheitsbehörden, die weder dem Wachkörper Bundespolizei angehören noch zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt werden, zählen daher nicht zum Personenkreis, der den Exekutivdienst wahrnimmt; für sie (also etwa Innendienst-Sachbearbeiter einer Landespolizeidirektion) gelten die in Rede stehenden Anforderungen daher nicht.

3. Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG)

Es wurde im Rahmen des Behindertengleichstellungspakets, BGBl I Nr. 82/2005 der – durch die RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) gebotene – Schutz vor Diskriminierung in den §§ 7a bis 7r BEinstG festgeschrieben.

(a) Anzumerken ist, dass die Bestimmungen der §§ 7a ff BEinstG, auch auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse sowie Ausbildungsverhältnisse aller Art zum Bund anwendbar sind; folglich ist das Ausbildungsverhältnis in den Exekutivdienst bei § 7a Abs 2 Z 2 BEinstG zu subsumieren.

(b) Der Begriff der Behinderung wird für den Anwendungsbereich des BEinstG in dessen § 3 als Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen definiert, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren.

§ 7b Abs 4 BEinstG stellt klar, dass für die Anwendbarkeit der Antidiskriminierungsbestimmungen ein festgestellter Grad der Behinderung nicht erforderlich ist. Nach § 3 BEinstG muss für das Vorliegen einer Behinderung also eine Funktionsbeeinträchtigung mit einer Mindestdauer von sechs Monaten gegeben sein, aus der sich eine Erschwernis bei der Teilnahme am Arbeitsleben ergibt.

(c) Ob eine Funktionsbeeinträchtigung vorliegt, muss nach h.A. anhand eines Vergleichs mit der Funktionsfähigkeit, die für einen Menschen als normal angesehen wird, ermittelt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob sich aus der Behinderung eine Erschwernis bei der Teilnahme am Arbeitsleben ergibt. Bei dieser Beurteilung ist nicht (nur) auf die konkrete Arbeitsplatzsituation, sondern auf den abstrakten Arbeitsmarkt abzustellen. Nicht jede Funktionsbeeinträchtigung ist daher auch eine Behinderung.

(d) Die verschiedenen Diskriminierungsverbote werden in den §§ 7b ff BEinstG normiert und bieten einen umfänglichen Schutz vor Benachteiligungen über den gesamten Verlauf eines Beschäftigungsverhältnisses, also von der Bewerbungsphase bis zur Beendigung. Unzulässig sind Diskriminierungen von behinderten AN bei der Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Dienstverhältnisses (§ 7 b Abs. 1 Z 8 BEinstG).

(e) Zu unterscheiden ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung: Eine unmittelbare Diskriminierung liegt (gem. § 7c Abs 1 BEinstG) vor, wenn Menschen mit Behinderungen unmittelbar aufgrund ihrer Behinderung benachteiligt werden. Dabei ist zu prüfen, ob eine hypothetische Vergleichsperson eine bessere Behandlung erfahren hätte, als der/die behinderte AN erfahren hat.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt gem. § 7c Abs 2 BEinstG dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Es kommt also nur auf die Benachteiligung durch neutrale Kriterien an, ein Vorsatz des Arbeitgebers ist nicht erforderlich.

Sogar der Umstand, dass der Arbeitgeber nicht von der Behinderung des Arbeitnehmers wusste, ist für die Beurteilung der mittelbaren Diskriminierung nicht relevant.

Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung sind mittelbare Diskriminierungen dann zulässig, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel, wie etwa Gesundheitsschutz oder Arbeitssicherheit, sachlich gerechtfertigt sind. Ist die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen (z.B. die Beseitigung von Barrieren), rechtswidrig oder wegen unverhältnismäßiger Belastungen dem Arbeitgeber nicht zumutbar, liegt nach § 7c Abs. 4 BEinstG keine mittelbare Diskriminierung vor.

(f) § 7c Abs 3 BEinstG legt fest, dass bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einer Behinderung steht, dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Daraus folgt, dass beim Polizeidienst ein Entschuldigungstatbestandsmerkmal zum Tragen kommen könnte. Es kommt stets auf die konkrete Ausgestaltung an bzw. ist hierbei der konkrete Inhalt des Arbeitsverhältnisses zu ermitteln. Das bedeutet, es muss individuell auf die konkrete Person und den jeweiligen Tätigkeitsberuf abgestellt werden.

D. Resümee

I. Erläuterung der Zulässigkeit absoluter Ausschlusskriterien am Beispiel medikamentös behandelbarer Erkrankungen

In der Gegenstand dieser Stellungnahme darstellenden Vorlage der Volksanwaltschaft zum Ausschlusskriterium einer HIV-Erkrankung werden parlamentarische Anfragebeantwortungen zitiert, wonach einerseits nach dem Stand der Wissenschaft eine HIV-positive Person "nicht mehr ansteckend ist, wenn eine HIV-Therapie wie verordnet erfolgt und die Virenlast nicht mehr nachweisbar ist" (aus einer Anfragebeantwortung des BMSGPK). Das BMI wies in einer Anfragebeantwortung auf "häufige Nebenwirkungen" (einer ordnungsgemäß durchgeführten Therapie), wie beispielsweise Müdigkeit, Schwindel, Depressionen und Schlafstörungen, hin.

Im Schreiben vom 8.4.2024 an die Volksanwaltschaft im Rahmen des Prüfverfahrens aufgrund der der Beschwerde der AIDS-Hilfe Wien hat das BMI das Schwergewicht der Begründung dieses absoluten Ausschlusskriteriums nicht mehr auf die Ansteckungsgefahr, sondern auf die zur Eindämmung der Erkrankung erforderliche Einnahme von Medikamenten gestützt. Einerseits äußert das BMI für den MRB nicht nachvollziehbar Besorgnis darüber, dass diese Einnahme unter den vom Hersteller vorgegebenen Bedingungen nicht gewährleistet werden könne. Andererseits wird auf die starken Nebenwirkungen verwiesen, welche eine uneingeschränkte Einsatzfähigkeit von Exekutivbediensteten, oftmals unter besonders herausfordernden physischen und psychischen Belastungen zweifelhaft erscheinen ließen.

Auch in der Befragung vom 26. August 2024 trat zutage, dass seitens des BMI Bedenken in Bezug auf die Medikamenteneinnahme bestehen. Wenn eine Person, welche eine Dauermedikation hat, vier bis fünf Tage in einem Einsatz ist, könne die vorgeschriebene Medikamenteneinnahme nicht gewährleistet oder überwachbar sein. Abgesehen davon, dass auch ein mehrtägiger Einsatz der Einnahme von Medikamenten nicht entgegensteht, ist hier § 52 Abs 1 BDG zu beachten: Bestehen berechtigte Zweifel an der für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben erforderlichen gesundheitlichen Eignung des Beamten, so hat sich dieser auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Auch kann man von einer allgemeinen Pflicht des Beamten ausgehen, seine Dienstfähigkeit zu erhalten. In diesem Sinne legt der MRB der VA eine Empfehlung an das BMI nahe, die Haltung in Bezug auf Dauermedikationen mit den Schranken des Diskriminierungsschutzes in Einklang zu bringen und davon betroffene Personen in der Zukunft die Eignung für den Exekutivdienst in der Regel zusprechen zu lassen.

II. Fazit

(1) Im Ergebnis bewertet der MRB absolute Ausschließungsgründe als nicht mit dem Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt bzw. der UN-Behindertenrechtskonvention in Übereinstimmung zu bringen. Es existiert zwar kein Recht in den Bundesdienst aufgenommen zu werden, allerdings ergibt sich aus den bereits in der Vorlage angeführten Rechtsnormen die Notwendigkeit zu einer individuellen Prüfung, wie im jeweils konkreten Fall Diskriminierungsschutz, Fürsorgepflichten des Dienstgebers und finanzielle Interessen des Bundes in Einklang zu bringen sind.

(2) Nicht nur soweit und solange pauschale medizinische Ausschließungsgründe vorliegen, stellt sich auch die Frage nach der Effektivität des Rechtsschutzes für abgewiesene Interessenten, zumal eine HIV-Erkrankung von Gerichten als Behinderung gemäß § 3 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) angesehen wird (Landesgericht für ZRS Wien vom 29.6.2023, 64 R 42/23h). Somit sind das Diskriminierungsverbot nach § 4 BGStG sowie § 7b BEinstG zu beachten. Welche Rechtschutzmöglichkeiten jemals in Anspruch genommen wurden, konnte die AG nicht eruieren. Der Gesetzgeber ist aufgerufen tätig zu werden, dies mittels der Schaffung einer generellen Regelung im Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 und begleitender Regelungen, damit Betroffene effektiven Rechtsschutz in Anspruch nehmen können.

(3) Darüber hinaus stellt der MRB fest, dass es den Entscheidungsgrundlagen der amtsärztlichen Sachverständigentätigkeit an der gebotenen Bestimmtheit fehlt. Nach Informationen des BMI (Befragung vom 26. August 2024) erfolgt die Beurteilung der Eignung nicht auf einem expliziten Anforderungsprofil, welches die körperlichen Leistungsparameter der Exekutivdiensttauglichkeit positiv festlegt, und von Bewerbenden objektiv erfüllt werden müssen, um als geeignet beurteilt zu werden.

In der Vorschrift über die körperliche Eignung für den Exekutivdienst findet sich eine etwas selektiv wirkende allgemeine Beschreibung körperlicher Anforderungen: „Die für den Exekutivdienst erforderliche körperliche Eignung geht über die Fähigkeit zur vollen Belastung

(das Tragen des eigenen Körpergewichtes über einen Zeitraum von mehreren Stunden am Tag) auf einfachem Terrain hinaus und zeichnet sich auch durch die Bewältigung von Lasten auf unsicherem oder schwierigem Gelände mit dem Risiko unvorhersehbarer und schneller Ausgleichsbewegungen sowie knienden bzw. hockenden Tätigkeiten aus.“ Darüber hinaus sind einige spezifischen Leistungsparameter (Bsp. Hörvermögen) angeführt.

(4) Statt positiv festgelegten Leistungsparametern kommen eine Reihe von (teilweise absoluten) Ausschließungsgründen zur Anwendung, bei denen aufgrund von Erfahrungswerten davon ausgegangen wird, dass sie einer Eignung (im Laufe der Zeit) entgegenstehen (werden). Diese Erfahrungswerte beziehen die Amtsärzte und Amtsärztinnen nicht zuletzt aus der Beurteilungspraxis der Exekutivdienstfähigkeit (welche auch teilweise durch höchstgerichtliche Entscheidungen abgesichert ist). In dieser Verfahrenspraxis erblickt der MRB das menschenrechtliche Risiko, dass die Beurteilung der Exekutivdiensttauglichkeit vom Kalkül der Vermeidung von eingeschränkter Exekutivdienstfähigkeit dominiert und Diskriminierungsschutz gegenüber finanziellen Interessen des Bundes nachgeordnet wird. Daher legt der MRB der VA eine Empfehlung an das BMI nahe, die auf die Schaffung ausreichender, (positiver) Entscheidungsgrundlagen für substantiierte Einzelfall-entscheidungen hinwirken soll.

Weiters möge durch das BMI geprüft werden, inwieweit auch im Rahmen des Exekutivdienstes Möglichkeiten bestehen, durch Abstufungen (Verfeinerungen) in Richtung Arbeitsrhythmus und Aufgabenverteilung etwas mehr Flexibilität für eine positive Aufnahmeentscheidung auf Basis der polizeiärztlichen Aufnahmeuntersuchung zu schaffen.

Beschlossen in der 69. MRB-Sitzung am 19. November 2024