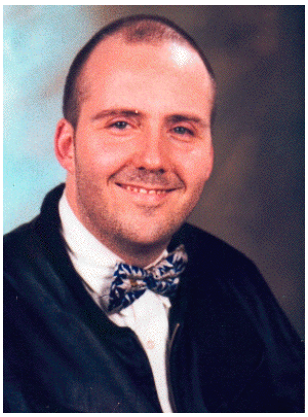
PFLEGEBEDÜRFTIGKEIT UND DISKRIMINIERUNGSVERBOT (ART. 8 ABS. 2 BV)

von

Dr. Hardy Landolt, LL.M.,
Rechtsanwalt und Urkundsperson



Inhaltsverzeichnis:

I. EINLEITUNG 1

II. DISKRIMINIERUNGSVERBOT (ART. 8 ABS. 2 BV) 3

A. ALLGEMEINES 3
B. GESCHÜTZTER PERSONENKREIS 5
C. VERPFLICHTETER PERSONENKREIS 6
D. DISKRIMINIERUNG ALS QUALIFIZIERTE UNGLEICHBEHANDLUNG 9

III. DISKRIMINIERUNGSVORAUSSETZUNGEN 10

A. ALLGEMEINES 10
B. UNGLEICHBEHANDLUNG 12
1. Rechtliche Ungleichbehandlung („direkte/unmittelbare Diskriminierung“) 12
2. Faktische Ungleichbehandlung („indirekte/mittelbare Diskriminierung“) 15
C. PERSÖNLICHE EIGENSCHAFT 17

1. Altersungsbedingte Pflegebedürftigkeit *17*
2. Behinderungsbedingte Pflegebedürftigkeit *19*
D. SCHLECHTERSTELLUNG 24
1. Allgemeines *24*
2. Schlechterstellung bei Pflegebedürftigkeit *27*
E. BEDINGUNGSVERHÄLTNIS 29

IV. PFLEGEBEDINGTE SUIZIDUNFÄHIGKEIT ALS GRUNDRECHTS- UND DISKRIMINIERUNGSPROBLEM 30

A. ALLGEMEINES 30
B. PASSIVE UND AKTIVE STERBEHILFE 32
C. ANSPRUCH AUF AKTIVE STERBEHILFE VON ZUM SUIZID UNFÄHIGEN PERSONEN, INSBESONDERE BEI SCHWERSTPFLEGEBEDÜRFTIGKEIT? 35
1. Angewiesensein auf Dritte für die Ausübung eines Suizids als Grundrechts- und Diskriminierungsproblem *35*
2. Grundrechtliche Problematik *36*
3. Diskriminierungsrechtliche Problematik *38*
4. Rechtsvergleichende Hinweise *39*
i. Rechtsprechung des US Supreme Court 39
ii. Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court 41
iii. Rechtsprechung deutscher Gerichte 43

V. SCHLUSSBETRACHTUNG 45

LITERATUR 53

I. EINLEITUNG

(1) Am 01.01.2000 ist die neue Bundesverfassung in Kraft getreten[1]. Die seit mehreren Jahren angestrebte Totalrevision bezweckte grundsätzlich lediglich eine Nachführung des geltenden Verfassungsrechts[2], enthält allerdings auch einige materielle Änderungen[3]. Der Verfassungsgeber benützt mehrfach den Begriff der „Pflege“[4].

(2) Die Bundesverfassung nimmt jedoch einzig in Art. 41 Abs. 1 lit. b explizit Bezug auf Pflegebedürftigkeit. Nach dieser Bestimmung haben sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nach dem klaren Wortlaut und ihrer systematischen Stellung weder um eine Kompetenznorm[5] noch um ein soziales Grundrecht[6].

---

1 Weiterführende Beiträge und Hinweise auf die Materialien finden sich in den Sammelbänden FLEINER, T., (2000) *Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur*, Basel, GÄCHTER, T./BERTSCHI, M., (2000) *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zürich, und ZIMMERLI, U., (2000) *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft. Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP 1999*, Bern

2 *Vgl.* Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, Bern 1996 (zit. nachfolgend BOTSCHAFT BV), 19 ff.

3 *Z.B.* Art. 8 Abs. 2 und 4 BV (Gleichstellung der Behinderten). *Siehe* ferner SZEMERÉDY, J., (2000) Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem im Lichte der revidierten Bundesverfassung in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 33 ff., 36 ff., und TSCHANNEN, P., (2000) Die Auslegung der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 223 ff., 242 ff., zu den Auswirkungen des Nachführungskonzepts für die Auslegung.

4 *Siehe* Art. 29 Abs. 2 (Rechtspflege), Art. 41 Abs. 1 lit. b (Pflege), Art. 80 Abs. 2 lit. a (Tierpflege), Art. 104 Abs. 1 lit. b (Pflege der Kulturlandschaft), Art. 166 Abs. 1 (Pflege der Beziehungen zum Ausland) und Art. 172 Abs. 1 (Pflege der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen).

5 *Vgl.* Art. 41 Abs. 3 BV. *Siehe* auch BOTSCHAFT BV, 200 m.w.H.

6 *Vgl.* Art. 41 Abs. 4 BV.

(3) Pflegebedürftigkeit wird darüber hinaus, namentlich im Abschnitt über die Grundrechte und dem Kompetenzrecht, nicht als ein selbständiger Anknüpfungsbegriff verwendet[7], weist aber mannigfaltige Gemeinsamkeiten mit anderen von der Verfassung anerkannten Tatbeständen[8] auf. Da Pflegebedürftigkeit eine Folge von Alter, Invalidität, Krankheit oder Unfall ist, besteht eine besonders enge Verflechtung mit diesen sozialen Risiken.

(4) Diese Ausgangslage führt zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten. In kompetenzrechtlicher Hinsicht ist unklar, welches Gemeinwesen in welchem Umfang für die Pflegeversorgung zuständig ist. Insbesondere ist fraglich, ob der Bund gestützt auf seine Kompetenzen im Bereich des Sozialversicherungsrechts berechtigt ist, auf Gesetzesstufe eine Pflegeversicherung einzuführen.

(5) In grundrechtlicher Hinsicht bestehen die Schwierigkeiten vor allem in der Abgrenzung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs. Besonders die Anwendung von Art. 35 BV im Gesundheitswesen, das von Bund und Kantonen geregelt und zudem durch private Leistungserbringer mitbestimmt wird, ist unklar. Pflegebedürftigkeit stellt sodann eine Ausnahmesituation dar, weshalb sich Fragen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz und der Ausübung der Grundrechte eregeben, namentlich in Bezug auf Urteilsfähigkeit und die Stellvertretung in Grundrechtsangelegenheiten.

(6) Der vorliegende Aufsatz behandelt die diskriminierungsrechtliche Problematik, zunächst allgemein (Ziff. II und III) und schliesslich in Bezug auf das Sterbehilferecht als ein Sonderaspekt (Ziff. IV). Die Ergebnisse und die sich daraus ergebenden rechtspolitischen Forderungen werden in der Schlussbetrachtung zusammengefasst (Ziff. V).

---

7 Die Nichtverwendung des Begriffs lässt sich darauf zurückführen, dass der Verfassungsgeber die anerkannten Risiken im Bereich der sozialen Sicherheit ursachen- und nicht folgebezogen umschreibt (Alter, Invalidität, Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit etc.) und zudem die alte Bundesverfassung Pflegebedürftigkeit nicht als eigenständiges soziales Risiko anerkannt hat.

8 *Z.B. Alter* (Art. 8 Abs. 2, 41 Abs. 2 und 111 BV), *Behinderung* bzw. *Behinderte/r* (Art. 8 Abs. 2 und 108 Abs. 4 BV), *Betagte/r* (Art. 108 Abs. 4 und 112 Abs. 4 BV), *Bedürftige* (Art. 108 Abs. 4 und 115 BV), *Invalidität* bzw. *Invalide/r* (Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV), *Krankheit* bzw. *Geisteskrankheit* (Art. 41 Abs. 2, 117, 118 Abs. 2 lit. b, 119 Abs. 2 lit. c und Art. 136 Abs. 1 BV), *Unfall* (Art. 41 Abs. 2, und117 BV) sowie *Existenzbedarf* (Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und 10. Übergangsbestimmung BV).

II. DISKRIMINIERUNGSVERBOT (ART. 8 ABS. 2 BV)

A. Allgemeines

(7) Die alte Bundesverfassung kannte kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, insbesondere zu Gunsten von Behinderten, sondern verbot – aus damaliger Sicht höchst aktuell – in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV[9] Untertanenverhältnisse und Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.

(8) Art. 8 BV schützt gemäss seinem Titel die *Rechtsgleichheit* und enthält in Abs. 1 bis 4 unterschiedliche Garantien:

– Art. 8 Abs. 1 BV besagt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind (*Gleichbehandlungsgebot*). Diese Verfassungsbestimmung entspricht Art. 4 Abs. 1 aBV[10].

---

9 Art. 4 aBV lautete:

„[1]Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.

[2]Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit."

10 Das Gleichbehandlungsgebot richtet sich an alle staatlichen Organe und verpflichtet diese, alle Menschen gleich zu behandeln. Das Gleichbehandlungsgebot schützt primär die rechtliche Gleichheit. Die faktische Gleichheit wird vom Diskriminierungsverbot und Egalisierungsgebot geschützt. *Siehe* dazu auch BOTSCHAFT BV, 142, und GRISEL, E., (2000) *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Bern, 44 ff. Aus dem Gleichbehandlungsgebot werden jedoch auch akzessorische Teilrechte abgeleitet, die letztlich auch auf eine Ergebnisgleichheit hinauslaufen (*vgl. z.B.* BGE 117 II 399 E. 2: „An die Sicherheit öffentlicher Gebäude oder privater Gebäude mit Publikumsverkehr sind indessen höhere Anforderungen zu stellen. Auch ältere oder behinderte Personen müssen sich in solchen Gebäuden ohne Aufwendung besonderer Aufmerksamkeit sicher und gefahrlos bewegen können (BGE 88 II 420/21, 57 II 50)."). Im Bereich des *service public* folgt aus dem Gleichbehandlungsgebot ein Anspruch auf eine rechtsgleiche Gewährung öffentlicher Leistungen (*vgl.* BGE 117 Ib 387 E. 6d und 103 Ia 373 f. und 399 E. 2b sowie G. MÜLLER, BV-K, N 21 zu Art. 4 aBV). – In der *Rechtsanwendung* ist das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden (*siehe* dazu *Ibid.*, 131 ff., und G. MÜLLER, BV-K, N 36 ff. zu Art. 4). Das Prinzip beinhaltet nicht, dass zwei von der rechtsanwendenden Behörde zu behandelnde Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind, sondern nur, dass die relevanten Tatsachen gleich sind (*vgl. z.B.* 112 Ia 196 E. b). Der Umstand, dass das Gesetz in einem Fall nicht (richtig) angewendet worden ist, gibt keinen Anspruch, ebenfalls vom Gesetz abweichend behandelt zu werden (*vgl. z.B.* BGE 116 Ia 352 E. aa und 116 Ib 139 E. 5a). Davon ausgenommen ist eine gesetzwidrige Praxis (*vgl. z.B.* BGE 112 Ib 387 E. 6 und 115 Ia 83 E. 2), es sei denn es gehe um die Anwendung ausserordentlich wichtiger Vorschriften des Bundesrechts (so etwa BGE 116 Ib 235). – Im Bereich der *Gesetzgebung* ist das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidun-

– Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Diskriminierungen, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (*Diskriminierungsverbot*)[11]. Diese Verfassungsbestimmung stellt ein Novum dar, da die alte Bundesverfassung kein (ausdrückliches) Diskriminierungsverbot kannte[12].

– Art. 8 Abs. 3 BV wiederholt in Satz 1 *Gleichbehandlungsgebot* und *Diskriminierungsverbot* hinsichtlich des Geschlechts, wobei diese im Verhältnis zwischen Frauen und Mann absolut gelten[13]. In Satz 2 desselben Absatzes wird der Gesetzgeber verpflichtet, für die

---

gen trifft, für die sich kein sachlicher, vernünftiger Grund anführen lässt (*Siehe* dazu *Ibid.*, 49 ff., und G. MÜLLER, BV-K, N 30 ff. zu Art. 4 a BV). Dieses relative Prinzip verpflichtet nur dazu, zu regelnde Tatbestände bezüglich der relevanten Tatsachen gleich zu behandeln (*Vgl.* aus der Rechtsprechung *z.B.* BGE 112 Ia 196 E. b, 114 Ia 393 E. b und 117 Ia 101 E. 3a). Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen verschieden beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung (*vgl. z.B.* BGE 114 Ia 2 f. E. 3, 112 Ia 243 E. 4a, 111 Ia 91 E. 3a und 110 Ia 13 E. 2b). Das Bundesgericht greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Gesetzgeber mit den Unterscheidungen, die er trifft oder unterlässt, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch willkürlich ist (*vgl. z.B.* BGE 109 Ia 327 E. 4).

11 *Siehe* auch Art. 14 EMRK, der 118 Ia 351 E. 4a

12 Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich beim Diskriminierungsverbot um einen im Rahmen des *Ordre public* zwingend zu beachtenden Verfassungsgrundsatz handelt (*vgl.* BGE 120 II 155 E. 6a und U BGer vom 10.11.2000 i.S. Sadri [4P.99/2000/rnd], E. 3b/aa). *Siehe* ferner *infra* FN 46.

13 *Vgl.* BGE 127 III 207 E. 4, 5b und 5c. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau nur zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen (*vgl.* dazu BGE 125 I 21 E. 3a m.w.H.). Im Bereich der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) ist der Ermessensspielraum der zuständigen Behörden eingeschränkt (*vgl.* U BGer vom 21.03.2000 i.S. Verband Basler Assistenz- und Oberärzte/-innen [2P.369/1998/odi], E. 3e). Das Bundesgericht stellt erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung von Besoldungsunterschieden und hebt ungeachtet der Auswirkungen auf das bestehende Lohngefüge Besoldungsregelungen auf, die eine unbegründete Ungleichbehandlung der Geschlechter darstellen (*vgl.* BGE 124 II 436 E. 11b/c, 123 I 1 E. 6b, 118 Ia 35 E. 2d/e und 117 Ia 262 E. 3c). Abgesehen von der Geschlechtszugehörigkeit (und allenfalls weiteren Diskriminierungstatbeständen i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV; *vgl.* ZBl 1997, 210, E. 2c) enthält jedoch die Verfassung keine Vorschrift darüber, welche Kriterien für die Lohneinreihung herangezogen werden dürfen. Es fehlt insoweit an verfassungsrechtlichen Vorgaben, anhand deren das Bundesgericht als Verfassungsgericht in der Lage wäre, gewisse Bewertungen als zulässig, andere hingegen als unzulässig zu bezeichnen. Es gelten daher diesbezüglich die allgemeinen Regeln, wonach alle Differenzierungs-

rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit, zu sorgen (*Egalisierungsgebot*)[14]. Satz 3 schliesslich garantiert Mann und Frau einen Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, welcher Garantie direkte Drittwirkung zukommt[15]. Diese Verfassungsbestimmungen entsprechen Art. 4 Abs. 2 aBV[16].

– Art. 8 Abs. 4 BV schliesslich verpflichtet den Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen (*Egalisierungsgebot*)[17].

B. Geschützter Personenkreis

(9) Aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV „Niemand darf diskriminiert werden" geht der universelle Charakter des Diskriminierungsverbots hervor. Jeder Mensch, unabhängig von

---

kriterien erlaubt sind, die sich mit sachlichen Überlegungen begründen lassen (ZBl 1997, 210, E. 2c, und U BGer vom 21.03.2000 i.S. Verband Basler Assistenz- und Oberärzte/-innen [2P.369/1998/odi], E. 3e).

14 Hieraus ergibt sich die staatliche Aufgabe, tatsächliche Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen (*vgl.* BGE 125 I 21 E. 3, 123 I 152 E. 3a, 117 V 194 E. 4a , 116 Ib 270 E. 7a und 284 E. 7a).

15 Der Anspruch auf gleichen Lohn von Mann und Frau für gleichwertige Arbeit gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV) bzw. das Verbot der Diskriminierung bei der Entlöhnung (Art. 3 Abs. 2 GlG) gilt für öffentlich-rechtliche wie für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse (*vgl.* statt vieler BGE 125 III 368 E. 2, 113 Ia 107 E. 1a und b sowie U BGer vom 11.02.2000 i.S. A. [4C.392/1999/rnd], E. 3a). Eine Diskriminierung kann sich sowohl aus der generellen Einstufung bestimmter Funktionen im Rahmen eines Lohn- oder Tarifsystems wie aus der konkreten Lohnbemessung für eine bestimmte Person ergeben.

16 *Vgl.* U BGer vom 17.05.2000 i.S. B. (1A.255/1999/bmt und 1P.641/1999), E. 4a und b: „Die totalrevidierte Verfassung vom 18. April 1999 (BV), die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist, hat am Diskriminierungsverbot gemässArt. 4 Abs. 2 aBV nichts geändert (*siehe* Art. 8 Abs. 3 BV)."

17 *Vgl.* dazu ausführlich BOTSCHAFT BV, 141 ff., und LUGINBÜHL, B., (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff.. *Siehe* ferner Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000 in: BBl 2001, 1715 ff. *Siehe* ferner Bundesbeschluss betreffend die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» (Entwurf) in: BBl 2001, 1839, Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) (Entwurf) in: BBl 2001, 1840 ff., und Bundesbeschluss über die Finanzierung der Massnahmen im öffentlichen Verkehr zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen (Entwurf) in: BBl 2001, 1849 ff., und EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, (2000) *Gleichstellung der Behinderten. Auswertung der Vernehmlassung vom Herbst 1999 vom 28.01.2000,* Bern, sowie

.

einer allfälligen Urteilsunfähigkeit, Mündigkeit, Handlungsfähigkeit etc., ist vor Diskriminierung geschützt. Die Bundesverfassung zählt bestimmte persönliche Eigenschaften auf, die insbesondere eine Diskriminierung unzulässig machen. Es sind dies Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung und körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

(10) Personen, die eines oder mehrere dieser persönlichen Eigenschaften aufweisen, geniessen kraft dieser Aufzählung einen „automatischen" Schutz. Die anderen Personen sind zwar nach dem Wortlaut der Verfassungsnorm auch geschützt, doch ist nicht klar, wie Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) abzugrenzen sind[18].

(11) Es ergeben sich diesbezüglich vor allem zwei Fragen: Wann bedeutet eine *Schlechterstellung* von nicht namentlich genannten Personengruppen im Verhältnis zu anderen namentlich ebenfalls nicht genannten Personengruppen eine Diskriminierung? Wann stellt eine *Besserstellung* der namentlich genannten Personengruppen[19] im Verhältnis zu namentlich nicht genannten Personengruppen für letztere eine Diskriminierung (sog. umgekehrte Diskriminierung oder „reverse discrimination") dar?[20]

C. Verpflichteter Personenkreis

(12) Staatliche Organe sind an die Grundrechte gebunden[21]. Der Schutz vor diskriminierendem Verhalten durch staatliche Behörden betrifft nicht nur rechtliches, sondern auch faktisches Verhalten[22]. Entscheidend ist letztlich nicht das Verhalten, sondern die dadurch

---

18 *Vgl.* zur Abgrenzung von Art. 8 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 BV hinsichtlich Geschlecht *supra* FN 13 und *infra* FN 54 und 75.

19 *Vgl.* dazu die Egalisierungsgebote in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Art. 8 Abs. 4 BV.

20 Die Problematik der umgekehrten Diskriminierung wird im vorliegenden Aufsatz nicht näher behandelt. *Vgl.* dazu immerhin FN *infra* 54 und 75.

21 *Vgl.* Art. 35 Abs. 1 BV.

22 Der Staat ist nicht nur für Rechts-, sondern auch Realakte seiner Organe haftbar, *vgl.* GROSS, J., (1995) *Das schweizerische Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen*, Bern, 127 f. Unklarheit besteht jedoch, ob und inwieweit eine Verletzung der Grundrechte eine Staatshaftung auslöst, *siehe* dazu *Ibid.*, 96 f. (allgemein) und 156 (bejahend bei einer Verletzung der Rechtsgleichheit).

bewirkte Benachteiligung. Fraglich ist, inwieweit staatliche Schutzpflichten bestehen und das Diskriminierungsverbot durch blosses Unterlassen verletzt werden kann[23].

(13) Diskriminierung ist ein Produkt der Gesellschaft – der Diskriminierungsschutz ist nichts anderes als die zeitlich später erfolgende Reaktion des Rechts, wenn das Mass tolerierter gesellschaftlicher Diskriminierung überschritten wird. Privatpersonen sind daher in diesem Bereich oft Verursacher und Übeltäter zugleich. Dem Staat kommt eine im Vergleich zu den klassischen Grundrechten eher atypische Rolle zu. Er hat die diskriminierten Personengruppen vor Diskriminierung durch Private zu schützen, ist also primär nicht (nur) in der Position desjenigen, der die Grundrechte gefährdet oder sogar verletzt.

(14) Die Problematik der Drittwirkung stellt sich solchermassen im Bereich des Diskriminierungsschutz besonders ausgeprägt – insbesondere vor dem Hintergrund der Privatautonomie: Niemand ist dem Nächsten verpflichtet, es sei denn Vertrag oder Gesetz erfordern das Gegenteil. Der Ausschluss von Sach- und Dienstleistungen und der fehlende Zugang zu privaten und staatlichen Institutionen sind typische Folgen dieses Prinzips. Etwas überspitzt, aber den Kern der Wahrheit treffend, könnte sogar behauptet werden: Je mehr Freiheit, je mehr Diskriminierung.

(15) Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gelten die Grundrechte, wozu auch das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV gehört, gegenüber Privatpersonen unmittelbar, wenn diese eine staatliche Aufgabe wahrnehmen. Soweit Private in der Pflegeversorgung tätig sind, handelt es sich regelmässig um die stellvertretende Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe[24].

(16) Das diskriminierende Verhalten von Privaten Pflegebedürftigen bzw. Behinderten gegenüber erfolgt regelmässig aber nicht im Zusammenhang mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, sondern in alltäglichen Bereichen, die – je nach dem Umständen – für diskriminierende und diskriminierte Personen gleichermassen grundrechtlich geschützt sind. Es besteht daher oft eine doppelte Grundrechtskollision: Es kollidieren nicht nur gegensätzliche Grundrechte (z.B. Wirtschaftsfreiheit contra Niederlassungsfreiheit), sondern auch die Grundrechte mit dem Diskriminierungsschutz.

---

23 *Siehe* dazu *infra* FN 26 und 49.

24 *Vgl.* Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

(17) Staatliche Organe sind gemäss Art. 35 Abs. 1 BV an die sich widerstreitenden Grundrechte gebunden und haben zudem nach Massgabe von Art. 35 Abs. 3 BV zu entscheiden, wie die gegensätzlichen Interessenlagen in Einklang zu bringen sind[25]. Dieser Entscheid ist – vor dem Hintergrund von Art. 8 Abs. 2 BV – so zu lösen, dass bestehende Diskriminierungen bis zur „Diskriminierungsschwelle“[26] beseitigt und neue Diskriminierungen verhindert werden[27].

(18) Insoweit folgt bereits aus Art. 8 Abs. 2 BV eine Pflicht des Gesetzgebers, geeignete Massnahmen bis zur „Diskriminierungsschwelle“ zu ergreifen[28]. Verletzt der Gesetzgeber

---

25 Das BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf) ist überaus zurückhaltend mit der Anordnung direkter Drittwirkung. Gemäss Art. 3 lit.c und e BehiG-Entwurf fallen darunter Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten, die nach Inkrafttreten des Gesetzes bewilligt oder umfassend renoviert werden und grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen Privater, des Gemeinwesens und der von ihm konzessionierten Unternehmen. Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, dürfen Menschen mit Behinderungen nicht auf Grund ihrer Behinderung benachteiligen (*vgl.* Art. 6 BehiG-Entwurf). Das BehiG soll jedoch nicht gelten für Bauten und Anlagen mit höchstens 50 Plätzen, die in erster Linie politischen, kulturellen oder sportlichen Darbietungen dienen, Bauten und Anlagen privater Dienstleistungsunternehmen, deren für die Öffentlichkeit bestimmte Fläche weniger als 100 m^2 beträgt und Dienstleistungen des Fernmeldewesens (*vgl.* Art. 3 lit. d BehiG-Entwurf). Gänzlich nicht geregelt sind – im Gegensatz zum GlG – die Folgen unzulässiger Diskriminierung. *Siehe* ferner MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 129, der aus Art. 35 BV eine generelle Verpflichtung der staatlichen Behörden zum Schutz vor Diskriminierung durch Private ableitet.

26 Es gibt zwei diskriminierungsrechtliche Schwellenwerte: Die „Diskriminierungsschwelle“ meint den Tatbestand, der von der Bundesverfassung mit „Diskriminierung“ umschrieben wird. Wird diese Schwelle unterschritten, liegt ein Verfassungsverstoss vor. Die „Gleichstellungsschwelle“ meint die von der Bundesverfassung anvisierten Gleichstellungsziele, die durch die Egalisierungsgebote (i.c. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Art. 8 Abs. 4 BV) erreicht werden sollen. Unterhalb der „Gleichstellungsschwelle“ liegt zwar noch keine Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV vor, doch hat der Staat eine positive Schutzpflicht gegenüber den von Egalisierungsgeboten geschützten Personen. Fehlen Egalisierungsgebote, reicht die staatliche Schutzpflicht in jedem Fall bis zur „Diskriminierungsschwelle“. In beiden Fällen hat der Gesetzgeber innert angemessener Frist die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (*vgl.* dazu BGE 112 Ia 314).

27 Art. 8 Abs. 4 BV sieht allerdings nur Massnahmen zur Beseitigung bestehender Benachteiligungen vor. Präventive Massnahmen werden keine genannt.

28 Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV gehen über diese allgemeine Pflicht hinaus und sehen besondere Massnahmen, insbesondere Förderungsmassnahmen (sog. affirmative action), auch nach Erreichen der „Diskriminierungsschwelle“ vor.

diese Pflicht, bleiben die Massnahmen also unterhalb der „Diskriminierungsschwelle“, so liegt darin ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot.

D. Diskriminierung als qualifizierte Ungleichbehandlung

(19) In der Botschaft wird festgehalten, dass Art. 8 Abs. 2 BV den Inhalt von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV wiedergebe und daher keine materielle Änderung des bisherigen Verfassungsrechts beinhalte[29]. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots besteht nach der Botschaft darin, die auf bestimmten Umständen basierende unterschiedliche Behandlung einer Personengruppe zu untersagen, wenn die fraglichen Umstände Beweggrund für die Diskriminierung dieser Gruppe darstellen[30].

(20) Diese Formulierung gibt den Sinn des Diskriminierungsverbots nicht richtig wieder. Das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV ist nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV identisch[31]. Das Gleichbehandlungsgebot schützt die rechtliche Gleichheit und verbietet lediglich unsachliche, nicht vertretbare Ungleichbehandlung. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots liegt demgegenüber darin, dass „ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert“[32].

(21) Die qualifizierte Begründungspflicht ist strenger als die Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV. Nur zwingende Gründe können eine Ungleichbehandlung rechtfertigen[33]. Zudem schützt das Diskriminierungsverbot wie die

---

29 *Vgl.* BOTSCHAFT BV, 142 f.

30 *Vgl.* BOTSCHAFT BV, 142. In BGE 126 II 377 E. 6a wird zwar festgehalten, dass Art. 8 Abs. 2 BV „in angepasster Form den Inhalt von Art. 4 Abs. 1 zweiter Satz aBV wieder[gibt]“; doch das Bundesgericht weist nachfolgend auf das Erfordernis der qualifizierten Rechtfertigung hin (*vgl.* dazu *infra* N 22 f.).

31 *Siehe* dazu auch GRISEL, E., (2000) *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999,* Bern, 44 ff.

32 Amtl. Sten. Bull. 1998 (Separatdruck), S 37 erste Spalte (Votum Rhinow, Berichterstatter). *Siehe* ferner BGE 126 V 70 E. 4c/bb.

33 *Vgl.* BGE 126 V 70 E. 4c/bb und *infra* N 22 f.

Egalisierungsgebote[34], aber im Gegensatz zum Gleichbehandlungsgebot auch die faktische Gleichheit[35].

III. DISKRIMINIERUNGSVORAUSSETZUNGEN

A. Allgemeines

(22) Nach einem neueren Entscheid des Bundesgerichts setzt eine Diskriminierung voraus, dass eine Person allein deshalb ungleich behandelt wird, weil sie einer bestimmten Gruppe angehört, „welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde“[36].

(23) Es braucht eine „qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbarer Situation“, welche die Würde eines Menschen herabsetzt, „weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht“. Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal wie beispielsweise Rasse oder Geschlecht ist indes nicht absolut unzulässig, sondern begründet lediglich den „Verdacht einer unzulässigen Differenzierung“, die nach Auffassung des Bundesgerichts „qualifiziert zu rechtfertigen“ ist[37].

---

34 *Vgl.* Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV.

35 Die faktische Gleichheit wird vom Diskriminierungsverbot und Egalisierungsgebot geschützt. *Siehe* dazu auch BOTSCHAFT BV, 142, und GRISEL, E., (2000) *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Bern, 44 ff. Aus dem Gleichbehandlungsgebot werden jedoch auch akzessorische Teilrechte abgeleitet, die letztlich auch auf eine Ergebnisgleichheit hinauslaufen (*vgl.* dazu G. MÜLLER, BV-K, N 4 und 21 zu Art. 4 aBV, und *supra* FN 10).

36 *Vgl.* BGE 126 II 377 E. 6a. *Siehe* ferner BGE 126 V 70 E. 4c/bb.

37 *Vgl.* BGE 126 II 377 E. 6a (in diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass gestützt auf das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot keine Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abgeleitet werden kann) und 126 V 70 E. 4c/bb (in diesem Entscheid wurde das Anspruchserfordernis der Volljährigkeit als Verstoss gegen Art. 8 Abs. 2 BV [„Altersdiskriminierung“] bezeichnet). *Siehe* ferner U EVG vom 16.05.2001 i.S. P. (I 385/99 Vr), E. 3b (betreffend Bedeutung von Art. 8 Abs. 2 BV im Hilfsmittelrecht; Art. 191 BV verbietet eine Abänderung des IVG gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV; *vgl.* dazu auch U EVG vom 19.05.2000 i.S. M. [I 43/98 Ge], E. 4c [Magenbanding von PWS-Patienten] und U EVG vom 20.12.2000 i.S. G. [C 360/99 Hm], E. 7b [Taggelder der AlV]).

(24) MÜLLER unterscheidet ein absolutes und ein relatives Diskriminierungskonzept[38]. Nach dem *relativen Diskriminierungskonzept* begründet eine Ungleichbehandlung von Personen gestützt auf ein Diskriminierungsmerkmal eine Widerrechtlichkeitsvermutung, die nur umgestossen werden kann, wenn ein qualifizierter Rechtfertigungsgrund vorliegt. Das *absolute Diskriminierungskonzept* demgegenüber lässt keine qualifizierte Rechtfertigung zu.

(25) MÜLLER ist – im Gegensatz zum Bundesgericht – der Auffassung, dass Art. 8 Abs. 2 BV auf dem engen Diskriminierungsbegriff beruht und demzufolge „eine Diskriminierung nach Geschlecht, Rasse oder Behinderung einem Einbruch in den unantastbaren Kernbereich“[39] gleichkommt. Eine direkte Benachteiligung dieser drei Kategorien ist seiner Meinung nach nie zulässig[40].

(26) Eine Begünstigung der diskriminierungsrechtlich geschützten Personen trägt nach diesem Diskriminierungsverständnis konsequenterweise auch die Vermutung der Verfassungswidrigkeit in sich. Diese Vermutung kann nach MÜLLER nur durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Sonderbehandlung nicht herabwürdigend und nicht Ausdruck einer bewussten oder unbewussten Stigmatisierung ist, mithin keine Schlechterbehandlung darstellt. Massnahmen zu Gunsten der von einem Diskriminierungsverbot erfassten Personen sind seiner Auffassung nach nur zulässig, wenn sie dem Schutz oder der Förderung dieser Gruppen dienen[41].

(27) Beide Diskriminierungskonzepte setzen eine qualifizierte Ungleichbehandlung voraus und unterscheiden sich insoweit, als nach dem weiten Verständnis eine Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung zugänglich ist, nach dem engen Konzept jedoch nicht. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass eine Ungleichbehandlung in Bezug auf die in

---

38 MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung*. (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 112.

39 *Ibid.*, 112.

40 Unklar ist, ob MÜLLER das absolute Diskriminierungskonzept auch für die anderen in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten Diskriminierungsgründe anwenden will. Im Gegensatz zum absoluten Verbot direkter Diskriminierung lässt er (*Ibid.* 125 f.) bei der indirekten (mittelbaren) Diskriminierung eine qualifizierte Rechtfertigung zu, begründet diese unterschiedliche Auffassung aber nicht näher.

41 *Ibid.*, 113.

Art. 8 Abs. 2 BV namentlich genannten Personen nicht automatisch zu einer Diskriminierung führt, aber qualifiziert, d.h. durch zwingende Gründe, gerechtfertigt werden muss, um zulässig zu sein. Dass dieses Diskriminierungskonzept zutreffend ist, lässt sich anhand dem Beispiel „Geisteskrankheit" zeigen.

(28) Wer wie MÜLLER das absolute Diskriminierungskonzept für zutreffend hält, der muss jede Ungleichbehandlung infolge Geisteskrankheit, einer Unterkategorie von Behinderung, als unzulässig qualifizieren. So wäre z.B. das Eheverbot Geisteskranker (Art. 94 Abs. 1 ZGB) verfassungswidrig, weil es ausschliesslich Personen unter 18 Jahren und Geisteskranke trifft. Auch andere Rechtsnachteile als Folge von Urteilsunfähigkeit (Geschäftsunfähigkeit, Entmündigung, fürsorgerische Freiheitsentziehung etc.) wären verfassungsrechtlich suspekt. Dass Massnahmen, die zum Schutz von Urteilsunfähigen selbst oder Drittpersonen zwingend notwendig sind, auch wenn sie mit einer Ungleichbehandlung bzw. Schlechterstellung verbunden sind, verfassungsrechtlich unbedenklich sind, ist wohl unbestritten.

(29) Die Qualifizierung der Ungleichbehandlung besteht aber nicht nur in Bezug auf eine strengere Begründungspflicht, sondern auch in einer daraus resultierenden Schlechterstellung. Diese Schlechterstellung besteht in einem (ereheblichen) rechtlichen oder faktischen Sondernachteil, die nur die geschützten Personen und zudem nur wegen persönlicher Eigenschaften (Alter, Behinderung, Geschlecht, Rasse etc.) zu tragen haben.

(30) Die Struktur des Diskriminierungstatbestandes zeichnet sich solchermassen durch vier Elemente aus: Diskriminierung ist eine (1) *Ungleichbehandlung,* von Personen auf Grund (2) *persönlicher Eigenschaften,* die zu einer (3) *Schlechterstellung* führt, die nur sie zu tragen haben, weshalb zwischen den Elementen (1), (2) und (3) ein (4) *Bedingungsverhältnis* bestehen muss.

B. Ungleichbehandlung

1. Rechtliche Ungleichbehandlung („direkte/unmittelbare Diskriminierung")

(31) Die Ungleichbehandlung kann in einer rechtsungleichen Behandlung durch Gesetzgeber oder Rechtsanwender bestehen, die ausschliesslich oder auch nur teilweise auf einer oder mehreren persönlichen Eigenschaft/en beruht (im letzteren Fall liegt eine „doppelte"

Diskriminierung vor). Die rechtliche Ungleichbehandlung wird gemeinhin mit direkter/unmittelbarer Diskriminierung bezeichnet und gegenüber der indirekten/mittelbaren Diskriminierung abgegrenzt[42]. Der Akzent der Unterscheidung zwischen direkter/unmittelbarer und indirekter/mittelbarer Diskriminierung liegt auf dem Element der rechtlichen oder faktischen Ungleichbehandlung[43].

(32) Die Unterscheidung zwischen direkter/unmittelbarer und indirekter/mittelbarer Diskriminierung wird in Art. 8 Abs. 2 BV nicht (klar) zum Ausdruck gebracht, vom Bundesgericht im Bereich von Art. 8 Abs. 3 BV aber angewandt[44]. Die Common Law Diskriminierungstheorie verwendet diese Unterscheidung generell[45] und hat sowohl das inter-

---

42 Im Diskriminierungsrecht hat es sich eingebürgert, die direkte/unmittelbare und die indirekte/mittelbare Diskriminierung zu unterscheiden *Siehe* dazu ARIOLI, K., (1993) Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: *AJP* 1993, 1327 ff., KALISCH, I., (1997) *Die Entwicklung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht. Grundlagen, Analyse und exemplarische Anwendung auf Gesetze im Rentenrecht*, Diss. Bremen, MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., RATING, S., (1993) *Mittelbare Diskriminierung der Frauen im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht. Richterrecht des EuGH und die Voraussetzungen seiner Rezeption am Beispiel Spaniens und der Bundesrepublik,* Diss. Berlin, und REFAEIL, N./SIEGWART, K., (1997) Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht in: *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht. Ausgewählte Fragen*, Bern/Zürich, 5 ff..

43 Die direkte Diskriminierung meint eine rechtliche Diskriminierung, die, weil sie im Gesetz vorgegeben ist, zeitlich unmittelbar und (nur) beim Normadressat eintritt. Die indirekte Diskriminierung demgegenüber umfasst eine tatsächliche Schlechterstellung, die als mittelbare Folge neutral formulierter Gesetze bestimmte Personen benachteiligt., mithin diesen ein „Sonderlast/en" aufbürdet. M. E. wäre es korrekter, statt von direkter/unmittelbarer und indirekter /mittelbarer Diskriminierung von rechtlicher und faktischer Ungleichbehandlung zu sprechen und die vorgenannten Begriffspaare im Zusammenhang mit der Umschreibung der Schlechterstellung zu verwenden. Es ist nämlich ohne weiteres denkbar, dass eine Ungleichbehandlung, insbesondere eine rechtliche, direkte und indirekte Benachteiligungen zur Folge hat.

44 *Vgl.* statt vieler BGE 124 II 409 E. 7 und 8 sowie U BGer vom 17.05.2000 i.S. B. (1A.255/1999/bmt und 1P.641/1999), E. 4a und b. *Siehe* ferner Art. 3 Abs. 1 GlG, wonach Arbeitnehmer/innen auf Grund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Das BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf) basiert im Gegensatz zum GlG nicht auf der Unterscheidung zwischen direkter/indirekter Diskriminierung, sondern verwendet den einheitlichen Begriff der „ Benachteiligung", *vgl.* dazu *infra* FN 76 f.

45 In Bezug auf das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung" *siehe* betreffend *Australien* Sec. 5 und 6 THE DISABILITY DISCRIMINATION ACT 1992 (Act No. 135 of 1992), *Grossbritannien* Art. 5(1)(a)–(b) DISABILITY

nationale Recht[46] als auch das kontinentaleuropäische Diskriminierungsrecht[47] massgeblich beeinflusst.

DISCRIMINATION ACT 1995 (An Act to make it unlawful to discriminate against disabled persons in connection with employment, the provision of goods, facilities and services or the disposal or management of premises; to make provision about the employment of disabled persons; and to establish a National Disability Council, 8th November 1995), *Neuseeland* Sec. 65 HUMAN RIGHTS ACT 1993 (An Act to consolidate and amend the Race Relations Act 19711 and the Human Rights Commission Act 1977 and to provide better protection of human rights in New Zealand in general accordance with the United Nations Covenants or Conventions on Human Rights), *Phillipinen* Sec. 4(f) MAGNA CARTA FOR DISABLED PERSONS **(**Republic Act No. 7277, S. No. 1286, H. No. 35091; fifth Regular Session, begun and held in Metro Manila, 22 July 1991) und *USA* Sec. 102, 202, 301 und 302 AMERICANS WITH DISABILITIES ACT (ADA, adopted at the One Hundred First Congress of the United States of America, Second Session, at the City of Washington, 23 January 1990). *Siehe* ferner Art. 1 (2) INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST PERSONS WITH DISABILITIES (adopted at the Twenty-Ninth Regular Session of the General Assembly of the Organization of American States in Guatemala City, Guatemala, on 7 June 1999). *Vgl.* ferner LOENEN, T./RODRIGUES, P. R., (1999) *Non-discrimination law: comparative perspectives*, The Hague/Boston/Cambridge.

46 Art. 26 UNO-Pakt II sieht ein allgemein anwendbares Diskriminierungsverbot vor (NOWAK, M., (1993) *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary*, Kehl am Rhein/Arlington, N 12 f. zu Art. 26). Dieses schützt einerseits die formelle Rechtsgleichheit sowie vor Willkür („Equality before the Law") (*Ibid.*, N 14 f.), beinhaltet aber auch einen materiellen Diskriminierungsschutz („Equal Protection of the Law") (*Ibid.* N 16 ff.). Die Diskriminierungsverbote gemäss Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 2 und 3 UNO-Pakt I, Art. 2 UNO-Kinderkonvention und Art. 14 EMRK sind nur akzessorisch, d.h. im Zusammenhang mit den ausdrücklich garantierten Rechten, anwendbar und gewähren keinen darüber hinaus gehenden Schutz (*vgl.* BGE 125 III 209 E. 6a zu Art. 14 EMRK und *infra* FN 79). *Siehe* dazu auch BAYEFSKY, A. F., (1990) The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, in: *Human Rights Law Journal* 1990, 34 ff. Daneben bestehen eigentliche „Diskriminierungsabkommen". Das INTERNATIONALES ÜBEREINKOMMEN ZUR BESEITIGUNG JEDER FORM VON RASSENDISKRIMINIERUNG vom 21.12.1965 (SR 0.104) ist für die Schweiz am 29.12.1994 in Kraft getreten (*vgl.* AS 1995, 1164 ff. und BBl 1992 III 269 ff. sowie zur Tragweite des Übereinkommens BGE 123 I 19 E. 4, 123 II 472 E. 4e und 123 IV 202 E. 2. *Siehe* ferner Art. 1 Ziff. 1 zum Begriff der Rassendiskriminierung). Das ÜBEREINKOMMEN ZUR BESEITIGUNG JEDER FORM VON DISKRIMINIERUNG DER FRAU vom 18.12.1979 (SR 0.108) ist für die Schweiz am 26.04.1997 in Kraft getreten (*vgl.* AS 1999, 1579 ff. und BBl 1995 IV 901 ff.). Dieses Übereinkommen verbietet jede Form von Diskriminierung der Frau und verpflichtet die Vertragsstaaten zur Ergreifung von positive Massnahmen, die entweder eine Diskriminierung verhindern oder beseitigen sollen (*vgl.* Art. 2 lit. a in fine und b, Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 lit. a und b., sowie HAUSAMMANN, C./SCHLÄPPI, E., (1995) Menschenrechte und Frauenrechte. Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, in: *AJP* 1995, 32 ff.). Art. 1 definiert Diskriminierung der Frau als jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.

(33) Die direkte Diskriminierung beruht auf dem Prinzip „Alle anderen erhalten diesen Vorteil oder werden von diesem Nachteil verschont, aber nur Du nicht, weil Du diese Eigenschaft aufweist“. Die direkte oder unmittelbare Diskriminierung stellt eine offenkundige Diskriminierung dar. Sie ergibt sich – für jeden augenfällig – aus dem Gesetzestext oder der Vollzugspraxis[48]. Diese Diskriminierung kann man „lesen“.

2. Faktische Ungleichbehandlung („indirekte/mittelbare Diskriminierung“)

(34) Eine Diskriminierung erfolgt oft auf mehr versteckte Weise. Neutral formulierte – und mit dem Gleichbehandlungsgebot übereinstimmende – Gesetzesnormen können diskriminierende Auswirkungen haben. Möglich ist auch, dass eine gesetzliche Regelung schlechterdings fehlt, um allfälligen gesellschaftlichen Nachteilen oder sogar bewusster

---

47 Betreffend EU-Recht *siehe* Art. 13 EGV und Art. 2 Abs. 1 und 2 VORSCHLAG FÜR EINE RICHTLINIE DES RATES ZUR FESTLEGUNG EINES ALLGEMEINEN RAHMENS FÜR DIE VERWIRKLICHUNG DER GLEICHBEHANDLUNG IN BESCHÄFTIGUNG UND BERUF:
„1. Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz“, dass es keine – wie auch immer geartete – unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.
2. Im Sinne von Absatz 1
a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person auf Grund eines der in Artikel 1 genannten Gründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;
b) liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren eine Person oder Personengruppe auf Grund eines der unter Artikel 1 genannten Gründe benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein legitimes Ziel objektiv gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind geeignet und erforderlich.“
Ähnlich Art. 8 Abs. 4 BV sieht Art. 2 Abs. 4 des Vorschlags ein Egalisierungsgebot zu Gunsten von Behinderten vor: „Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten, sind, soweit erforderlich, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um den Betreffenden den Zugang zur Beschäftigung, eine Teilnahme am Arbeitsmarkt und einen beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, sofern dies keine unbillige Härte darstellt.“ *Siehe* dazu WADDINGTON, L., (1999) The European Community's Response to Disability in: *Disability, Divers-Ability and Legal Change* (Eds. Jones, M. und Marks, L. A. B.), The Hague/Boston/London, 139 ff., und WHITTLE, R., (1998) Disability discrimination and the Amsterdam Treaty, in: *European Law Review* 1998, 64 ff.

48 *Siehe* dazu die bereits *supra* in FN 26 erwähnten Entscheide des BGer und des EVG (direkte Diskriminierung auf Grund des Gesetzes zum Nachteil traditionell diskriminierter Gruppen) und ferner BGE 123 I 152 E. 4d/cc und 125 I 21 E. 3a (direkte Diskriminierung auf Grund des Gesetzes zum Vorteil traditionell diskriminierter Gruppen, aber zum Nachteil der traditionell nicht diskriminierten Personen; i.c. Quotenregelungen zur Förderung der Frauen, jedoch zum Nachteil der Männer; *siehe* dazu auch die U EuGH i.S. *Kalanke* vom 17.10.1995, *Marschall* vom 11.11.1997, *Badeck* vom 28.03.2000 und *Abrahamsson* vom 06.07.2000).

Ausgrenzung von bestimmten Personengruppen entgegenzuwirken[49]. In diesen beiden Fällen erfolgt die Diskriminierung versteckt. Diese Form wird meistens mit indirekter/mittelbarer Diskriminierung umschrieben[50]; sie kann man nicht „lesen", sondern nur „sehen"[51].

(35) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine indirekte Diskriminierung vor, wenn eine formal neutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige der Gruppe, die eine bestimmte persönliche Eigenschaft aufweisen, die in Art. 8 Abs. 2 BV genannt werden, ohne sachliche Begründung gegenüber den anderen Gruppen erheblich benachteiligt[52]. Eine Ungleichbehandlung, welche nicht Angehörige einer Gruppe, die bestimmte persönliche Eigenschaften aufweisen, betrifft, fällt demgegenüber nicht in den Geltungsbereich von Art. 8 Abs. 2 und 3 BV bzw. des Gleichstellungsgesetzes, sondern beurteilt sich einzig nach Art. 8 Abs. 1 BV[53].

---

49 In solchen Fällen fragt es sich, ob aus dem Diskriminierungsverbot – wie bei anderen Grundrechten – eine positive staatliche Schutzpflicht folgt. M.E. folgt aus Art. 8 Abs. 2 BV eine staatliche Schutzpflicht bis zur „Diskriminierungsschwelle", gestützt auf Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV sogar bis zur „Gleichstellungsschwelle". Für solche Schutzpflichten spricht insbesondere der Schutzzweck der Diskriminierungsverbote. Dagegen lässt sich einwenden, dass nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber – in Art. 8 Abs. 4 BV für Behinderte so ausdrücklich vorgesehen – für die Beseitigung gesellschaftlicher Benachteiligung zu sorgen habe. Insoweit würde sich der Schutz bei mittelbarer Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV nur auf die Fälle beschränken, in denen ein bestehendes, neutral formuliertes Gesetz diskriminierende Auswirkungen hat. Allenfalls bestünde ein eingeschränkter Schutz gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV bei einem unzumutbar langen Gesetzgebungsverfahren (*vgl.* dazu BGE 112 Ia 314:"Freilich darf dem Gesetzgeber zur Beseitigung eines verfassungssungswidrigen Zustandes nicht unbeschränkt Zeit gelassen werden, vielmehr hat der Rechtsunterworfene Anspruch darauf, dass nach angemessener Frist gehandelt wird [*vgl.* die Entscheide vom 1. November 1985 i.S. Ch. und A.].").

50 *Siehe* dazu ARIOLI, K., (1993) Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: *AJP* 1993, 1327 ff., und MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 124 ff.

51 In beiden Fällen muss man aber die Augen offen halten!

52 *Vgl.* BGE 125 II 541 2a m.w.H. (zur Geschlechterdiskriminierung) *Siehe* ferner Botschaft vom 24.02.1993 zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1248 ff., 1295 f.

53 *Vgl.* BGE 125 I 71 E. 2a und 125 II 385 E. 3b (beide noch zu Art. 4 aBV). Es fragt sich, ob diese Rechtsprechung vor dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV („*Niemand* darf .") Bestand hat, insbesondere deshalb, weil das Geschlecht als persönliche Eigenschaft genannt ist (*vgl.* dazu auch nachfolgende FN betreffend Ungleichbehandlung von verschiedenen Gruppen Invalider).

C. Persönliche Eigenschaft

(36) Die Ungleichbehandlung muss sich auf eine persönliche Eigenschaft zurückführen lassen, ansonsten eine Diskriminierung nicht vorliegen kann[54]. Pflegebedürftigkeit ist in Art. 8 Abs. 2 BV nicht genannt, weist aber eine besondere Nähe zu den beiden Eigenschaften „Alter" und „Behinderung" auf. Insoweit Pflegebedürftigkeit alterungs- oder behinderungsbedingt besteht, ist Art. 8 Abs. 2 BV kraft Verfassungswortlaut „automatisch" anwendbar[55].

1. Altersungsbedingte Pflegebedürftigkeit

(37) Art. 8 Abs. 2 BV nennt verschiedene Diskriminierungsmerkmale, unter anderem dasjenige des Alters[56]. In der Botschaft wurde das Alter nicht explizit als verfassungsrechtlich unzulässiges Unterscheidungsmerkmal genannt. Erst das Parlament nahm nach ausführlicher Diskussion das Alter in den Katalog der Diskriminierungsgründe auf[57]. Es wurden dabei ausdrücklich die Betagten, Kinder und Jugendlichen als diskriminierungsgefährdete Gruppen genannt[58].

(38) MÜLLER bezeifelt, ob die betagten Leute des spezifischen Schutzes eines Diskriminierungsverbots bedürfen, und hält fest, dass ihr aus demografischen Gründen wachsender Einfluss im demokratischen Entscheidungsprozess und die wohlfahrtsstaatlichen Einrich-

---

54 *Vgl.* U EVG vom 16.05.2001 i.S. P. (I 385/99 Vr), E. 3b: „Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltene Diskriminierungsverbot beruft, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass hier eine unterschiedliche Behandlung innerhalb der von Art. 8 Abs. 2 BV vor Diskriminierung geschützten Personengruppe der Behinderten vorliegt, knüpft Art. 21 Abs. 1 IVG an das sachlich begründete Kriterium der Eingliederung in das Erwerbsleben und den Aufgabenbereich und nicht etwa an das gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verpönte Kriterium der Behinderung an, sodass von einer direkten oder indirekten Diskriminierung nicht gesprochen werden kann (BGE 126 II 393 Erw. 6b und c)." *Siehe* ferner U BGer vom 19.06.2000 i.S. G. (2P.132/2000/bol), E. 2c/aa (betreffend Asylverfahren).

55 *Siehe* dazu *supra* N 10.

56 *Siehe* dazu MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 119 f., und MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern, 421 f.

57 Amtl. Bull. 1998 (Separatdruck), 33 ff. und 155.

58 *Ibid.*, 34.

tungen zu ihren Gunsten dagegen sprechen. Er erachtet den Schutz vor unzumutbarer Ungleichbehandlung durch das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV als hinreichend gesichert[59].

(39) Dieser Meinung ist entgegenzuhalten, dass das Parlament ausdrücklich zum Schutz der Betagten den Diskriminierungsgrund des Alters in Art. 8 Abs. 2 BV mitaufgenommen hat, weshalb es mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung nicht statthaft ist, „Betagtsein" als Diskriminierungsgrund generell auszuschliessen. Zudem stellt das Diskriminierungsverbot ein Grundrecht dar. Als solches schützt es einzelne Personen und nicht bestimmte Bevölkerungsgruppen. Der Gruppenansatz von MÜLLER ist daher abzulehnen.

(40) Es mag zwar zutreffend sein, dass es älteren Menschen dank den bestehenden Sozialschutzsystemen wirtschaftlich besser geht. Doch dies bedeutet nicht, dass ältere Menschen keine Benachteiligungen erfahren, die einer Diskriminierung gleichkommen (können). Besonders pflegebedürftige Betagte, die in Heimen leben, sind oft faktisch gegenüber noch vitalen Betagten benachteiligt.

(41) Diese Schlechterstellung betrifft die Ausübung von Grundrechten, Gewaltübergriffe[60] oder eine Vernachlässigung durch Heimpersonal, Verarmung etc. In solchen Fällen ist ein Diskriminierungsverbot sinnvoll und zudem notwendig, um allfällige Lücken im allgemeinen Grundrechtsschutz zu kompensieren. Einer Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BV auf Betagte – verstanden im Gegenstaz zu älteren Menschen oder Pensionierten – steht daher nicht nur nichts im Weg, sondern macht Sinn.

---

59 MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 120.

60 *Vgl. z.B.* DIESSENBACHER, H./SCHÜLLER, K., (1993) *Gewalt im Altenheim. Eine Analyse von Gerichtsakten,* Freiburg i.B., GEMEINNÜTZIGER VEREIN ZUR UNTERSTÜTZUNG VON KRIMINALITÄTSOPFERN UND ZUR VERHÜTUNG VON STRAFTATEN E.V., (1996) *Gewalt gegen Pflegebedürftige. Expertenforum mit Podiumsdiskussion. Dokumentation,* Mainz, HISS, B., (2000) *Fallgeschichten Gewalt. Anfänge erkennen, Alternativen entwickeln,* Hannover, und JOST, Y./SCHWEIZER, M. G., (2000) *Agression und Gewalt von Altersheimbewohnern gegen Pflegende. Diplomarbeit Hochschule für Sozialarbeit,* Bern.

2. Behinderungsbedingte Pflegebedürftigkeit

(42) Art. 8 Abs. 2 BV nennt ferner das Diskriminierungsmerkmal der körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung[61]. Die alte Bundesverfassung verwendete zur Umschreibung von Behinderung nur den Begriff der Invalidät und unterschied in Art. 34sexies Abs. 2 lit. b aBV Personen mit beschränkten Erwerbsmöglichkeiten sowie Betagte, Invalide und Pflegebedürftige. Die neue Bundesverfassung demgegenüber verwendet die beiden Begriffe Behinderung[62] und Invalidität[63] gegensätzlich.

(43) Der Invaliditätsbegriff wird bei den sozialversicherungsrechtlichen Kompetenz- und Organisationsnormen oder unter Bezugnahme zu „wirtschaftlichen Folgen" einer Behinderung verwendet[64]. Der Behinderungsbegriff demgegenüber wird bei der Grundrechtsordnung und bei der Wohnbau- und Wohneigentumsförderung benutzt. Dies legt den Schluss nahe, dass die beiden Begriffe nicht deckungsgleich sind und demzufolge Art. 8 Abs. 2 und 4 BV nicht nur auf Invalide, die auf Grund eines Gesundheitsschadens in wirtschaftlicher Hinsicht benachteiligt oder gar nach IVG leistungsberechtigt sind, sondern auf alle Behinderte angewendet werden müssen[65].

---

61 *Siehe* dazu LUGINBÜHL, B., (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff., MÜLLER, J. P., (1998) Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 1 ff. MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 122 f., und MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern, 426 f., MURER, E., (1998) Ein „Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung? in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse ?*, Bern, 17 ff., und TSCHANNEN, P./KIENER, R., (1996) Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr, in: *AJP* 1996, 403 ff.

62 *Vgl.* Art. 8 Abs. 2 und 4 sowie Art. 108 Abs. 4 BV.

63 *Vgl.* Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV.

64 *Vgl.* Art. 41 Abs. 2 BV („Bund und Kantone setzen sich dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist.")

65 Ähnlich das BVerfG, dass den Behinderungsbegriff i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG ebenfalls allgemein versteht und nicht auf Schwerbehinderte i.S.v. Art. 3 Schwerbehindertengesetz einschränkt. *Vgl. z.B.* BVerfG vom 08.10.1997 (1 BVR 9/97), Ziff. C/1a (schulische integration eines behinderten Kindes). Die Lehre fordert teilweise, dass der Behinderungsbegriff auf Schwerbehinderte zu beschränken sei. *Siehe* dazu und zum Diskriminierungsverbot

(44) Die Bezugnahme von Art. 8 Abs. 2 BV auf eine körperliche, geistige oder psychische Behinderung verdeutlicht, dass ein *Gesundheitsschaden* vorliegen muss. Der Entstehungsgeschichte, insbesondere der Botschaft, lassen sich allerdings keine Angaben hinsichtlich Schwere und Dauer des Gesundheitsschadens entnehmen. Es fragt sich daher, ob nur wesentliche Behinderungen oder auch geringere Gesundheitsschäden unter das Diskriminierungsverbot fallen. Zudem ist unklar, ob bereits drohende, z.B. HIV-Infizierung oder Adipositas, vorübergehende, z.B. Krankenhausaufenthalt, frühere oder assozierte Gesundheitsschäden ausreichen.

(45) Sodann ist unklar, ob das Vorliegen eines Gesundheitsschadens bereits ausreicht oder ob – der WHO Begriffsrichtlinie[66] entsprechend – neben dem Gesundheitsschaden

---

allgemein: CASPAR, J., (2000) Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, in: *EuGRZ* 2000, 135 ff., DIRNAICHNER, U., (1997) Bayerisches Schulrecht: Keine Benachteiligung Behinderter, in: *BayVBL* 1997, 545 ff., ENGELKEN, K., (1997) Nochmals: Der Diskriminierungsschutz Behinderter im Grundgesetz – Sonderschulzuweisung als unzulässige Benachteiligung ?, in: *DVBL* 1997, 762 ff., GRAMS, H. A., (1995) Anspruch auf behindertengerechten Zugang zu öffentlichen Einrichtungen?, in: *BauR* 1995, 195 ff., HAGMANN, J., (1998),Münster, Diss. Münster, HERDEGEN, M., (1992) Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, in: *VSSR* 1992, 245 ff., HERDEGEN, M., (1998) *Der neue Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz. Entstehung und Tragweite des Benachteiligungsverbots (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). 2. A.*, Bonn, JÜRGENS, A., (1993) Gleichstellungsgesetz für Behinderte?, in: *ZRP* 1993, 129 ff., JÜRGENS, G., (1995b) Grundrecht für Behinderte, in: *NVwZ* 1995, 452 f., JÜRGENS, G., (1995a) Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Grundgesetzes, in: *ZfSH/SGB* 1995, 383 ff., JÜRGENS, G., (1997c) Sonderschulzuweisung als verbotene Benachteiligung Behinderter (Anmerkung zu BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 30.07.1996), in: *NJW* 1997, 1052 ff., JÜRGENS, A., (1997a) Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, in: *DVBL* 1997, 410 ff., JÜRGENS, A., (1997b) Vom Umgang mit Benachteiligungen, in: *DVBL* 1997, 764 ff., JÜRGENS, G./RÖMER, V., (1999) Aufnahme von Behinderten in allgemeine Schule, in: *NVwZ* 1999, 847 ff., LEHNERT, J., (2000) *Die Anwendung des Benachteiligungsverbots auf das Schulrecht der Länder unter besonderer Berücksichtigung eines Anspruchs Behinderter auf Regelbeschulung,* Frankfurt a.M., SACHS, M., (1997) OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.11.1996, Sonderschule und Benachteiligung von Behinderten, in: *JUS* 1997, 748 f., SACHS, M., (1998) BVerfG, Beschluss vom 08.10.1997; Verbot der Benachteiligung Behinderter, in: *JUS* 1998, 553 ff., SACHS, M., (1999) BerlVerfGH, Beschluss vom 18.06.1998; Gleichstellung Behinderter und Nichtbehinderter, in: *JUS* 1999, 813 f., und WIENAND, M., (1992) Niemand darf wegen seiner Behinderung beeinträchtigt werden, in: *Blätter der Wohlfahrtspflege* 1992, 200 ff.

66 *Siehe* dazu MATTHESIUS, R.-G./JOCHHEIM, K.-A., *ET AL.*, (1995) *ICIDH – International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap,* Berlin/Wiesbaden, WHO, (1999) *ICIDH-2: International Classification of Functioning and Disability. Beta-2 draft, Full Version,* Genf. Ferner DICKSON, H. G., (1996) Problems with the ICIDH definition of impairment, in: *Disabil-Rehabil.* 1996, 52 ff., NORDENFELT, L., (1997) The importance of a

noch besondere *Fähigkeitsstörungen*, z.B. Störung bei der Vornahme alltäglicher Lebensverrichtungen, und *Beeinträchtigungen* erforderlich sind. Der Bezugspunkt für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer allenfalls erforderlichen Fähigkeitsstörung bzw. Beeinträchtigung ist ebenfalls nicht geklärt. Muss der Gesundheitsschaden in Kombination mit der diskriminierenden Handlung die Ausübung von Grundrechten beeinträchtigen? Reicht es, wenn zwar nicht ein spezifisches Grundrecht, sondern das „Alltagsleben" betroffen ist?

(46) Der klassische Diskriminierungtatbestand zeichnet sich durch kollektive oder individuelle Projektion von gutmeinenden oder negativen Werturteilen auf einen den gesellschaftlichen Status eines Einzelnen bestimmenden Aspekt aus. Das Resultat dieses Vorgangs ist entweder eine individuelle oder eine kollektive Stigmatisierung oder Ausgrenzung. „Opfer" einer derartigen Diskrminierung können auch Aussenstehende werden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass nichtbehinderte oder nicht mehr behinderte Personen eine behindertenspezifische Diskriminierung erleiden.

(47) Eine solche Diskriminierung kann etwa erfolgen, wenn „man" für behindert betrachtet wird und infolgedessen einen Nachteil erleidet, z.B. eine Bewerbung abgewiesen oder als vermeintlich Behinderter beschimpft wird[67]. Das Beispiel der Ehrverletzung führt sodann zum Problem der Diskriminierung ohne Opfer. In seltenen Fällen betrifft die diskriminierende Handlung unmittelbar keine Person, sondern trägt zu einer Beibehaltung gesellschaftlicher Vorurteile bei, die dann mittelbare Auswirkungen für konkrete Personen hat.

---

disability/handicap distinction, in: *J-Med-Philos* 1997, 607 ff., und THURIAUX, M. C., (1995) The ICIDH: evolution, status, and prospects., in: *Disabil-Rehabil.* 1995, 112 ff.

67 *Siehe* dazu auch das „Krüppelurteil" des BVerfG vom vom 25.03.1992 (1 BvR 514/90), Ziff. B/II/2: „ Heute wird die Anrede eines Menschen mit dem Wort 'Krüppel' als Demütigung verstanden. Er wird damit zum minderwertigen Menschen gestempelt. Der Bedeutungswandel zeigt sich besonders darin, daß er auch gegenüber dem körperlich Gesunden benutzt wird, um diesen zu beschimpfen und in seinem Ansehen herabzusetzen." *Vgl.* auch SCHRAMM, E., (1998) Über die Beleidigung von behinderten Menschen in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Eds. Eser, A./Schittenhelm, U. und Schumann, H.), München, 539 ff., zu den Auswirkungen des Diskriminierungsverbots für das Ehrverletzungsstrafrecht.

(48) Die Diskriminierung eines nichtbehinderten Opfers und die Diskriminierung ohne Opfer werden in Lehre und Rechtsprechung kaum thematisiert[68]. Eine Ausnahme macht z.B. der AMERICANS WITH DISABILITIES ACT (1990), der nicht nur Gesundheitsschäden, die eine alltägliche Lebensverrichtung wesentlich beeinträchtigen, sondern auch frühere oder assoziierte Behinderungen umfasst[69].

(49) Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV und die Beratungen im Parlament[70] legen den Schluss nahe, dass nur solche Personen unter den verfassungsmässigen Diskriminierungsschutz fallen sollen, die einerseits im Zeitpunkt der diskriminierenden Handlung oder Unterlassung tatsächlich einen Gesundheitsschaden aufgewiesen haben und andererseits von einem wesentlichen Gesundheitsschaden betroffen sind, der von solcher Schwere und Dauer ist, dass sich das Verhalten des Grundrechtsadressaten infolge einer „Behinderung" überhaupt diskriminierend auswirken kann[71].

---

68 Dazu auch SPRANGE, T., (1999) Der rechtliche Schutz des von Behinderung Bedrohten, in: *br* 1999, 137 ff.. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a GlG besteht ein Rechtsanspruch, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen. Das BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf, Fassung Vernehmlassung 2000) sieht keine derartige Ansprüche im Zusammenhang mit einer drohenden Diskriminierung vor. Ebenso setzt nach Art. 4 Abs. 1 IVG einen bereits eingetretenen Gesundheitsschaden voraus. Art. 8 Abs. 1 IVG gewährt jedoch von einer Invalidität unmittelbar bedrohte n Versicherten Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen.

69 *Siehe* Sec. 3 (2)(A)–(C) ADA: „ The term 'disability' means, with respect to an individual-(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual; (B) a record of such an impairment; or (C) being regarded as having such an impairment." *Vgl.* dazu den Überblick über dem ADA bei MURER, E., (1998) Ein „Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung? in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse ?*, Bern, 17 ff., 41 ff., und ferner aus der US-Literatur COLKER, R./TUCKER, B. P., (1998) *The Law of Disability Discrimination. 2. A.*, Cincinnati, und TUCKER, B. P., (1998) *Federal disability law in a nutshell*, St. Paul; *siehe* rechtsvergleichend SCHWEHM, T., (1995) *Deutsches, amerikanisches, kanadisches und australisches Behindertenrecht*, Bonn. – Eine ähnliche Formulierung wie im ADA findet sich in anderen Gleichstellungsgerlassen (*vgl. z.B.* Art. 1 Abs. 2 INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST PERSONS WITH DISABILITIES).

70 *Vgl.* dazu Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998. Reform der Bundesverfassung (Separatausgabe), Bern.

71 In der Lehre wird dies ebenfalls gefordert: LUGINBÜHL, B., (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff., 100, verweist auf die Materialien (Votum NR Suter, Amtl. Sten. Bull. NR 1996, 1161), wo eine erhebliche Beeinträchtigung vorausgesetzt wird. MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der

(50) Es bleibt allerdings die Frage, ob – entsprechend der ICIDH-Klassifikation der WHO – neben dem Gesundheitsschaden auch bestimmte Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigungen vorausgesetzt werden müssen. Das Problem besteht dabei vor allem in der Unbestimmtheit der ICIDH-Klassifikation. Sie basiert zwar auf einem dreigliedrigen Behinderungsbegriff (Gesundheitsschaden, Fähigkeitsstörung und Beeinträchtigung), dient letztlich aber nur der Beschreibung einer Behinderung.

(51) Aussagen über die Schwere einer Behinderung lassen sich demgegenüber nur ungenaue machen. Zudem beinhaltet das dritte Element der Beeinträchtigung u.a. auch gesellschaftliche Nachteile, mithin die Diskriminierung selbst, weshalb auf die ICIDH-Klassifikation nicht abgestellt werden kann, da sonst der Behinderungs- mit dem Diskriminierungsbegriff vermischt würde und der Behinderte erst behindert wäre, wenn er u.a. diskriminiert wird.

(52) Behinderte i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV stellen solchermassen Personen dar, die einen im Zeitpunkt des Diskriminierungseingriffs tatsächlich bestehenden Gesundheitsschaden aufweisen[72], der zudem mit einer erheblichen Fähigkeitsstörung verbunden ist. Hilfsweise kann dabei auf den Hilflosigkeitsbegriff der IVG zurückgegriffen werden[73]. Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit als Folge einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinde-

---

neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff., 123, möchte das Diskriminierungsverbot auf „Behinderungen von einer gewissen Schwere" begrenzen. werden soll. MURER, E., (1998) Ein „Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung? in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse ?*, Bern, 17 ff., 20, schlägt die Übernahme der ICIDH-Klassifikation der WHO vor.

72 Der Behinderungsbegriff des BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf) setzt in Anlehung an die ADL-Klassifikation einen Gesundheitsschaden und eine erhebliche Fähigkeitsstörung in der Vornahme alltäglicher verrichtungen voraus. Das Erfordernis der Beeinträchtigung wird nicht verlangt. Der einschlägige Art. 2 Abs. 1 BehiG-Entwurf lautet:" In diesem Gesetz bedeutet Mensch mit Behinderung (Behinderter) eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben."

73 *Siehe* dazu *z.B.* ETTLIN, R., (1998) *Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts,* Diss. Freiburg i.U.

rung muss daher ebenfalls ein bestimmtes Ausmass annehmen, um unter Art. 8 Abs. 2 und 4 BV zu fallen[74].

D. Schlechterstellung

1. Allgemeines

(53) Jede Ungleichbehandlung ist für die davon Betroffenen mit einer Besser- oder Schlechterstellung verbunden. Von einer Diskriminierung kann jedoch nur bei einer Schlechterstellung gesprochen werden[75], die ein bestimmtes Ausmass erreicht, das die „Diskriminierungsschwelle" unterschreitet. Das BVerfG beispielsweise versteht unter einer „Benachteiligung" i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG u.a. nur den „*Ausschluss* von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten"[76].

(54) Die Bundesverfassung enthält keinerlei Angaben darüber, welche Lebensbereiche von der Schlechterstellung betroffen sein müssen und wie erheblich die Schlechterstellung

---

74 Bei einer alterungsbedingten Pflegebedürftigkeit genügt an sich eine bereits geringe Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit, da nicht die Behinderung, sondern das Alter vor Diskriminierung geschützt ist. M.E. sind aber beide Fälle gleich zu behandeln.

75 Bei einer Besserstellung stellt sich allenfalls die Frage, ob andere Personen diskriminiert werden, weil sie nicht auch privilegiert behandelt werden (sog. umgekehrte Diskriminierung). Aus Art. 8 Abs. 4 BV kann e contrario entnommen werden, dass eine Besserstellung der Behinderten Nichtbehinderte grundsätzlich nicht diskriminiert. Die Zulässigkeit der Besserstellung von bestimmten Gruppen von Behinderten gegenüber anderen Behinderten beurteilt sich nach Auffassung des EVG nach Art. 8 Abs. 1 BV (*vgl. supra* FN 53 f.), was allerdings dann fraglich ist, wenn die Besserstellung behinderungsbedingt erfolgt.

76 *Vgl. z.B.* die Umschreibung der erforderlichen Benachteiligung gemäss Art. 3 Abs. 3 GG durch BVerfG vom 08.10.1997 (1 BVR 9/97), Ziff. C/1/b: „Eine Benachteiligung liegt vor diesem Hintergrund nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern, indem ihm etwa der tatsächlich mögliche Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen verwehrt wird oder Leistungen, die grundsätzlich jedermann zustehen, verweigert werden. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluß von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird. Wann ein solcher Ausschluß durch Förderungsmaßnahmen so weit kompensiert ist, daß er nicht benachteiligend wirkt, läßt sich nicht generell und abstrakt festlegen. Ob die Ablehnung einer vom Behinderten erstrebten Ausgleichsleistung und der Verweis auf eine andere Entfaltungsalternative als Benachteiligung anzusehen sind, wird regelmäßig von Wertungen, wissenschaftlichen Erkenntnissen und prognostischen Einschätzungen abhängen. Nur auf Grund des Gesamtergebnisses dieser Würdigung kann darüber befunden werden, ob eine Maßnahme im Einzelfall benachteiligend ist."

zu sein hat[77]. Der erste Problematik betrifft die Frage nach der *Akzessorietät*[78]. Kann das Diskriminierungsverbot nur im Zusammenhang mit der Ausübung von anderen Grundrechten[79] oder – erweiterte Akzessorietät – auch mit anderen Rechten, deren Grundlage nur auf Gesetzes-, nicht Verfassungsstufe besteht, geltend gemacht werden? Oder spielt das Vorliegen eines Rechtsanspruchs keine Rolle und deckt das Diskriminierungsverbot alle Lebensbereiche ab?

(55) Das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV ist nicht akzessorischer Natur. Es schützt die „gleiche, gerechte, faire, seine Würde respektierende Behandlung des Menschen durch die Behörden“[80], kommt aber im Verhältnis zu anderen Grundrechten stets subsidiär zum Tragen[81]. Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV weist dieselbe Rechtsnatur auf; es ist nicht akzessorisch und zudem allgemein, aber erst subsidiär anwendbar, wenn andere Grundrechte, namentlich auch das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, nicht einschlägig sind. Es ist sozusagen die letzte „Schutzburg“ für den Betroffenen[82].

---

77 Das BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG (Entwurf) umschreibt die Schlechterstellung in Art. 4 Abs. 2 folgendermassen: „ Eine Benachteiligung liegt vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist.“

78 *Vgl.* dazu *supra* FN 46.

79 Art. 26 UNO-Pakt II sieht ein allgemein anwendbares Diskriminierungsverbot vor. Dieses ist im Gegensatz zu den anderen staatsvertraglichen Diskriminierungsverboten (*vgl.* die Hinweise *supra* FN 46) grundsätzlich nicht akzessorisch, d.h. kann nicht nur im Zusammenhang mit den im jeweiligen Staatsvertrag ausdrücklich garantierten Rechten, sondern ganz allgemein angerufen werden, *vgl.* NOWAK, M., (1993) *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary*, Kehl am Rhein/Arlington, N 12 f. zu Art. 26. Die Schweiz hat jedoch zu Art. 26 UNO-Pakt II einen Vorbehalt angebracht, wonach „die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz“ nur in Verbindung mit anderen im Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet ist. Art. 26 UNO-Pakt II ist solchermassen für die Schweiz nur akzessorisch anwendbar und hat dieselbe Bedeutung wie Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I und Art. 14 EMRK (*siehe* BGE 123 II 472 E. 4d zur Zulässigkeit dieses Vorbehalts).

80 So G. MÜLLER, BV-K, N 19 zu Art. 4 aBV.

81 Ibid.N 20.

82 Unklar ist das Verhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Willkürverbot i.S.v. Art. 9 BV. Das Bundesgericht erachtet staatliche Akte dann als willkürlich, wenn sie nicht sachlich begründbar sind sinn- und zwecklos erscheinen, höherrangiges Recht krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken

(56) Die Schlechterstellung kann grundsätzlich rechtlicher, z.B. Eheverbot für Geisteskranke, oder tatsächlicher, z.B. Unzugänglichkeit öffentlicher Gebäude für Rollstuhlfahrer, Natur sein. Es wäre mit dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots nicht vereinbar, wenn nur grundrechtlich geschützte Interessen erfasst würden. Das gesellschaftliche Phänomen Diskriminierung betrifft oft nur tatsächliche Interessen und äussert sich mitunter gerade darin, dass bestimmte Personengruppen vom Recht ausgegrenzt werden. In solchen Fällen muss das Diskriminierungsverbot greifen, wenn es nicht blosse Makulatur sein will. Es ist zudem schwierig, den sachlichen Geltungsbereich der grundrechtlich geschützten Lebensbereiche (Leib und Leben, Freiheit, Eigentum, Ehre) von nicht geschützten Lebensbereichen abzugrenzen, weshalb das Rechtsgut „rechtliche und faktische Gleichbehandlung" über die anderen Rechtsgüter hinausgeht und auch faktische Interessen mitumfasst.

(57) Die Erheblichkeit der Schlechterstellung lässt sich abstrakt nicht umschreiben. Die Schlechterstellung hängt zunächst von der Ungleichbehandlung ab. Die Gründe, die eine Ungleichbehandlung qualifiziert rechtfertigen, können auch die Schlechterstellung in einem anderen Licht erscheinen lassen. Umgekehrt erfordert eine nachhaltige Schlechterstellung eine besonders qualifizierte Rechtfertigung. Die Anzahl der ungleich behandelten Personen spielt ferner für die Beurteilung ihrer Schlechterstellung eine besondere Rolle. Je grösser der Kreis ist, desto geringere Nachteile können die Annahme einer erheblichen Schlechterstellung rechtfertigen. Schliesslich können verschiedene weitere Umstände eine Erheblich-

---

zuwiderlaufen, *vgl. z.B.* die Rechtsprechungshinweise in der BOTSCHAFT BV, 144 f. und bei MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern, 467 ff. Das Willkürverbot gilt dabei umfassend, aber nur subsidiär, wenn kein anderes Grundrecht greift. Diskriminierungs- und Willkürverbot weisen eine ähnliche Struktur auf. Beide betreffen singuläre Erscheinungen. Das Willkürverbot schützt vor dem einzelfallweisen Abweichen von grundlegenden Prinzipien, während sich das Diskriminierungsverbot gegen das Ausgrenzen und und Tragenmüssen von Sondernachteilen richtet. Es ist denkbar, dass bestimmte Sondernachteile als geradezu willkürlich eingestuft werden müssen, z:B. das wahl- und zwecklose Sterilisieren von Geistigbehinderten, und insoweit Willkür- und Diskriminierungsverbot gemeinsam verletzt sind. Das Willkürverbot ist jedoch individueller zugeschnitten als das Diskriminierungsverbot. Es schützt daher auch Personen, die vom Diskriminierungsverbot erfasst werden, vor Willkür im Verhältnis zu anderen Angehörigen derselben Gruppe. Unklar ist, ob im Verhältnis zwischen den Angehörigen derselben Gruppe im übrigen das weniger strenge Gleichheitsgebot („sachliche Gründe") oder das restriktivere Dsiskriminierungsverbot („qualifizierte Rechtfertigung") gilt. Das BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf) klärt in Art. 5 Abs. 2 nur das Verhältnis zwischen Massnahmen zu Gunsten Behinderter i.S.v. Art. 8 Abs. 4 BV und dem Gleichheitsgebot i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV. Angemessene Massnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen der Menschen mit Behinderungen stellen nach dieser Bestimmung keine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV dar.

keit der Benachteiligung begründen. Werden verfassungsmässig geschützte Interessen betroffen, z.B. Niederlassungsfreiheit, ist eine erhebliche Schlechterstellung eher anzunehmen als in den übrigen Fällen.

2. Schlechterstellung bei Pflegebedürftigkeit

(58) Die Nachteile bei Pflegebedürftigkeit bestehen vor allem in grund- und leistungsrechtlicher Hinsicht. Pflegebedürftige können als Folge der mit der Pflegebedürftigkeit verbundenen funktionellen Beeinträchtigungen Grundrechte nicht wie Nichtpflegebedürftige wahrnehmen, z.B. vom Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper[83], oder sich gegenüber Grundrechtsübergriffen von staatlichen Organen oder Privaten nicht in gleicher Weise wehren, z.B. demente Betagte im Heim ohne gesetzlichen Vertreter.

(59) Das Vormundschaftsrecht bietet diesbezüglich nur ungenügenden Schutz, da es vor allem darauf ausgerichtet ist, urteilsunfähigen Personen einen Stellvertreter zuzuweisen. Die Behandlung durch Drittpersonen von urteilsunfähigen Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, und urteilsfähigen Personen, die keinen solchen benötigen, wird vom Vormundschaftsrecht überhaupt nicht[84] und vom kantonalen Gesundheitsrecht nur ungenügend und zudem uneinheitlich erfasst.

(60) Die Grundrechte sind auf die Behandlung zwar anwendbar, doch sind sie ungeeignet, als umfassendes Betreuungs- und Behandlungsrecht zu dienen. Es kommt hinzu, dass Grundrechtseingriffe nur zulässig sind, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht oder eine Einwilligung vorliegt[85]. Die Abgrenzung zwischen Einwilligung und Zwangseingriff ist oft schwierig; zudem fehlen auf Bundesebene und in zahlreichen Kantonen oft genügende gesetzliche Grundlagen für Zwangsbehandlungen[86].

---

83 *Siehe* dazu *infra* N 65 ff.

84 Das Vormundschaftsrecht regelt nur das Verhältnis zwischen Vormund, Beirat, Beistand bzw. Vormundschaftsbehörde und der bevormundeten, verbeiratetren oder verbeiständeten Person.

85 *Vgl.* Art. 36 BV.

86 *Siehe* dazu JOSET, A., (2000) Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsenziehung, in: *AJP* 2000, 1424 ff., 1428 ff.

(61) Aus leistungsrechtlicher Sicht stellt sich vor allem die Frage, ob die bestehende Leistungsordnung ausreichend ist, um pflegebedingte Nachteile zu kompensieren oder weitere Massnahmen gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV[87] bzw. Art. 8 Abs. 4 BV[88] zu treffen sind, um

---

87 Aus Art. 8 Abs. 2 BV können wegen Art. 191 BV keine Leistungsansprüche geltend gemacht werden, die von einem Bundesgesetz ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden. Die Grenzziehung in Bezug auf Art. 191 BV ist jedoch nicht immer klar. Diese Bestimmung verwehrt, allein gestützt auf grundrechtliche Erwägungen nicht in einem Bundesgesetz vorbestehende Leistungsansprüche gegenüber dem Sozialversicherer zu begründen oder einzelne nicht erfüllte zwingende Anspruchsvoraussetzungen gestützt auf grundrechtliche Erwägungen zu kompensieren; hiezu bedarf es einer Gesetzesänderung. Eine „Gesetzeskorrektur" kann aber im Rahmen einer grundrechtsakonformen Auslegung oder gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis erfolgen *Vgl.* dazu MURER, E., (2000) Die verfassungskonforme Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen und das «Giesskannenprinzip»: ein ungelöster Konflikt in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz* (Eds. Metzler, M. und Fuhrer, S.), Basel, 321 ff., MURER, E., (1995) Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: *SZS* 1995, 184 ff., und SCHÜRER, C., (1997) Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: *AJP* 1997, 3 ff.). *Siehe* ferner BGE 126 V 70 E. 4c/aa–cc = *ZBJV* 2000, 513 (Kosten der invaliditätsbedingten Abänderung eines Fahrzeuges, Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV bejaht), 121 V 8 E. 6b = *AJP* 1995, 1500 ff. (Stillbesuche, Verweigerung von Fahrkostenübernahme, keine Verletzung von Art. 8 EMRK, *siehe* dazu auch SUSANNE LEUZINGER–NAEF in: *AJP* 1995, 1502 f.), 123 V 189 E. 4 f. (zur Bedeutung von Art. 4 Abs. 2 aBV für die BVG-Regelung im Bereich der obligatorischen Vorsorge), 120 V 1 E. 2 = *Pra* 1994 Nr. 289, 953 (Rentnerehe, Art. 8 und 12 EMRK gewähren keinen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen), 118 V 206 E. 5b und c = *EuGRZ* 1993, 83 (Besuchskosten der Eltern, Verweigerung von Reisekostenübernahme, Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht), 113 V 31 E. 4d (Autokosten, Verweigerung von Amortisations- und Reparaturkostenbeiträgen, Verletzung der Niederlassungs-sowie Handels- und Gewerbefreiheit bejaht, *vgl.* zur Niederlassungsfreiheit *siehe* sodann auch SVR 1994, IV Nr. 8, 16.) und 109 V 275 E. 2c (Kürzung von Leistungen der AlV, Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit bejaht). *Siehe* sodann U EVG vom 11.3.1994 i.S. I E. 2a, SVR 1994 AHV Nr. 12, 27 ff., und AHV Nr. 19, 49 ff., sowie U EVG vom 4.11.1993 i.S. K. (keine Leistungspflicht der IV im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit [Art. 27 Abs. 3 BV]).

88 Es ist unklar, was unter „Massnahmen" i.S.v. At. 8 Abs. 4 BV zu verstehen ist. Sind damit nur Massnahmen gemeint, die die gesellschaftliche Teilhabe in bestimmten Bereichen (Zugang zu Gebäuden, Transportwesen, Kommunikation etc.) fördern, oder fallen darunter auch individuelle Schutz- und Leistungsmassnahmen? *Siehe* dazu LUGINBÜHL, B., (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff., 103 f. Die daselbst gemachten Hinweise auf die Materialien sind allerdings nicht aufschlussreich. *Ibid.* ist wohl der Auffassung, dass Art. 8 Abs. 4 BV individuelle Schutzmassnahmen und allgemeine Gleichstellungsmassnahmen umfassen sollen, so jedenfalls sind die auf S. 111 ff. erwähnten Beispiele zu verstehen. Im BG ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN DER MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengesetz, BehiG) (Entwurf) werden – im Gegensatz zum GlG – ausschliesslich allgemeine Gleichstellungsmassnahmen vorgesehen (*siehe* insbesondere Art. 3 BehiG-Entwurf).

allfällige Sondernachteile auf ein Niveau zu reduzieren, das oberhalb der „Diskriminierungsschwelle“ liegt[89].

(62) Es können sich zudem Überschneidungen zwischen Grundrechts- und Diskriminierungsschutz ergeben. Dies betrifft Fälle, in den durch eine ungenügende Leistungsordnung Grundrechte faktisch beeinträchtigt werden, z.B. die Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit einer verweigerten Übernahme von Haus- bzw. Heimpflegekosten[90]. Derartige *faktische Grundrechtsverletzungen* werden dann zu einem Diskriminierungsproblem, wenn sie nur Betagte oder Behinderte betreffen; dies trifft für Pflegesozialleistungen in exemplarischer Weise zu.

E. Bedingungsverhältnis

(63) Ungleichbehandlung, Schlechterstellung und persönliche Eigenschaft müssen in einem Bedingungsverhältnis zueinander stehen. Fehlt ein Element gänzlich, z.B. eine Ungleichbehandlung oder eine (genügend wesentliche) Schlechterstellung, oder stehen die drei Elemente nicht in einem Bedingungsverhältnis zueinander, z.B. weil die faktische Ungleichbehandlung sich nicht auf eine persöliche Eigenschaft i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV zurückführen lässt, so ist der Diskriminierungstatbestand nicht erfüllt.

(64) Das Bedingungsverhältnis wird unterschiedlich mit Wendungen wie „Beweggrund“, „Motiv“, „wegen“, „infolge“ etc. bezeichnet. Eine eigentliche Diskriminierungsabsicht wird jedoch bei der diskriminierenden Person nicht verlangt, da der Zweck des Diskriminierungsverbots in der Beseitigung der Schlechterstellung und nicht in der Ahndung einer Diskriminierungsabsicht besteht[91].

---

89 *Siehe* dazu *supra* FN 26.

90 *Vgl.* dazu RAUBER, B. P., (2000) Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflkegeversicherung, in: *AJP* 2000, 1403 ff.

91 Die Common Law-Diskriminierungstheorie unterscheidet traditionell die direkte/nmittelbare und indirekte/mittelbare Diskriminierung (*vgl.* dazu bereits *supra* FN 45). Bei beiden Formen ist der Kausalnexus voluntativ geprägt. Bei der direkten Diskriminierung hat der Gesetzgeber „willentlich“ die von einem Diskriminierungsverbot geschützten Personen benachteiligt. Entsprechend wird bei der indirekten Diskriminierung auch eine voluntative Komponente (Diskriminierungsabsicht – „discriminatory intent“) verlangt. In neueren Entscheiden sind die Gerichte dazu übergegangen, einerseits die Unterscheidung zwischen direkter/indirekter Diskriminierung und andererseits das Erfordernis einer Diskriminierungsabsicht fallenzulassen, *vgl.* statt vieler den Überblick bei

IV. PFLEGEBEDINGTE SUIZIDUNFÄHIGKEIT ALS GRUNDRECHTS- UND DISKRIMINIERUNGSPROBLEM

A. Allgemeines

(65) Der EGMR hatte noch nie über die Tragweite von Art. 8 EMRK in Bezug auf die Sterbehilfe zu entscheiden[92]. Die frühere Kommission hat im Zusammenhang mit der Überprüfung der Bestrafung eines Mitglieds einer Sterbehilfevereinigung, die in Anwendung einer Bestimmung, die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord unter Strafe stellte, erfolgt war, zu klären, ob Art. 8 oder 10 EMRK verletzt worden war[93]. Nach der Auffassung der Kommission fallen Beihilfehandlungen zum Suizid eines Dritten nicht unter das von Art. 8 EMRK geschützte Privatleben[94]. Die Kommission deutete aber an, dass Suizidhandlungen einen Aspekt des von Art. 8 EMRK ebenfalls geschützten Privatlebens darstellen können.

(66) Die Lehre leitet aus dem von Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK geschützten *Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper* ein Recht ab, über den Fort-

---

LEPOFSKY, M. D., (1998) The Charter's guarantee of equality to people with disabilities – how well is it working?, in: *Windsor Yearbook of Access to Justice Annual* 1998, 155 ff., 168 ff., und die Beispiele betreffend *Kanada*: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, 26481 S.C.C. [from B.C.] *1999 S.C.C.D. LEXIS 115;* [2000] S.C.C.D. 430.20.20.60–01 December 16, 1999; *vgl.* ferner RIOUX, M. H./FRAZEE, C. L., (1999) The Canadian Framework for Disability Equality Rights in: *Disability, Divers-Ability and Legal Change* (Eds. Jones, M. und Marks, L. A. B.), The Hague/Boston/London, 171 ff.) und *Australien* (*Commonwealth v. Human Rights and Equal Opportunity Commission*, NG 1194 of 1998 Federal Court of Australia, New South Wales District Registry 1999 AUST FEDCT LEXIS 10; BC9907167 24 February 1999, heard 4 November 1999). *Siehe* ferner zum US-Recht betreffend der Bedeutung der Diskriminierungsabsicht für das Schadenersatzrecht AUGUSTINE, L. J., (1998) Disabling the Relationship Between Intentional Discrimination and Compensatory Damages Under Title II of the Americans with Disabilities Act, in: *George Washington Law Review* 1998, 592 ff., und für einen Überblick QUINN, G./MCDONAGH, M., *ET AL.*, (1993) *Disability discrimination law in the United States, Australia, and Canada*, Dublin, und die auf – Behinderung bezogenen Beiträge – im Sammelband JONES, M./MARKS, L. A. B., (1999) *Disability, Divers-ability and Legal Change*, The Hague.

92 *Vgl.* WILDHABER/BREITENMOSER, EMRK-K, N 270 ff. zu Art. 8 EMRK.

93 *Siehe* DR 33, 270 ff. (Application No. 10083/82 i.S. *R. v. United Kingdom*). Gemäss einem neueren Report sollen die Rechte todkranker Personen besser geschützt und Sterbehilfe geregelt werden, *vgl.* SOCIAL, HEALTH AND FAMILY AFFAIRS COMMITTEE, (1999) *Report: Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying. Doc. 8421*, Strassburg.

94 *Ibid.*, 271 f. Eine Verletzung von Art. 10 EMRK wurde ebenfalls verneint.

bestand des eigenen Lebens zu entscheiden[95] und dementsprechende Erklärungen[96] abzugeben. Eine zwangsweise Aufrechterhaltung des Lebens gegen den Willen des Betroffenen stellt eine Beeinträchtigung dieses Rechts dar, kann aber vorübergehend zulässig sein, wenn eine gesetzliche Pflicht zur Nothilfe besteht[97] oder über die Urteilsfähigkeit Zweifel bestehen[98]. Es besteht mithin ein Verbot, lebensverlängernde Massnahmen, unabhängig von ihren Eingriffswirkungen, gegen den Willen einer urteilsfähigen Person durchzuführen.

(67) Der Staat hat nicht nur ein legitimes Interesse am Schutz des Lebens, sondern ist zum positiven Schutz des Lebens verpflichtet[99]. Die staatliche Schutzpflicht beinhaltet aber nicht auch eine Pflicht, das Leben gegen einen erklärten Sterbewillen einer urteilsfähigen Person zu schützen. Unzulässig sind daher generelle Suizidverbote, nicht aber Suizidbeihilfeverbote, oder gleichartige Massnahmen, mit denen Suizidhandlungen bzw. -versuche

---

95 *Siehe* dazu statt vieler MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern, 59 f., der das Recht zur selbstbestimmten Sterbehilfe aus dem Grundrecht auf Persönlichkeit (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV) und Art. 8 EMRK ableitet. *Siehe* ferner BAUMGARTEN, M.-O., (1995) *The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod. Suizid – Sterbehilfe – Patientenverfügung – „Health care proxy" – Hospiz im internationalen Vergleich,* Diss. Basel, KNEIHS, B., (1998) *Grundrechte und Sterbehilfe*, Wien, und ZDENKOWSKI, G., (1997) The International Covenant on Civil and Political Rights and euthanasia, in: *University of New South Wales Law Journal* 1997, 170 ff..

96 Zur Verbindlichkeit des Patiententestaments *siehe* BAUMGARTEN, M.-O., (1995) *The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod. Suizid – Sterbehilfe – Patientenverfügung – „Health care proxy" – Hospiz im internationalen Vergleich,* Diss. Basel, GUILLOD, O./GUINAND, J., (1988) Validité et efficacité du testament biologique, in: *ZSR* 1988, 401 ff., REUSSER, K., (1994) *Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung,* Diss. Zürich, und SCHÖLLHAMMER, L., (1992) *Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht,* Diss. Mainz. Aus Art. 8 EMRK folgt kein absolutes Verfügungsrecht über die Streuung der eigenen Asche nach dem Tod, *vgl.* DR 24, 139.

97 *Vgl. z.B.* Art. 128 StGB, wonach mit Gefängnis oder mit Busse bestraft wird, wer einem Menschen, den er verletzt hat, oder einem Menschen, der in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt, nicht hilft, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden könnte. In gleicher Weise ist strafbar, wer andere davon abhält, Nothilfe zu leisten, oder sie dabei behindert. Das kantonale Gesundheitsrecht sieht für Ärzte und öffentliche Heilanstalten oft eine generelle, nicht auf Notsituationen beschränkte Behandlungspflicht vor. Notstandshilfe und ärztliche Behandlungspflicht können aber in Konflikt mit anderen Grundrechten geraten, *z.B.* mit den Rechten der Eltern in Bezug auf die Behandlung ihrer Kinder [*vgl.* dazu BGE 118 Ia 427 E. 4b (zahnmedizinische Zwangsbehandlung) und dazu E EKMR i.S. *J.R., G.R., R.R. and Y. R. v. Switzerland* vom 05.04.1995 = VPB 59.138], weshalb in solchen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.

98 *Siehe* BGE 112 Ib 322 E. 2 und 3.

99 *Siehe* Art. 2 EMRK und Art. 10 Abs. 1 BV.

zwar nicht unter Strafe gestellt, aber mit sonstigen Nachteilen für den Betroffenen (bei missglücktem Suizid) oder für am Suizid unbeteiligte Dritte verbunden werden[100].

B. Passive und aktive Sterbehilfe

(68) Im Gegensatz zur passiven Sterbehilfe, bei welcher der Sterbehelfer den natürlichen Verlauf geschehen lässt, wird bei der aktiven Sterbehilfe wissentlich eine „Tötungshandlung" vorgenommen. Die Abgrenzung zwischen der passiven und der aktiven Sterbehilfe ist jedoch nicht einfach. Medizinische Massnahmen, die zur Behandlung eingesetzt werden, können das Leben nämlich nicht nur ermöglichen, z.B. Beatmung von Schwerstgelähmten oder komatösen Patienten, oder nach bereits begonnenem Sterbeprozess verlängern, sondern auch verkürzen. Dies kann der Fall sein, wenn ein Medikament zur Schmerzlinderung oder zur Behandlung des Leidens eingesetzt wird, dieses aber gleichzeitig den Todeseintritt fördert.

(69) Wird die Behandlung gestoppt und bis zum Todeseintritt Sterbebeistand geleistet, so ist das Verhalten der Sterbehelfer bei einem bereits Todkranken jedoch primär nicht auf eine aktive Tötung gerichtet; vielmehr wird der Todeseintritt durch den Behandlungsstopp oder palliative Massnahmen „beschleunigt" (indirekte aktive Sterbehilfe)[101]. Ist der Sterbewillige demgegenüber trotz Behandlungsbedürftigkeit nicht todkrank, so muss der Sterbehelfer den Todesprozess unmittelbar in Gang setzen und zudem unter Umständen eine Behandlungspflicht missachten (direkte aktive Sterbehilfe).

---

[100] *Vgl.* dazu eingehend WILDHABER/BREITENMOSER, EMRK-K, N 267 ff. zu Art. 8 EMRK m.w.H.

[101] Die MEDIZINISCH-ETHISCHEN RICHTLINIEN FÜR DIE ÄRZTLICHE BETREUUNG STERBENDER UND CEREBRAL GESCHÄDIGTER PATIENTEN, (1995) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) halten in Ziffer 1.1 ff den Grundsatz fest, dass der Arzt den Patienten in jeder Weise beizustehen, sein Leiden zu heilen oder zu lindern und sich um die Erhaltung menschlichen Lebens zu bemühen hat (Ziffer 1.1). Ausnahmen von der ärztlichen Verpflichtung zur Lebenserhaltung bestehen bei Sterbenden, deren Grundleiden einen unabwendbaren Verlauf zum Tode genommen hat, und bei cerebral schwerst Geschädigten. Bei solchen Personen lindert der Arzt die Beschwerden, wobei der Verzicht auf lebensverlängernde Massnahmen und der Abbruch früher eingeleiteter Massnahmen gerechtfertigt sind (Ziffer 1.2). Der Arzt lässt Sterbenden und cerebral schwerst Geschädigten stets eine angemessene Betreuung zukommen. Er ist sodann verpflichtet, Schmerzen, Atemnot, Angst und Verwirrungen entgegenzuwirken, insbesondere nach Abbruch von Massnahmen zur Lebensverlängerung; er darf palliativ-medizinische Techniken anwenden, auch wenn in einzelnen Fällen mit dem Risiko einer Lebensverkürzung verbunden sein sollten (Ziffer 1.3).

(70) Aktive Sterbehilfe ist nach den schlimmen Erfahrungen mit der staatlichen Vernichtung „lebensunwerten Lebens“[102] ein überaus sensitives Problem[103]. Nur wenige Staaten haben aktive Sterbehilfe unter mehr oder minder restriktiven Bedingungen für zulässig erklärt; die bekanntesten Beispiele sind die Niederlande[104] und der US-Gliedstaat Oregon[105]. Die meisten Staaten haben sich im Graubereich zwischen passiver und aktiver Sterbehilfe positioniert[106] oder gliedstaatliche Lösungen zugelassen[107].

---

[102] *Vgl.* dazu BECK, C., (1995) *Sozialdarwinismus, Rassenhygiene, Zwangssterilisation und Vernichtung „lebensunwerten“ Lebens. Eine Bibliographie zum Umgang mit behinderten Menschen im „Dritten Reich“ – und heute. 2. A.*, Bonn, und FRIEDLANDER, H., (1995) *The origins of Nazi genocide. From euthanasia to the final solution*, Chapel Hill. *Siehe* ferner auch MILDT, D. D., (1996) *In the name of the people. Perpetrators of genocide in the reflection of their post-war prosecution in West Germany. The 'Euthanasia' and 'Aktion Reinhard' trial cases*, The Hague/Boston.

[103] Eine Auswahl aus der reichhaltigen Literatur, die eine vertiefte Analyse verschiedener Aspekte enthalten, vermitteln *z.B.*: METTNER, M., (2000) *Wie menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, Zürich, HOLDEREGGER, A., (2000) *Das medizinisch assistierte Sterben. Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht. 2. A.*, Freiburg i.U., KEOWN, J., (1995) *Euthanasia examined. Ethical, clinical and legal perspectives*, New York, und MORENO, J. D., (1995) *Arguing euthanasia. The controversy over mercy killing, assisted suicide, and the „right to die“*, New York.

[104] *Vgl.* GRIFFITHS, J./BOOD, A., *ET AL.*, (1998) *Euthanasia and law in the Netherlands*, Amsterdam, INSTITUTE FOR BIOETHICS, (1996) *Euthanasia and assisted suicide in the Netherlands and in Europe. Methodology of the ethical debate. Proceedings of a European conference, Maastricht, 10 and 11 June 1994*, Luxembourg, und THOMASMA, D. C./KIMBROUGH-KUSHNER, T., *ET AL.*, (1998) *Asking to Die. Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, Dordrecht. Nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen ist die Lebensbeendigung auf Verlangen zwar strafbar, führt aber nicht zur Strafverfolgung, wenn bestimmten Sorgfaltsanforderungen entsprochen wird. Der betreffende Arzt muss eine aktive Sterbehilfehandlung melden, worauf einer der fünf regionalen Prüfungsausschüsse seine Handlungsweise beurteilt. Das Urteil des Ausschusses wird der Staatsanwaltschaft zugeleitet, die entscheidet, ob eine Strafverfolgung eingeleitet wird. Am 28.11.2000 hat die zweite Kammer des niederländischen Parlaments den Gesetzentwurf „ÜBERPRÜFUNG BEI LEBENSBEENDIGUNG AUF VERLANGEN UND BEI DER HILFE BEI DER SELBSTTÖTUNG UND ÄNDERUNG DES STRAFGESETZBUCHES UND DES GESETZES ÜBER DAS LEICHEN- UND BESTATTUNGSWESEN (GESETZ ZUR ÜBERPRÜFUNG BEI LEBENSBEENDIGUNG AUF VERLANGEN UND BEI DER HILFE BEI DER SELBSTTÖTUNG)“ – „Toetsing van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van de Wet op de lijkbezorging (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding)“ angenommen. Das Oberhaus des Niederländischen Parlaments (Senat) hat seine Zustimmung am 10.04.2001 erteilt. Mit dem neuen Sterbehilfegesetz, das im August 2001 in Kraft treten soll, bleiben aktive Sterbehilfe und Suizidbeihilfe zwar strafbar, doch wird ein besonderer Strafausschlussgrund für ärztliche Sterbehilfe vorgesehen (*vgl.* Art. 2 GESETZ ZUR ÜBERPRÜFUNG BEI LEBENSBEENDIGUNG AUF VERLANGEN UND BEI DER HILFE BEI DER SELBSTTÖTUNG).

[105] Der DEATH WITH DIGNITY ACT von 1996 (ODDA) (*vgl.* Ore. Rev. Stat. §§127.800 ff;, [1996]) war das erste Sterbehilfegesetz in den USA, das aktive Sterbehilfe zulässt. Todkranke Sterbewillige können die Abgabe von

(71) Das schweizerische Strafrecht verbietet eine aktive Sterbehilfe, worunter aktive und passive Tötungshandlungen, nicht aber die straffreie Mithilfe beim Suizid, fallen können[108].

Medikamenten, die den Tod herbeiführen, beantragen. 1998 haben 16 und 1999 27 Personen vom Recht auf aktive Sterbehilfe Gebrauch gemacht; 1999 starben im Bundesstaat 29'281 Personen (*vgl.* dazu die Pressemitteilung der Oregon Health Division vom 23.02.2000). In *Lee v. Oregon*, 891 F. Supp. 1429 (Ore. 1995) wurde der ODDA für verfassungwidrig erklärt (Verstoss gegen die „equal protection clause"), weil er ungenügende Sicherheitsmassnahmen vorsehe. Das Berufungsgericht hob diesen Entscheid allerdings wieder auf [*vgl.* Lee v. Oregon, 107 F. 3d 1382 (CA9 1997)]. *Siehe* dazu auch SIEGEL, M. C., (1998) Lethal Pity: The Oregon Death with Dignity Act. Its Implications for the Disabled, and the Struggle for Equality in an Able-Bodied World Law and Inequality, in: *Law and Inequality* 1998, 259 ff.

106 *Siehe* dazu BAUMGARTEN, M.-O., (1995) *The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod. Suizid – Sterbehilfe – Patientenverfügung – „Health care proxy" – Hospiz im internationalen Vergleich*, Diss. Basel, VON KÜHLMANN, A., (1990) *Sterbehilfe. Eine Studie geltenden Rechtes in Deutschland, Oesterreich, der Schweiz und den Niederlanden*, Diss. München, und GIESEN, D., (1995) Dilemmas at Life's End. A Comparative Legal Perspective in: *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal Perspectives* (Ed. Keown, J.), Cambridge, 200 ff.. Betreffend *Australien siehe* CICA, N., (1996) *Euthanasia. The Australian law in an international context*, Canberra, betreffend *Grossbritannien siehe* STERN, K., (1994) Competence to refuse life-sustaining medical treatment, in: *Law Quarterly Review* 1994, 541 ff. und betreffend *Kanada siehe Rodriguez v. British Columbia* (Attorney General), 107 D. L. R. (4th) 342, (1993). Zum jüdischen Recht *vgl.* JACOB, W./ZEMER, M., (1995) *Death and euthanasia in Jewish law. Essays and responsa*, Pittsburgh.

107 Der US Supreme Court hat im Zusammenhang mit der verfassungsmässigen Überprüfung von gliedstaatlichen Sterbehilfe-Gesetzen oder von gestützt darauf ergangenen Einzelfallentscheidungen ein paar grundlegende Entscheide gefällt. Dazu zählen *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261, (1990), *Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772, (1997) und *Vacco v. Quill* 117 S.Ct. 2293, 138 L.Ed.2d, (1997) (*vgl.* dazu *infra* N 84 ff.). Die Bundesstaaten kennen überaus unterschiedliche Regelungen: zu *Florida siehe* FRICK, S. A., (1990) The right to forego life-sustaining procedures in Florida: is Florida „Cruzan-proof?", in: *Stetson Law Review* 1990, 519 ff., zu *Indiana siehe* WEED, V., (1992) Constitutional law – right to die – judicial approval unnecessary for family to make decisions regarding removal of artificial nutrition and hydration from a never-competent patient in persistent vegetative state., in: *Cumberland Law Review* 1992, 841 ff., zu *Michigan siehe* GIGLIOTTI, L. K., (1996) Life termination medical decision-making by third parties in Michigan after Martin, in: *Michigan Bar Journal* 1996, 378 ff., und zu *New York siehe* ROTHWELL, J. C., (1990) Euthanasia, in: *Journal of Family Law* 1990, 336 ff., und WACHTLER, S., (1991) The patient's right to decline medical treatment: the New York view, in: *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1991, 9 ff.. *Kalifornien* und *Washington* wollten in der zweiten Hälfte der 90er Jahre Sterbehilfegesetze, ähnlich dem OREGON DEATH WITH DIGNITY ACT, erlassen; die Wähler lehnten jedoch beide Vorlagen ab. *Siehe* ferner zum US-Recht MULHOLLAND, K. C., (1991) Protecting the right to die: the Patient Self-Determination Act of 1990, in: *Harvard Journal on Legislation* 1991, 609 ff., und NUSSBAUM, A., (1999) *The right to die. Die rechtliche Problematik der Sterbehilfe in den USA und ihre Bedeutung für die Reformdiskussion in Deutschland*, Augsburg

108 *Vgl.* Art. 111 ff. StGB. *Siehe* rechtsvergleichend BECKERT, F., (1996) *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe unter besonderer Berücksichtigung historischer und ethischer Aspekte*, Aachen, und

Passive „Tötungshandlungen“ sind jedoch nur dann strafbar, wenn eine Rechtspflicht zum Lebensschutz gegenüber einer lebenswilligen Person bestanden hat[109]. Voraussetzung einer strafbaren Sterbehilfe ist zudem stets ein Tötungsvorsatz. Dieser kann, muss aber bei einer indirekten aktiven Sterbehilfe nicht in jedem Fall vorliegen[110].

C. Anspruch auf aktive Sterbehilfe von zum Suizid unfähigen Personen, insbesondere bei Schwerstpflegebedürftigkeit?

1. Angewiesensein auf Dritte für die Ausübung eines Suizids als Grundrechts- und Diskriminierungsproblem

(72) Urteilsunfähige und Personen, die zwar urteilsfähig, aber zum Suizid unfähig sind, werden gegenüber zum Suizid fähigen Personen benachteiligt, sofern nur ein Recht bejaht wird, lebensverlängernde Massnahmen abzulehnen. Darunter fallen Personen, die todkrank, mit schwersten Behinderung geboren worden[111] oder „nur“ schwerstpflegebedürftig sind. Schwerstpflegebedürftige, die zur Aufrechterhaltung lebenswichtiger Funktionen auf medizinische Massnahmen angewiesen sind, z.B. ständig beatmet werden müssen, sind dabei phänomenologisch mit todkranken Personen vergleichbar.

(73) Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Sterbeprozess bei Schwerstpflegebedürftigen noch nicht begonnen hat, mit dem Behandlungsstopp aber unmittelbar in Gang gesetzt würde. Bei Schwerstpflegebedürftigen, die nicht auf solche Massnahmen angewiesen sind, aber trotzdem intensiver Pflege und Betreuung bedürfen, z.B. bei dauernder Bettlägerigkeit, demgegenüber wäre ein Behandlungsstopp nicht mit einem sofortigen Beginn

---

CHONG, H.-M., (1994) *Sterbehilfe und Strafrecht. Ein deutsch-koreanischer Vergleich*, Diss. Freiburg i. B., sowie den Sterbehilfe Entscheid des Bundesgerichtshofs in *NJW* 95, 204 = *BGHSt* 40, 257 = *NStZ* 95, 80 = *JR* 95, 335 = *MDR* 95, 80 (dazu auch *infra* N 94 ff.).

109 *Vgl.* dazu etwa BGE 108 IV 3 E. 1c (Garantenpflicht gegenüber einer pflegebedürftigen Person).

110 Art. 117 StGB stellt auch eine fahrlässige Tötung unter Strafe. Praktisch dürfte es wohl kaum vorkommen, dass jemand in Missachtung von Sorgfaltspflichten, jedoch ohne Tötungsvorsatz, einer sterbewilligen Person aktiv Hilfe leistet, die über eine blosse Beihilfe zum Suizid hinausgeht.

111 *Siehe* dazu *z.B.* HANGARTNER, Y., (2000) *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe. Eine grundrechtliche Standortbestimmung*, Zürich, und ZIMMERMANN, M., (1997) *Geburtshilfe als Sterbehilfe? Zur Behandlungsentscheidung bei schwerstgeschädigten Neugeborenen und Frühgeborenen. Medizinisch-empirische, juristische, sozialpsychologische und philosophische Grundlagen, ethische Beurteilung und Folgerungen, unter besonderer Berücksichtigung der Infantizidthesen von Peter Singer und Helga Kuhse*, Diss. Heidelberg.

des Sterbeprozesses verbunden. Aber auch in solchen Fällen ist es nachvollziehbar, wenn die Betroffenen sterben möchten, um nicht weiter leiden oder ein ihrer Meinung nach „sinnloses“ Leben führen zu müssen.

(74) Solche Personen bedürfen, wollen sie ihr Recht auf Suizid ausüben, der Hilfe Dritter, die für sie entscheiden oder stellvertretend Suizidhandlungen vornehmen. Eine Grundrechtsanspruch besteht auf eine solche Vornahme jedoch nicht, wenn nur eine Ablehnung von Massnahmen geschützt ist. Es spielt allerdings oft keine grosse Rolle, ob der Sterbeprozess durch die Verweigerung lebensverlängernder Massnahmen oder durch andere Massnahmen eingeleitet oder beschleunigt wird. Die Mithilfe der Drittpersonen setzt bei zum Suizid unfähigen Personen stets ein aktives Handeln voraus.

(75) Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Betroffene lebensverlängernde Massnahmen ablehnt; diesfalls besteht die Sterbehilfe Dritter in einem aktiven Unterbruch der Beatmung, Nahrungszufuhr etc. und einer anschliessenden Sterbebegleitung. Passive Sterbehilfe (Sterbenlassen) und aktive Sterbehilfe (Sterbeunterstützung) lasssen sich daher oft, insbesondere bei zum Suizid unfähigen Personen, nur schwer auseinanderhalten.

(76) Das Angewiesensein auf Dritte für die Ausübung eines Suizids bzw. für die Verweigerung von lebensverlängernden Massnahmen stellt solchermassen ein *Grundrechts- und Diskriminierungsproblem* dar[112]. In grundrechtlicher Hinsicht fragt sich zunächst, ob eine Person, die eine Suizidhandlung nicht selbst vornehmen kann oder bei der Verweigerung einer weiteren Behandlung auf Dritthilfe angewiesen ist, einen Anspruch auf staatliche Sterbehilfe hat.

2. Grundrechtliche Problematik

(77) Bei einem rein negatorischen Grundrechtsverständnis besteht ein derartiger Anspruch nicht. Es können nur lebensverlängernde Massnahmen abgelehnt, nicht aber den Tod herbeiführende Handlungen verlangt werden. Staatliche Sterbehilfe ist jedoch nur aus der Sicht eines Sterbewilligen mit positiven Leistungen verbunden. Für die Sterbehelfer bedeutet der Ausschluss staatlicher Sterbehilfe regelmässig einen Eingriff in ihre

[112] Bei urteilsunfähigen Personen gesellt sich noch ein *Kompetenzproblem* hinzu: Wer darf unter welchen Umständen für urteilsunfähige Personen entscheiden? Diese Problematik wird im vorliegenden Arbeit nicht weiter behandelt.

Handlungsfreiheit, weshalb staatliche Sterbehilfe, aus ihrem Blickwinkel betrachtet, auch bei einem negatorischen Grundrechtsverständnis relevant sein kann[113].

(78) Die Nichtgewährung staatlicher Sterbehilfe bzw. Nichtzulassung privater Sterbehilfe kollidiert jedoch mit dem Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und dem Grundrecht auf Menschenwürde[114]. Beide Grundrechte gelten absolut und verpflichten den Staat zum positiven Schutz der durch sie erfassten Individualinteressen. Es ist ohne weiteres vorstellbar, dass die Verweigerung von Sterbehilfemassnahmen einen erniedrigenden oder menschenunwürdigen Zustand schafft.

(79) Betrifft dieser Zustand eine urteilsunfähige Person und äussert sie einen klaren Sterbewillen, ist aber unfähig, eine Suizidhandlung ohne fremde Hilfe auszuführen, so muss konsequenterweise aus dem absoluten Anspruch und der Verpflichtung zum positiven Schutz auch eine Verpflichtung zur aktiven Sterbehilfe abgeleitet werden. Die dadurch resultierende *Stellvertretung in der Ausübung eines Grundrechts* darf dabei nicht verwechselt werden mit der im Bereich der absoluten Grundrechte verbotenen *Stellvertretung bei der Bildung eines Grundrechtswillens.*

(80) Im Anwendungsbereich der relativen Grundrechte folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper ebenfalls ein Anspruch von zum Suizid Unfähigen auf aktive Sterbehilfe[115]. Urteilsfähige und urteilsunfähige Personen, letztere durch

---

113 Nach der Aufassung der früheren Kommission ist die Vornahme von Sterbehilfemassnahmen für eine andere Person jedoch nicht von Art. 8 EMRK gedeckt. *Siehe* bereits *supra* N 65.

114 *Vgl.* Art. 7 und 10 Abs. 3 BV sowie Art. 3 EMRK i.V.m. Art. 15 EMRK.

115 A. A. WILDHABER/BREITENMOSER, EMRK-K, N 272 zu Art. 8 EMRK. *Siehe* dazu auch GOSE, W./HOFFMANN, H., *ET AL.*, (1997) *Aktive Sterbehilfe? Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten*, Trier, und die Beiträge zur aktiven Sterbehilfe bei DWORKIN, G./FREY, R. G., *ET AL.*, (1998) *Euthanasia and physician–assisted suicide*, Cambridge/New York, sowie ferner BARTHOLOME, W. G., (1996) Physician-Assisted Suicide, Hospice, and Rituals of Withdrawal, in: *Journal of Law, Medicine & Ethics* 1996, 233 ff., BENDER, L., (1992) A Feminist Analysis of Physician-Assisted Dying and Voluntary Active Euthanasia, in: *Tennessee Law Review* 1992, 519 ff., COLEMAN, D., (2000) Assisted suicide and disability – another perspective. Disability Rights: Issues and Solutions, in: *Human Rights* 2000, 6 ff., HAMEL, R. P./DUBOSE, E. R., *ET AL.*, (1996) *Must we suffer our way to death? Cultural and theological perspectives on death by choice*, Dallas, HUMPHRY, D., (1992) *Dying with dignity. Understanding euthanasia*, Secaucus, N.J., SCHERER, J. M./SIMON, R. J., (1999) *Euthanasia and the right to die. A comparative view*, Lanham, SULMASY, D. P., (1998) Killing and Allowing to Die: Another Look, in: *Journal of*

ihren gesetzlichen Stellvertreter, können Massnahmen, die ihren Körper betreffen, verweigern. Durch eine solche Weigerung, z.B. der Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, wird der Sterbeprozess, soweit er nicht bereits begonnen hat, in Gang gesetzt. Da auch aus Art. 8 Abs. 1 EMRK eine positive staatliche Schutzpflicht folgt[116], besteht in diesem Zusammenhang eine Fürsorge- und Beistandspflicht, die sich während des Sterbeprozesses in einer aktiven Sterbebegleitung äussert.

3. Diskriminierungsrechtliche Problematik

(81) Grundlage für eine aktive Sterbehilfe stellen auch allfällige verfassungsmässige Diskriminierungsverbote auf Grund einer Behinderung dar[117]. Verbietet ein derartiges Diskriminierungsverbot eine faktische Ungleichbehandlung, sind staatliche Massnahmen zu ergreifen, die behinderungsbedingte Benachteiligungen verhindern oder kompensieren. Da die Unmöglichkeit, eine Suizidhandlung selbständig vorzunehmen, bei einer Schwerstpflegebedürftigkeit infolge der Behinderung besteht und zudem zu einer erheblichen Schlechterstellung führt, folgt aus dem Diskriminierungsverbot ein Anspruch auf Beseitigung der Diskriminierung, mithin ein Anspruch auf Sterbehilfe.

(82) Der Anspruch auf Sterbehilfe steht aber – unterhalb der Schwelle der erniedrigenden Behandlung – unter dem Eingriffsvorbehalt von Art. 8 Abs. 2 EMRK. Eine Beschränkung des Rechts auf aktive Sterbehilfe ist solchermassen zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht und das Interesse an der individuellen Sterbehilfe das allgemeine Interesse am Lebensschutz, insbesondere an einer ärztlichen Behandlungspflicht, nicht überwiegt.

Law, Medicine & Ethics 1998, 55 ff., und TRICHE, C. W./TRICHE, D. S., (1975) *The euthanasia controversy, 1812–1974. A bibliography with select annotations*, Troy

116 *Vgl.* FROWEIN, J. A./PEUKERT, W., (1996) *Europäische Menschrechtskonvention. EMRK-Kommentar. 2.A.*, Kehl/Strassburg/Arlington, N 9 ff., 19 ff. und 29 zu Art. 8 EMRK, und VILLIGER, M. E., (1999) *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). 2. A.*, Zürich, N 558 und 563.

117 *Vgl. z.B.* neben Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ferner auch Art. 15 der Kanadischen CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS (*siehe* dazu LEPOFSKY, M. D., (1997) A report card on the Charter's guarantee of equality to persons with disabilities after 10 years – what progress? what prospects?, in: *National Journal of Constitutional Law* 1997, 263 ff., und LEPOFSKY, M. D., (1998) The Charter's guarantee of equality to people with disabilities – how well is it working?, in: *Windsor Yearbook of Access to Justice Annual* 1998, 155 ff.).

(83) Sterbehilfe ist solchermassen gesetzlich zu regeln. Insbesondere muss auch der staatliche Lebensschutz gegenüber den Individualinteressen gesetzlich abgegrenzt werden[118]. Wo die Grenze zwischen Lebensschutz und Sterbehilfe gezogen wird, ist mehr als nur kontrovers und hängt nicht nur vom Verfassungsrecht bzw. der Grundrechtsordnung, sondern vielmehr von der persönlichen Überzeugung ab. Die Rechtsprechung des US Supreme Court, des kanadischen Supreme Court und deutscher Gerichte veranschaulicht dies in eindrücklicher Weise.

4. Rechtsvergleichende Hinweise

i. Rechtsprechung des US Supreme Court

(84) In *Cruzan v. Director, MDH*[119] bestätigte der US Supreme Court, dass gemäss der „due process clause" des 14ten Amendments ein verfassungsmässiges Recht besteht, lebensverlängernde Massnahmen abzulehnen, wobei allerdings eine einzelfallweise Interessenabwägung zu erfolgen hat. Bei urteilsunfähigen Personen dürfen die Gliedstaaten zudem Schutzmassnahmen vorsehen und insbesondere eine Zustimmung zu einem vom gesetzlichen Vertreter (i.c. Eltern) anbegehrten Behandlungsabbruch von einer „clear and convincing evidence", dass die urteilsunfähige Person diesen Behandlungsabbruch gewollt hätte, abhängig machen.

(85) Der klare und überzeugende Beweis, dass die komatöse Nancy Cruzan dem Behandlungsabbruch zugestimmt hätte, wurde als nicht erbracht betrachtet und demzufolge der von der Vorinstanz verweigerte Behandlungsabbruch geschützt. Dieser Fall betraf primär nicht die Zulässigkeit der aktiven Sterbehilfe, sondern die Problematik des stellvertretenden Grundrechtsverzichts und die grundsätzliche Anerkennung eines verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf die Verweigerung von lebensverlängernden Massnahmen, gab aber Anlass zu diskriminierungsrechtlichen Fragen.

---

[118] *Vgl.* dazu *infra* FN 151.

[119] 497 U.S. 261, (1990). *Siehe* dazu ROBERTSON, J. A., (1991) Cruzan and the constitutional status of nontreatment decisions for incompetent patients, in: *Georgia Law Review* 1991, 139 ff.

(86) Sieben Jahre nach diesem Entscheid, in *Vacco v. Quill*[120], war die Abgabe von tödlich wirkenden Mitteln an drei todkranke, aber urteilsfähige Patienten bzw. das strafrechtliche Beihilfeverbot zum Suizid des Bundesstaates New York, das die Abgabe der Medikamente verbot, umstritten. Da nach New Yorker Recht der Suizid straflos, die Beihilfe dazu aber strafbar war, machten die zum Suizid unfähigen Beschwerdeführer wegen der damit verbundenen faktischen Benachteiligung eine Verletzung der „equal protection clause„ geltend, welche die Vorinstanz bejaht hatte.

(87) Der Supreme Court hob diesen Entscheid auf und erinnerte in verfassungsrechtlicher Hinsicht zunächst daran, dass die „equal protection clause" – ähnlich dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV – nur eine formelle Rechtsgleichheit, aber keine Ergebnisgleichheit schütze („States must treat like cases alike but may treat unlike cases accordingly"). Eine Gesetzesnorm, die alle Personen gleich behandelt, faktisch aber ungleiche Auswirkungen hat, sei so lange verfassungskonform, als sie weder die Ausübung eines „fundamental right" benachteilige noch eine besonders geschützte Gruppe („suspect class„) betreffe und zudem vernünftigerweise geeignet sei, einen legitimen Zweck zu fördern[121].

(88) Da Todkranke und Behinderte generell keine „suspect class" oder „quasi-suspect class" darstellten[122], in *Cruzan* nur die Verweigerung lebensverlängernder Massnahmen als „fundamental right" und in *Washington v. Glucksber*g[123] die Beihilfe zum Suizid ausdrücklich nicht als „fundamental right" anerkannt worden seien und der Staat ein legitimes

---

120 117 S.Ct. 2293, 138 L.Ed.2d, (1997).

121 Die entsprechende Erwägung lautet: „The Equal Protection Clause commands that no State shall ‚deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.' This provision creates no substantive rights. San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 33, (1973); *Ibid.*, at 59 (Stewart, J., concurring). Instead, it embodies a general rule that States must treat like cases alike but may treat unlike cases accordingly. Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 216, (1982) (‚[T]he Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same') (quoting Tigner v. Texas, 310 U.S. 141, 147, [1940]). If a legislative classification or distinction ‚neither burdens a fundamental right nor targets a suspect class, we will uphold (it) so long as it bears a rational relation to some legitimate end.' Romer v. Evans, 517 U. S. (slip op., at 10), (1996)."

122 *Siehe* dazu *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* 473 U.S. 432, 87 L. Ed. 2d 313, 105 S. Ct. 3249, (1985) und eingehend PETERS, Y., (1993) The Constitution and the disabled. Perspectives on Disability, in: *Health Law Review* 1993, 17 ff., und WRIGHT, R. G., (1999) Persons with disabilities and the meaning of constitutional equal protection, in: *Ohio State Law Journal* 60, 145 ff.

123 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772, (1997). *Siehe* dazu TESTA, N., (1998) Sentenced to Life? An Analysis of the United States Supreme Court's Decision in Washington v. Glucksberg, in: *Nova Law Review* 1998, 821 ff.

Interesse am Schutz des Lebens und insbesondere ein Interesse am Schutz „vulnerable persons“ vor einem Missbrauch habe[124], liege keine Verletzung der „equal protection clause„ vor. Schliesslich bestehe ein rechtserheblicher Unterschied; dieser bestehe darin, dass bei zum Suizid Fähigen passiv zugesehen werde, wie der Patient sterbe, während bei zum Suizid Unfähigen aktiv mitgewirkt werde („letting a patient die and making that patient die“).

ii. Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court

(89) Der kanadische Supreme Court hatte sich in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*[125] mit einem ähnlichen Fall zu befassen. Die 42-jährige Sue Rodriguez, welche an der Lou Gehrig Krankheit („amyotrophic lateral sclerosis“) litt und nur noch wenige Monate zu leben hatte, wollte unter Mithilfe ihres Arztes bei einer weiteren Verschlechterung ihrer progressiven Krankheit einen Suizid vornehmen. Der kanadische Gesetzgeber hatte 1972 das bis dahin in Kraft gewesene strafrechtliche Suizidverbot aufgehoben. Beihilfe zum Selbstmord war aber weiterhin strafbar, weshalb sich der Arzt weigerte mitzuhelfen.

---

[124] *Vgl.* dazu die Erwägung in *Glucksberg*, auf die *Vacco* verweist: „Next, the State has an interest in protecting vulnerable groups – including the poor, the elderly, and disabled persons – from abuse, neglect, and mistakes. The Court of Appeals dismissed the State's concern that disadvantaged persons might be pressured into physician assisted suicide as ‚ludicrous on its face.' 79 F. 3d, at 825. We have recognized, however, the real risk of subtle coercion and undue influence in end of life situations. Cruzan, 497 U. S., at 281. Similarly, the New York Task Force warned that ‚[l]egalizing physician assisted suicide would pose profound risks to many individuals who are ill and vulnerable. . The risk of harm is greatest for the many individuals in our society whose autonomy and well being are already compromised by poverty, lack of access to good medical care, advanced age, or membership in a stigmatized social group.' New York Task Force 120; see Compassion in Dying, 49 F. 3d, at 593 (‚[A]n insidious bias against the handicapped – again coupled with a cost saving mentality – makes them especially in need of Washington's statutory protection'). If physician assisted suicide were permitted, many might resort to it to spare their families the substantial financial burden of end of life health care costs. The State's interest here goes beyond protecting the vulnerable from coercion; it extends to protecting disabled and terminally ill people from prejudice, negative and inaccurate stereotypes, and ‚societal indifference.' 49 F. 3d, at 592. The State's assisted suicide ban reflects and reinforces its policy that the lives of terminally ill, disabled, and elderly people must be no less valued than the lives of the young and healthy, and that a seriously disabled person's suicidal impulses should be interpreted and treated the same way as anyone else's. See New York Task Force 101–102; Physician Assisted Suicide and Euthanasia in the Netherlands: A Report of Chairman Charles T. Canady, at 9, 20 (discussing prejudice toward the disabled and the negative messages euthanasia and assisted suicide send to handicapped patients).“

[125] 107 D. L. R. (4th) 342, (1993)

(90) Ohne die ärztliche Mithilfe war es der bereits stark Geschwächten aber nicht möglich, Suizid zu begehen, weshalb sie die Verfassungsmässigkeit der entsprechenden Strafnorm bestritt. Sie machte geltend, dass Section 7, 12 und 15 der CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS verletzt seien. Section 7 schützt das Recht auf Leben und lässt Eingriffe in Wahrung von „principles of fundamental justice" zu. Section 12 verbietet „any cruel and unusual treatment or punishment". Section 15 (1) schliesslich enthält ein Diskriminierungsverbot von Behinderten, das – ähnlich dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV – im Gegensatz zur „equal protection clause" der US-Verfassung auf eine faktische Ungleichbehandlung anwendbar ist[126].

(91) In einer äusserst umstrittenen 5 : 4-Entscheidung wurde der vorinstanzliche Entscheid, der die Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Beihilfeverbots zum Suizid verneinte, geschützt. Beide Lager waren sich einig, dass das Diskriminierungsverbot von Section 15(1) in Bezug auf Sue Rodriguez verletzt worden war. Im Gegensatz zu den dissenters rund um Chief Justice Lamer war die Mehrheit aber der Meinung, dass sich dieser Eingriff gestützt auf Section 1 der Canadian Charter of Rights and Freedoms[127] rechtfertigen lasse.

(92) Der Staat habe ein überwiegendes Interesse, Beihilfe zum Suizid zu verbieten. Justice LaForest, der diese Mehrheitsmeinung begründete, berief sich darauf, dass der Staat ein legitimes Interesse am Schutz des Lebens habe. Da die Straflosigkeit der Beihilfe zum

---

[126] Section 15 (1) lautet: „Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability." *Siehe* dazu LEPOFSKY, M. D., (1998) The Charter's guarantee of equality to people with disabilities – how well is it working?, in: *Windsor Yearbook of Access to Justice Annual* 1998, 155 ff., LEPOFSKY, M. D., (1997) A report card on the Charter's guarantee of equality to persons with disabilities after 10 years – what progress? what prospects?, in: *National Journal of Constitutional Law* 1997, 263 ff., MCCARTHY, M. A./RADBORD, J. L., (1999) Foundations for 15(1): Equality Rights in Canada, in: *Mich. J. Gender & L.* 1999, 261 ff., MCKENNA, I. B., (1997/8) Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?, in: *Ottawa Law Review* 1997/8, 153 ff., RIOUX, M. H./FRAZEE, C. L., (1999) The Canadian Framework for Disability Equality Rights in: *Disability, Divers-Ability and Legal Change* (Eds. Jones, M. und Marks, L. A. B.), The Hague/Boston/London, 171 ff., und ROBERTSON, G. B., (1994) *Mental disability and the law in Canada*, Scarborough.

[127] Section 1 lautet: „The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

Suizid die Gefahr eines Missbrauchs (als Suizid vorgeschobene Tötung und Nötigung zu unfreiwilligem Suizid) in sich berge, überwiege das allgemeine Interesse am Schutz des Lebens das individuelle, durchaus nachvollziehbare Interesse von Sue Rodriguez zu sterben.

(93) Es bleibt die Frage, ob der Supreme Court den Appeal gestützt auf das Diskriminierungsverbot von Section 15(1) gutgeheissen hätte, wenn, wie in der Schweiz, die Beihilfe zum Suizid straffrei gewesen wäre, aber andere „Hindernisse" die Mithilfe zum Suizid ausgeschlossen hätten. Da der Lebensschutz gemäss Art. 2 und 8 EMRK bzw. der entsprechenden Bestimmungen der Bundesverfassung nicht gegen einen urteilsfähigen Sterbewilligen[128] ausgeübt werden darf, ist, zumindest bei Straffreiheit der Beihilfe zum Suizid und bei Vorhandensein eines innerstaatlichen Diskriminierungsverbots und Egalisierungsgebots für behinderte Personen, ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe anzuerkennen.

iii. Rechtsprechung deutscher Gerichte

(94) In diese Richtung weist ein Urteil des BGH[129]. Dieser hat 1994 in einem strafrechtlichen Sterbehilfefall festgehalten, dass sogar bei einem unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten der Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Massnahme zulässig sein kann, und zwar selbst dann, wenn die Voraussetzungen der von der Bundesärztekammer verabschiedeten Richtlinien für die Sterbehilfe nicht vorliegen[130].

(95) Entscheidend ist in einem solchen Fall nach der Meinung des BGH der mutmassliche Wille des Kranken. An die Voraussetzungen für die Annahme eines mutmasslichen Einverständnisses sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Hierbei kommt es vor allem auf frühere mündliche oder schriftliche Äusserungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen an. Lassen sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmassli-

---

[128] Eine heikle Frage ist, inwieweit die Unterscheidung zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Sterbewilligen von Art. 8 Abs. 1 und 2 BV erfasst wird.

[129] BGH vom 13.0 9.1994 (1 StR 357/94) = *NJW* 1995, 204. *Siehe* dazu auch KUTZER, K., (2001) Sterbehilfeproblematik in Deutschland: Rechtsprechung und Folgen für die klinische Praxis, in: *MedR* 2001, 77 ff.

[130] Diese lassen Sterbehilfe nur zu, wenn der Sterbevorgang bereits eingesetzt hat.

chen Willens des Kranken nicht finden, so kann und muss auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Dabei ist jedoch Zurückhaltung geboten; im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, eines Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person.

(96) Andere Gerichte, allen voran das OLG Frankfurt am Main[131], haben sich dieser sterbehilfefreundlichen Rechtsprechung angeschlossen. So hat das OLG Frankfurt entschieden, dass die Entscheidung eines Betreuers, eine lebensverlängernde Massnahme beim Betreuten abzubrechen, in bestimmten Fällen zulässig ist, aber der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung analog § 1904 BGB bedarf. Das Amtsgericht Ingolstadt[132] hat sich dieser Praxis angeschlossen und die Absicht einer Betreuerin, der Legung einer PEG beim Betroffenen nicht zuzustimmen, vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Das LG Duisburg[133] erteilte ebenfalls die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Zusammenhang mit einem Behandlungsabbruch. Einen Pro-Life Standpunkt vertreten demgegenüber das LG München I[134], das LG Augsburg[135], das AG Garmisch-Partenkirchen[136] und das LG Duisburg[137].

---

131 OLG Frankfurt am Main vom 15.07.1998, (20 W 224/98) = *FamRZ* 1998, 1137 = *BtInfo* 2/98, 51= *BtPrax* 1998, 186 = *NJW* 1998, 2747.

132 AG Ingolstadt vom 24.09.1998 (XVII 538/98) = *BtIinfo* 1/99, S. 44.

133 LG Duisburg vom 09.06. 1999 (22 T 22/99) = *NJW* 1999, 2744.

134 LG München I vom 15.12.1998 (13 T 478/99) = *FamRZ* 1999, 742 = *JurBüro* 1999, 430 = *BtIinfo* 1/99, S. 46, Ziff. II/2a: „Ein genehmigungsfähiger Antrag des Betreuers liegt bereits deshalb nicht vor, weil der von ihm beabsichtigte Abbruch der Ernährung des Betroffenen mit dem Ziele des Todes nicht von seinem Aufgabenkreis als vorläufiger Betreuer gedeckt ist. Zum einen hat das „Sterbenlassen" des Betroffenen als eigentliches Ziel mit Gesundheitsfürsorge nichts zu tun (ebenso Bienwald, FamRZ 1998, 1138f; Seitz, ZRP 1998, 417, 520). Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entsprechend die Weiterbehandlung Körperverletzung wäre, wovor er durch die Massnahme des Betreuers bewahrt werde. Denn die Einstellung der Ernährung ist jedenfalls eine aktive Massnahme mit dem Ziel des Todes des Betroffenen und nicht bloss ein Unterlassen; der Erhaltung der Gesundheit dient sie ersichtlich nicht. Zum anderen handelt es sich nach Auffassung der Kammer bei der Entscheidung, sterben zu wollen, um eine der höchstpersönlichen Angelegenheiten, die einem Betreuer ohnehin nicht übertragen werden können (ebenso Seitz, ZRP 1998, 417, 420); dies gebietet bereits die Menschenwürde (Art. 1 GG). Der Fall ist vergleichbar mit der Abgabe einer Organspendeerklärung, die ein Betreuer ebenfalls nicht für den noch lebenden Betroffenen abgeben kann (AG Mölln, FamRZ 1995, 188, *vgl.* auch Erman/Holzhauer, BGB 9. Aufl., § 1904 Rn. 23). Dass auch einige höchstpersönliche Angelegenheiten einem Betreuer übertragen werden können (*z.B.* die Sterilisation, *vgl.* Bienwald, FamRZ 1998, 1139), steht dem nicht entgegen, da diese Massnahmen nicht eine Entscheidung über den Tod des Betroffenen zum Inhalt haben und die

V. SCHLUSSBETRACHTUNG

(97) Eine Verlertzung des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) setzt voraus, dass

– eine Person von staatlichen Organen bzw. Privaten (im Rahmen von Art. 35 Abs. 2 und 3 BV) tatsächlich oder rechtlich ungleich behandelt wird,

– der Grund für die Ungleichbehandlung in *bestimmten persönlichen Eigenschaften*, namentlich einer alters- und behinderungsbedingten Pflegebedürftigkeit, besteht,

– die *Ungleichbehandlung* sich nicht mit zwingenden Gründen rechtfertigen lässt,

– als Folge dieser Ungleichbehandlung eine *erhebliche Schlechterstellung* entsteht, wobei sich die Schlechterstellung auf sämtliche Lebensbereiche, insbesondere grundrechtlich geschützte Interessen, bezieht und die Erheblichkeit der Schlechterstellung nach Massgabe sämtlicher objektiver und subjektiver Umstände, insbesondere im Hinblick auf allfällige

---

Menschenwürde nicht in vergleichbarer Art tangieren. Darüber hinaus ist § 1904 BGB auf die vorliegende Fallkonstellation nicht, auch nicht analog (so vor allem BGH, NJW 1995, 204; OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 1137ff) anwendbar."

[135] LG Augsburg vom 04.08.1999 (5 T 2780/99) = *FamRZ* 2000, 320. Die beabsichtigte Einwilligung der Betreuerin in den Abbruch der Sondenernährung mit der Folge des Todeseintritts des Betreuten ist nicht genehmigungsfähig.

[136] AG Garmisch-Partenkirchen vom 02.06.1999 (XVII 43/99) = *FamRZ* 2000, 319 = *PflegeRecht* 2001, 89 ff. Das menschliche Leben ist einer rechtlichen Bewertung nicht zugänglich. Eine rechtlich anzuerkennende Verfügungsbefugnis des Einzelnen über das Leben besteht nicht. Ein Betreuer, der diese Grundsätze nicht anerkennt, ist zur Führung einer Betreuung zumindest teilweise nicht geeignet.

[137] LG Duisburg vom 09.11.1999 (22 T 231/99). Dieser Fall betraf die Zwangernährung einer dementen Betagten im Altersheim. Die Vorinstanz hatte den Betreuer angewiesen, die Ernährung seiner Mutter mit einer hochkalorischen Trinknahrung und einer subkutanen Flüssigkeitsinfusion sofort zu veranlassen. Es hat ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 5 000 DM angedroht. Der Betreuer erhob dagegen Beschwerde, welche vom LG Duisburg abgewiesen worden ist. Der Einwand, jegliche Zwangsernährung einschliesslich einer subkutanen Flüssigkeitsinfusion stelle einen Verstoss gegen das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen dar, wurde als unzutreffend zurückgewiesen. Die Einwilligung des Betreuers in jegliche künstliche Nahrungs- oder Flüssigkeitszufuhr hätte nur dann zu unterbleiben, wenn die Betroffene sich bereits in einem aussichtslosen Gesundheitszustand befände und wenn sie zu einem Zeitpunkt, als sie noch entscheidungsfähig war, den ernsthaften Wunsch nach einem Behandlungsverzicht geäussert hätte in Voraussicht dessen, dass ihr der Übergang in einen schwerstpflegebedürftigen Zustand unter Verlust der Fähigkeit zu sinnvoller Kommunikation bevorsteht. *Vgl.* dazu auch LG Duisburg vom 9.6.1999 (22 T 22/99) = *NJW* 1999, 2744).

Sondermassnahmen, die zu Gunsten der diskriminierten Personen bestehen (z.B. gemäss Art. 8 Abs. 4 BV), zu beurteilen ist, sowie

– zwischen der Ungleichbehandlung, der persönlichen Eigenschaft und der Schlechterstellung ein *Bedingungsverhältnis* besteht, wobei jedoch eine eigentliche Diskriminierungsabsicht nicht erforderlich ist.

(98) *De lege ferenda* ist sowohl ein *Behindertengleichstellungsgesetz* als auch ein *Betreuungsgesetz*[138] zu fordern. Diese beiden Erlasse haben nicht nur die Verhinderung künftiger Diskriminierung von behinderten und betagten Personen zu regeln, sondern auch die bestehenden behinderungs- und alterungsbedingten sozialen Benachteiligungen zu beseitigen. Zu diesen zählen nicht nur die „klassischen" Benachteiligungen (bauliche Barriueren, öffentlicher Verkehr und Infrastruktur etc.)[139], sondern auch besondere Benachteiligungen, diebestimmte Behindertengruppen betreffen.

(99) Das BUNDESGESETZ ÜBER DIE BESEITIGUNG VON BENACHTEILIGUNGEN VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) (Entwurf)[140] sieht vor, dass Bund und Kantone Massnahmen ergreifen, um Benachteiligungen von Behinderten zu verhindern, zu beseitigen oder auszugleichen; sie haben dabei den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung zu tragen[141].

(100) Der Bund will dabei Massnahmen in folgenden Bereichen vorsehen: (1) öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen, (2) Wohngebäude sowie industrielle und gewerbliche Bauten, (3) öffentlich zugängliche Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs, (4) von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen Privater sowie (5) Arbeitsverhältnisse nach dem

---

[138] Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts hat die Expertenkommission 1998 einen Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Betreuungsrecht) vorgelegt. In Deutschland wurde das Betreuungsrecht anfangs 1990 reformiert, *vgl.* dazu GESETZ ZUR REFORM DES RECHTS DER VORMUNDSCHAFT UND PFLEGSCHAFT FÜR VOLLJÄHRIGE (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12.09.1990 (BBl. I 2002), welches am 01. 01.1992 in Kraft getreten ist.

[139] *Vgl.* dazu den Diskriminierungsbericht der .

[140] *Vgl.* dazu die Hinweise *supra* FN 17 und .

[141] *Vgl.* Art. 5 Abs. 1 BehiG-Entwurf.

Bundespersonalgesetz[142]. Ferner untersagt Art. 6 BehiG-Entwurf – in Konkretisierung von Art. 35 Abs. 2 und 3 BV – Privaten, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, jedwede Diskriminierung Behinderter. Weitergehende Bestimmungen der Kantone bleiben ausdrücklich vorbehalten[143].

(101) Vom geplanten BehiG werden verschiedene Bereiche nicht erfasst. Dazu zählen die *berufliche Eingliederung,* die lediglich durch individuelle Versicherungsleistungen im Bereich der IV, nicht aber durch allgemeine Förderungsmassnahmen[144], die *integrative Schulung*[145], die ebenfalls nur durch individuelle Versicherungsleistungen im Rahmen des

---

142 *Vgl.* Art. 3 lit. a–f BehiG-Entwurf. Gemäss BUNDESBESCHLUSS ÜBER DIE FINANZIERUNG DER MASSNAHMEN IM ÖFFENTLICHEN VERKEHR ZU GUNSTEN VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (Entwurf) soll dabei für die Finanzierung von Massnahmen im öffentlichen Verkehr ein Zahlungsrahmen von 300 Mio. Franken gutgeheissen werden.

143 *Vgl.* Art. 4 BehiG-Entwurf.

144 Abgesehen von der Zugänglichkeitspflicht gewerblicher und industrieller Bauten, *vgl.* Art. 3 lit. d BehiG-Entwurf.

145 Sämtliche Kantone kennen ein dualistisches Schulsystem: Normal bildungsfähige Kinder werden im Regelkindergarten und in der Regelschule aufgenommen, nicht normal bildungsfähige Kinder sind dem Sonderkindergarten und der Sonderschule zuzuweisen (*vgl.* GYSI, B., (1979) *Pädagogische Förderung Behinderter in der Schweiz. Erste Auswertung der kantonalen Gesetzgebungen zur erzieherischen, schulischen und beruflichen Förderung Behinderter,* Luzern). Die jeweiligen kantonalen Regelungen sind dabei überaus vielfältig, folgen jedoch meist keinem einheitlichen Konzept und haben z.T. gravierende Nachteile (*vgl.* dazu BÜRLI, A., (1992) *Grunzüge der Sonderpädagogik in der Schweiz. 2. A.,* Luzern, und BALBI-KAYSER, M., (1986) *Die Früherziehung behinderter Kinder in der Schweiz im Spiegel bundes- und kantonalrechtlicher Grundlagen,* Luzern). Im pädagogischen Schrifttum wird zunehmend die Abschaffung des dualistischen Schulsystems und die Einführung eines integrativen Schulsystemes gefordert (*vgl.* dazu *z.B.* BLESS, G., (1994) *Schulische Integration behinderter Kinder. Beispiele aus der Schweiz,* Luzern, HAEBERLIN, U./JENNY FUCHS, E., *ET AL.*, (1992) *Zusammenarbeit: wie Lehrpersonen Kooperation zwischen Regel- und Sonderpädagogik in integrativen Kindergärten und Schulklassen erfahren,* Bern/Stuttgart, KRONIG, W./BLESS, G., (1996) Integration in die Regelschule: Wie wirksam ist die heilpädagogische Betreuung?, in: *Schweizer Schule* 1996, 26 ff., MEHRHOF, W., (1992) *Kinder mit Behinderungen im Kindergarten,* Luzern, SCHÄR, A./PARMENTIER, U., (1996) *Integration – Keine Frage! Behinderte und nichtbehinderte Kinder gemeinsam schulen,* Luzern, SCHWEIZ. KONFERENZ DER KANTONALEN ERZIEHUNGSDIREKTOREN, (1994) *Heilpädagogische Früherziehung in der Schweiz, Situation, Perspektiven, Empfehlungen, 2. A.,* Luzern und STURNY-BOSSHART, G., (1995) *Schweizer Schulen – Schulen für alle?,* Luzern). In Italien ist das Sonderschulsystem abgeschafft worden und erfolgt eine Integration der behinderten Kinder seit 1977 in die Primarschule, seit 1982 in die Sekundarschule und in den Kindergarten, seit 1987 in die Berufsschule und seit 1992 in die Universität (*vgl.* FILIPPINI-STEINIMANN, C., (1995) *Es ist normal, verschieden zu sein. Die Integration von Schülern und Schülerinnen mit Behinderungen in der öffentlichen Schule in Italien,* Luzern). Vor dem Hintergrund der obligatorischen Schulpflicht (vgl. Art. 19 BV) und dem Diskriminierungsverbot

IVG mittelbar gefördert, nicht aber grundsätzlich angestrebt wird[146], und *Massnahmen für spezifische Benachteiligungen* von bestimmten Behindertengruppen[147].

(102) Spezifisch benachteiligt sind insbesondere *pflegebedürftige Behinderte.* Sie können auf Grund von besonderen Funktionseinschränkungen selbst in einer barrierefreien baulichen und verkehrstechnischen Umwelt nur mit der (bezahlten) Hilfe Dritter teilhaben und soziale Kontakte pflegen[148]. Eine ungenügende Leistungsordnung bewirkt solchermassen regelmässig faktische Grundrechtsverletzungen, die – weil sie nur bei behinderten oder betagten Personen entstehen – diskriminierungsrechtlich relevant sind.

(103) Ferner bestehen besondere Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit der *Ausübung von Grundrechten.* Dies gilt insbesondere für die Ausübung eines Suizides, die einem schwerstpflegebedürftigen nur mit (aktiver) Hilfe eines Dritten möglich ist. Sodann können geistig behinderte, nicht aber andere Personen sterilisiert werden[149]. Diese Proble-

---

(Art. 8 Abs. 2 BV) ergeben sich heikle Abgrenzungsprobleme in Bezug auf einen grundrechtlichen Anspruch auf integrative Schulung (vgl. dazu exemplarisch U BVerfGer vom 08.10.1997 i.S. S. R. [1 *BVR* 9/97]). Betreuungsbedürftige Kinder sind nicht automatisch sonderschulbedürftig, weshalb die Schulbehörden allfällige Mängel in der behindertengerechten Aussattung der Schule, *z.B.* bauliche Mängel, oder ein erhöhter Betreuungsbedarf nicht zum Anlass nehmen dürfen, das Kind einer Sonderschule zuzuweisen. Die Zulassungsbehörde hat vielmehr die notwendigen Massnahmen zu ergreifen und darf den Eltern keine Kostenbeteiligung für allfällige begleitende Massnahmen auferlegen. In Zweifelsfällen ist eine bedingte oder eine befristete Einschulung in der Normalschule vorzusehen und dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich zu bewähren (*vgl.* U VerwGer Berlin vom 20.09.1995 [G 3.A 741.94] und VerwGer Darmstadt vom 11.03.1986 [IV/2 E 17/86]).

146 *Vgl.* dazu Art. 19 IVG und Art. 8 ff. IVV. Die Beiträge umfassen dabei ein Schulgeld (*vgl.* Art. 19 Abs. 2 lit. a IVG), ein Kostgeld (*vgl.* Art. 19 Abs. 2 lit. b IVG), besondere Entschädigungen für zusätzlich zum Sonderschulunterricht notwendige Massnahmen pädagogisch-therapeutischer Art (*vgl.* Art. 19 Abs. 2 lit. c IVG) und besondere Entschädigungen für die mit der Überwindung des Schulweges im Zusammenhang stehenden invaliditätsbedingten Kosten (*vgl.* Art. 19 Abs. 2 lit. d IVG).

147 Art. 5 Abs. 1 BehiG-Entwurf nennt ausdrücklich nur die besonderen Bedürfnisse behinderter Frauen.

148 Die Realisierung dieser Ziele wird vom BehiG ausdrücklich angestrebt, *vgl.* Art. 2 Abs. 2 BehiG-Entwurf.

149 Lehre und Gesetzgebung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts waren „eugenisch" motiviert und erachteten Sterilisationen unter weniger weitgehenden Voraussetzungen für zulässig (*vgl.* insbesondere BÖCKLI, H.-R., (1954),Diss. Zürich, 112 ff. *Siehe* ferner ESER, A., (1989) Sterilisation geistig Behinderter. Zur Reformdiskussion im Inland mit Blick auf das Ausland in: *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989,* Berlin, 625 ff., GAIDZIK, W./HIERSCHE, H.-D., (1999) Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsunfähiger, in: *MedR* 1999, 58 ff., GSCHWIND, M., (1950) *Die Sterilisation von Menschen nach schweizerischem Recht,* Diss. Basel, MARTIN, P. A., (1931) *La procréation et la stérilisation au point*

de vue du droit naturel, Diss. Freiburg i.U., MOMMSEN, T., (1934) *Sterilisation und Kastration als Rechtsprobleme*, Zeulenroda, TROMBLEY, S., (1988) *The right to reproduce. A history of coercive sterilization*, London, und WUNDER, M., (1988) Die Sterilisation Behinderter und der Schatten der Geschichte, in: *KJ* 1988, 309 ff.). Der Kanton Waadt hat 1928 europaweit erstmals die Sterilisation von Geisteskranken gesetzlich vorgeschrieben. Das nachfolgende LOI EN VIGUEUR DU 23 MAI 1939 SUR LES MALADES MENTAUX ET AUTRES PSYCHOPATHES galt offiziell bis zur Einführung des neuen LOI SUR LA SANTÉ PUBLIQUE von 1986. Zwischen 1963 und 1985 wurden 27 Begehren gestellt, wovon 14 vom Regierungsrat des Kt. Waadt gutgeheissen wurden. Die letzte Sterilisationsbewilligung wurde am 25.04.1977 erteilt (*siehe* dazu die Pressemitteilung des kantonalen *Bureau d'information et de communication* vom 28.08.1997 und JEANMONOD, G./GASSER, J., (1998) *La stérilisation légale des malades et infirmes mentaux dans le canton de Vaud, 1928–1985*, Lausanne. *Vgl.* dazu ferner die Parlamentarische Initiative von *NR Margrith Felten* „Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer„ vom 05.10.1999 [99.451]). Andere Kantone haben ähnliche Sterilisationsprogramme gekannt (*vgl.* für Bern etwa ZIEGLER, B., (1999) Abtreibungs- und Sterilisationspolitik im Banne der Eugenik in Bern, in: *Itinera* 1999, 240 ff.). Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert hat die Lehre die Zulässigkeit der Sterilisation strenger zu beurteilen begonnen (*vgl. z.B.* ESER, A., (1989) Sterilisation geistig Behinderter. Zur Reformdiskussion im Inland mit Blick auf das Ausland in: *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin, 625 ff.). Es setzte sich die Meinung durch, dass Zwangssterilisationen unzulässig, aber freiwillige Sterilisationen, die mit dem Willen des Betroffenen vorgenommen werden, zulässig sind. Bei unmündigen und entmündigten Personen wird generell auf die Urteilsfähigkeit als Entscheidungskriterium abgestellt. Bei Urteilsfähigkeit muss die zu sterilisierende Person, auch wenn sie unmündig oder entmündigt ist, zustimmen, ansonsten der Eingriff unzulässig erfolgt ist (*vgl. z.B.* REHBERG, J., (1994) Arzt und Strafrecht in: *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, 303 ff., 331, und NÄGELI, M., (1984) *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Diss. Zürich, 166 f., wobei beide Autoren hohe Anforderungen an die Urteilsfähigkeit stellen). Zum Teil beträchtliche Unterschiede bestehen in der Literatur jedoch bei Urteilsunfähigkeit der zu sterilisierenden Person. Gemäss SALADIN, P., (1989) Grundrechte und Vormundschaft. Historische und dogmatische Überlegungen, in: *ZVW* 1989, 1 ff., 7 f., kann bei einem urteilsunfähigen Bevormundeten niemand an seiner Stelle einem ärztlichen Eingriff gültig zustimmen; lebensrettende oder weitere „Eingriffe, die dem Patienten, mit einem vernachlässigbaren Risiko, eine erhebliche Besserung seines körperlichen Zustandes bringen" seien davon jedoch ausgenommen; seiner Meinung nach ist eine Sterilisation aber auch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unzulässig. NÄGELI, M., (1984) *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Diss. Zürich, 166 ff., geht von der Zulässigkeit aus, wobei er eine medizinische Indikation für notwendig hält. REHBERG, J., (1994) Arzt und Strafrecht in: *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, 303 ff., 332 f., ist der Ansicht, dass Sterilisation mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters grundsätzlich zulässig sind, jedoch nur nach einer genauen Interessenabwägung, insbesondere zur Bekämpfung einer Krankheit, vorgenommen werden dürfen. MÜLLER, S., (1996) *Die persönliche Fürsorge für unmündige Bevormundete*, Diss. Freiburg i.U., 234, geht ebenfalls von der Zulässigkeit aus, verlangt aber zwingende medizinische Gründe; zudem könne eine Sterilisation nur durchgeführt werden, wenn sie zur Wahrung dieser Gründe unabwendbar sei. Nach HEGNAUER, C., (2000) Sterilisation geistig Behinderter, in: *ZVW* 2000, 25 f., 25, ist die Sterilisation mit stellvertretender Einwilligung bei überwiegenden Interessen, insbesondere zur Vermeidung einer nicht zu bewältigenden Erziehungs- und Unterhaltspflicht, die zur Wegnahme des Kindes führen würde, zulässig. Besondere Bestimmungen über die Sterilisation enthalten die Gesundheitsgesetze der Kantone Aargau, Neuenburg sowie Schaffhausen. Nach der Aargauer Regelung ist der Eingriff bei unmündigen und entmündigten Personen zulässig, wenn zwei fachärztliche Gutachten, darunter ein psychiatrisches, ihn befürworten sowie die schriftliche

matik wird vom BehiG ausgeklammert und soll auch im Rahmen der laufenden Revision dmundschaftsrechts nicht geregelt werden[150].

(104) Für Schwerstpflegebedürftige ist eine *institutionalisierte Sterbehilfe unter staatlicher Aufsicht* einzurichten. In Bezug auf urteilsfähige Schwerstpflegebedürftige ist eine „Suizidbeihilfe" vorzusehen, die je bei einer gänzlichen Funktionsbeeinträchtigung in einer aktiven

---

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters sowie, falls die betroffene Person urteilsfähig ist, auch deren Einwilligung vorliegen (*vgl.* § 51 Abs. 2 GesundheitsG AG). Das neuenburgische Recht verlangt für die Sterilisation Unmündiger und Entmündigter stets die schriftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und, falls die betroffene Person urteilsfähig ist, zusätzlich deren schriftliche Einwilligung. Bei minderjährigen und urteilsunfähigen Personen ist überdies eine Bewilligung des Kantonsarztes erforderlich, der vorgängig die Stellungnahme eines neutralen Sachverständigen einzuholen hat (*vgl.* Art. 32 GesundheitsG NE). In der schaffhausischen Heilanstalt Breitenau dürfen grössere operative Eingriffe, insbesondere Kastrationen und Sterilisationen, an Kranken nur mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden (*vgl.* Art. 25 Abs. 2 Reglement der Aufsichtskommission für die Kantonale Heilanstalt Breitenau Schaffhausen). Die *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften* (SAMW) hat 1986 erstmals MEDIZINISCH-ETHISCHE RICHTLINIEN ZUR STERILISATION GEISTIG BEHINDERTER MENSCHEN verabschiedet. Diese stellten entscheidend auf den Gesichtspunkt der Urteilsfähigkeit ab; bei nicht urteilsfähigen Personen wurde der Eingriff als nicht zulässig erklärt. Ende 1999 wurden überarbeitete Richtlinien in Vernehmlassung gegeben (*vgl.* dazu auch INSIEME (*Ibid.*) Leitsätze zur Sterilisation, in:, 28 ff.). Der SAMW betrachtet die Ausschliesslichkeit der Regelung von 1986 „jedoch als nicht mehr sachgerecht" (*vgl.* SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW), (2000) Medizinisch-ethische Richtlinien zur Sterilisation geistig behinderter Menschen, in: *Schweizerische Ärztezeitung* 2000, 389 ff.). Als Gründe dafür werden die Unschärfe des Urteilsunfähigkeitsbegriffs, die Gefahr unfreiwilliger Zustimmungen, die nicht mehr geübte Geschlechtertrennung in Heimen sowie die veränderte Gesetzeslage genannt, wobei mit Letzterem die vorgenannten kantonalen Regelungen gemeint sind (*Ibid.*, 389 f.). Die Zulässigkeit von Sterilisationen an urteilsunfähigen Personen wird zudem mit einem Analogieschluss unter Hinweis auf Art. 120 Ziff. 1 Abs. 3 StGB begründet, der einen Schwangerschaftsabbruch bei einer Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter zulässt, sofern der Eingriff im überwiegenden Interesse der betroffenen Person liegt (*Ibid.*, 390). Ob ein Schwangerschaftsabbruch – ein einmaliger Eingriff in die menschliche Fortpflanzung, der die künftige Fortpflanzung nicht ausschliesst – mit einer Sterilisation, die eine künftige Fortpflanzung gänzlich ausschliesst, vergleichbar ist, muss bezweifelt werden. M.E. ist der Umkehrschluss zu ziehen. Gerade weil ein Schwangerschaftsabbruch nur zulässig ist, „um eine nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder grosse Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit" abzuwenden (*vgl.* Art. 120 Ziff. 1 StGB; *siehe* dazu auch HÄNACK, E.-W., (1984) Zum Schwangerschaftsabbruch aus sogenannter kindlicher Indikation als Grenzproblem in: *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 197 ff., und NEUER-MIEBACH, T./KREBS, H., (1987) *Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung – notwendig, möglich, erlaubt?*, Marburg) und eine Sterilisation eine schwere Körperverletzung i.S.v. Art. 122 Abs. 1 StGB darstellt, kann nur ein noch grösseres Interesse eine Sterilisation an einer urteilsunfähigen Person – auch wenn sie mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen wird – rechtfertigen. Ein geringeres Interesse oder blosse Drittinteressen reichen m.E. nicht aus.

150 *Vgl.* dazu bereits *supra* FN 138.

Sterbehilfe besteht und damit über eine blosse passive Sterbehilfe hinaus geht. Der staatlichen Sterbehilfe käme nicht nur die Aufgabe zu, die Voraussetzungen („Gewissensprüfung", „Ernsthaftigkeit", „Sicherungsmassnahmen" etc.) zu regeln und deren Vorhandensein im konkreten Einzelfall zu überprüfen, sondern sie hätte auch das Durchführungsprozedere, insbesondere die Sterbebegleitung bei einer Nahrungs- und Pflegeverweigerung, zu bestimmen[151].

---

[151] *Siehe* dazu MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern, 62, der auch für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe plädiert, jedoch festhält, dass sich aktive Sterbehilfe am „Tötungstabu" reibt (a.a.O. 61 *infra*). – Die Sterbehilfeproblematik hat in den letzten Jahren zu zahlreichen parlamentarischen Vorstössen geführt, vgl. *z.B.* Parlamentarische Initiative Nr. 01.407 von Vallender Dorle vom 14.03.2001 („Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord. Neufassung von Artikel 115 StGB"), Interpellation Nr. 00.3752 von Waber Christian vom 15.12.2000 („Todesmanagement in Alters- und Pflegeheimen"), Interpellation Nr. 00.3668 von Bortoluzzi Toni vom 13.12.2000 („Stärkung der Palliativmedizin"), Einfache Anfrage Nr. 00.1121 von Vallender Dorle vom 27.11.2000 („Sterbehilfe. Neuregelung in der Stadt Zürich"), Parlamentarische Initiative Nr. 00.441 von Cavalli Franco vom 27.09.2000 („Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe. Neuregelung"), Motion Nr. 00.3342 von Rossini Stéphane vom 22.06.2000 („Finanzierung der Palliativbehandlung"), Einfache Anfrage Nr. 99.1186 von Bortoluzzi Toni vom 22.12.1999 („Förderung der Palliativmedizin"), Interpellation Nr. 98.3441 von Ruffy Victor vom 07.10.1998 („Palliativpflege. Kostenübernahme durch die Krankenkassen"), Petition Nr. 95.2019 von Zimmermann Peter vom 10.04.1995 („Aktive Sterbehilfe für Strafgefangene"), Motion Nr. 94.3370 von Ruffy Victor vom 28.09.1994 („Sterbehilfe. Ergänzung des Strafgesetzbuches"), Interpellation Nr. 93.3650 von Eggly Jacques-Simon vom 16.12.1993 („Sterbehilfe auf Verlangen. Vorschriften") und Interpellation Nr. 93.3672 von Petitpierre Gilles vom 17.12.1993 („Gewünschte Sterbehilfe. Reglementierung"). – Die MOTION RUFFY verlangte 1994 die Lockerung der heutigen Strafbestimmung (Art. 115 StGB) über die Beihilfe zum Selbstmord. Aktive Sterbehilfe (Euthanasie) durch Ärzte auf Wunsch von unheilbar Kranken solle unter bestimmten engen Bedingungen straffrei werden. Als der Bundesrat 1996 die Umwandlung in ein Postulat vorschlug, sicherte er die Bildung einer Arbeitsgruppe von Fachleuten der Medizin, der Ethik und der Jurisprudenz zu. Sie sollte Grundlagen für den Entscheid darüber erarbeiten, ob Sterbehilfe überhaupt einer gesetzgeberischen Lösung zugänglich sei oder ob die Hilfe im Sterben der ärztlichen Berufskunst und -pflicht überantwortet bleiben müsse. Dieser Aufgabe unterzog sich die Arbeitsgruppe zwischen Mai 1997 und Februar 1999 und veröffentlichte im März 1999 den Bericht „Sterbehilfe". Der Bundesrat hat von diesem Bericht im Januar 2000 Kenntnis genommen und am 05.07. 2000 einen eigenen Bericht als Antwort auf das Postulat Ruffy dem Parlament zugeleitet. Der Bundesrat möchte sowohl die passive als auch die indirekte aktive Sterbehilfe gesetzlich regeln. Er erachtet es dabei als unumgänglich, unheilbaren, kurz vor dem Tode stehenden Patienten, die eine direkte aktive Sterbehilfe verlangen, Mittel und Möglichkeiten anzubieten, um ihre Leiden zu mindern, und hält es für unbedingt nötig, die Möglichkeiten der Palliativmedizin und -pflege voll auszuschöpfen. Die neuen Methoden der Pflege sterbender Patienten seien, so der Bundesrat, noch zu wenig bekannt und sollten daher in die Ausbildung der künftigen Ärzte einbezogen werden. – *Vgl.* dazu auch EXPERTENGRUPPE „SONDERBEWILLIGUNGEN NACH ART 8.5 BETMG" , (2000) *Ärztliche Verschreibung von Heroin als Schmerzmittel in Sonderfällen der palliativen Therapie. Bericht und Empfehlungen vom 25.01.2000,* Bern, und GIGER, H., (2000) *Reflexionen über Tod und Recht. Sterbehilfe nach geltendem und geplanten Recht unter Berücksichtigung*

fachüberschreitender Probleme, Zürich. – *Siehe* ferner die Berner VO über Sterbehilfe und Todesfeststellung vom 11.06.1997 und den Zürcher Stadtratsbeschluss vom 25.10.2000 („Wunsch nach Suizid unter Beihilfe von Sterbehilfeorganisationen in den Einrichtungen des Gesundheits- und Umweltdepartements"), mit welchem Grundsätze für die passive Sterbehilfe verabschiedet worden sind. *Vgl* dazu auch JAAG T./RÜSSLI M., (2000) *Rechtsgutachten zur Sterbehilfe in den Spitälern, Kranken- und Altersheimen der Stadt Zürich* vom 31.03.2000 mit Ergänzungen vom 03.05.2000, Zürich.

LITERATUR

ARIOLI, K., (1993) Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: *AJP* 1993, 1327 ff.

AUGUSTINE, L. J., (1998) Disabling the Relationship Between Intentional Discrimination and Compensatory Damages under Title II of the Americans with Disabilities Act, in: *George Washington Law Review* 1998, 592 ff.

BALBI-KAYSER, M., (1986) *Die Früherziehung behinderter Kinder in der Schweiz im Spiegel bundes- und kantonalrechtlicher Grundlagen,* Luzern

BARTHOLOME, W. G., (1996) Physician-Assisted Suicide, Hospice, and Rituals of Withdrawal, in: *Journal of Law, Medicine & Ethics* 1996, 233 ff.

BAUMGARTEN, M.-O., (1995) *The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod. Suizid – Sterbehilfe – Patientenverfügung – „Health care proxy" – Hospiz im internationalen Vergleich,* Diss. Basel

BAYEFSKY, A. F., (1990) The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, in: *Human Rights Law Journal* 1990, 34 ff.

BECK, C., (1995) *Sozialdarwinismus, Rassenhygiene, Zwangssterilisation und Vernichtung „lebensunwerten" Lebens. Eine Bibliographie zum Umgang mit behinderten Menschen im „Dritten Reich" – und heute. 2. A.,* Bonn

BECKERT, F., (1996) *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe unter besonderer Berücksichtigung historischer und ethischer Aspekte,* Aachen

BENDER, L., (1992) A Feminist Analysis of Physician-Assisted Dying and Voluntary Active Euthanasia, in: *Tennessee Law Review* 1992, 519 ff.

BLESS, G., (1994) *Schulische Integration behinderter Kinder. Beispiele aus der Schweiz,* Luzern

BÖCKLI, H.-R., (1954),Diss. Zürich

BÜRLI, A., (1992) *Grunzüge der Sonderpädagogik in der Schweiz. 2. A.,* Luzern

CASPAR, J., (2000) Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, in: *EuGRZ* 2000, 135 ff.

CHONG, H.-M., (1994) *Sterbehilfe und Strafrecht. Ein deutsch-koreanischer Vergleich,* Diss. Freiburg i. B.

CICA, N., (1996) *Euthanasia. The Australian law in an international context,* Canberra

COLEMAN, D., (2000) Assisted suicide and disability – another perspective. Disability Rights: Issues and Solutions, in: *Human Rights* 2000, 6 ff.

COLKER, R./TUCKER, B. P., (1998) *The Law of Disability Discrimination. 2. A.,* Cincinnati

DICKSON, H. G., (1996) Problems with the ICIDH definition of impairment, in: *Disabil-Rehabil.* 1996, 52 ff.

DIESSENBACHER, H./SCHÜLLER, K., (1993) *Gewalt im Altenheim. Eine Analyse von Gerichtsakten,* Freiburg i.B.

DIRNAICHNER, U., (1997) Bayerisches Schulrecht: Keine Benachteiligung Behinderter, in: *BayVBL* 1997, 545 ff.

DWORKIN, G./FREY, R. G., *ET AL.*, (1998) *Euthanasia and physician-assisted suicide,* Cambridge/New York

ENGELKEN, K., (1997) Nochmals: Der Diskriminierungsschutz Behinderter im Grundgesetz – Sonderschulzuweisung als unzulässige Benachteiligung ?, in: *DVBL* 1997, 762 ff.

ESER, A., (1989) Sterilisation geistig Behinderter. Zur Reformdiskussion im Inland mit Blick auf das Ausland in: *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989,* Berlin, 625 ff.

ETTLIN, R., (1998) *Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts,* Diss. Freiburg i.U.

FILIPPINI-STEINIMANN, C., (1995) *Es ist normal, verschieden zu sein. Die Integration von Schülern und Schülerinnen mit Behinderungen in der öffentlichen Schule in Italien,* Luzern

FLEINER, T., (2000) *Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur*, Basel

FRICK, S. A., (1990) The right to forego life-sustaining procedures in Florida: is Florida „Cruzan-proof?“, in: *Stetson Law Review* 1990, 519 ff.

FRIEDLANDER, H., (1995) *The origins of Nazi genocide. From euthanasia to the final solution*, Chapel Hill

FROWEIN, J. A./PEUKERT, W., (1996) *Europäische Menschrechtskonvention. EMRK-Kommentar. 2.A.*, Kehl/Strassburg/Arlington

GÄCHTER, T./BERTSCHI, M., (2000) *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zürich

GAIDZIK, W./HIERSCHE, H.-D., (1999) Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsunfähiger, in: *MedR* 1999, 58 ff.

GEMEINNÜTZIGER VEREIN ZUR UNTERSTÜTZUNG VON KRIMINALITÄTSOPFERN UND ZUR VERHÜTUNG VON STRAFTATEN E.V., (1996) *Gewalt gegen Pflegebedürftige. Expertenforum mit Podiumsdiskussion. Dokumentation*, Mainz

GIESEN, D., (1995) Dilemmas at Life's End. A Comparative Legal Perspective in: *Euthanasia Examined. Ethical, Clinical and Legal Perspectives* (Ed. Keown, J.), Cambridge, 200 ff.

GIGER, H., (2000) *Reflexionen über Tod und Recht. Sterbehilfe nach geltendem und geplanten Recht unter Berücksichtigung fachüberschreitender Probleme*, Zürich

GIGLIOTTI, L. K., (1996) Life termination medical decision-making by third parties in Michigan after Martin, in: *Michigan Bar Journal* 1996, 378 ff.

GOSE, W./HOFFMANN, H., *ET AL.*, (1997) *Aktive Sterbehilfe? Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten*, Trier

GRAMS, H. A., (1995) Anspruch auf behindertengerechten Zugang zu öffentlichen Einrichtungen?, in: *BauR* 1995, 195 ff.

GRIFFITHS, J./BOOD, A., *ET AL.*, (1998) *Euthanasia and law in the Netherlands*, Amsterdam

GRISEL, E., (2000) *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Bern

GROSS, J., (1995) *Das schweizerische Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen*, Bern

GSCHWIND, M., (1950) *Die Sterilisation von Menschen nach schweizerischem Recht*, Diss. Basel

GUILLOD, O./GUINAND, J., (1988) Validité et efficacité du testament biologique, in: *ZSR* 1988, 401 ff.

GYSI, B., (1979) *Pädagogische Förderung Behinderter in der Schweiz. Erste Auswertung der kantonalen Gesetzgebungen zur erzieherischen, schulischen und beruflichen Förderung Behinderter*, Luzern

HAEBERLIN, U./JENNY FUCHS, E., *ET AL.*, (1992) *Zusammenarbeit: wie Lehrpersonen Kooperation zwischen Regel- und Sonderpädagogik in integrativen Kindergärten und Schulklassen erfahren*, Bern/Stuttgart

HAGMANN, J., (1998),Münster, Diss. Münster

HAMEL, R. P./DUBOSE, E. R., *ET AL.*, (1996) *Must we suffer our way to death? Cultural and theological perspectives on death by choice*, Dallas

HÄNACK, E.-W., (1984) Zum Schwangerschaftsabbruch aus sogenannter kindlicher Indikation als Grenzproblem in: *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 197 ff.

HANGARTNER, Y., (2000) *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe. Eine grundrechtliche Standortbestimmung*, Zürich

HAUSAMMANN, C./SCHLÄPPI, E., (1995) Menschenrechte und Frauenrechte. Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, in: *AJP* 1995, 32 ff.

HEGNAUER, C., (2000) Sterilisation geistig Behinderter, in: *ZVW* 2000, 25 f.

HERDEGEN, M., (1992) Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, in: *VSSR* 1992, 245 ff.

HERDEGEN, M., (1998) *Der neue Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz. Entstehung und Tragweite des Benachteiligungsverbots (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). 2. A.*, Bonn

HISS, B., (2000) *Fallgeschichten Gewalt. Anfänge erkennen, Alternativen entwickeln*, Hannover

HOLDEREGGER, A., (2000) *Das medizinisch assistierte Sterben. Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht. 2. A.*, Freiburg i.U.

HUMPHRY, D., (1992) *Dying with dignity. Understanding euthanasia*, Secaucus, N.J.

INSIEME, (2000) Leitsätze zur Sterilisation, in: *ZVW* 2000, 28 ff.

INSTITUTE FOR BIOETHICS, (1996) *Euthanasia and assisted suicide in the Netherlands and in Europe. Methodology of the ethical debate. Proceedings of a European conference, Maastricht, 10 and 11 June 1994*, Luxembourg

JACOB, W./ZEMER, M., (1995) *Death and euthanasia in Jewish law. Essays and responsa*, Pittsburgh

JEANMONOD, G./GASSER, J., (1998) *La stérilisation légale des malades et infirmes mentaux dans le canton de Vaud, 1928–1985*, Lausanne

JONES, M./MARKS, L. A. B., (1999) *Disability, Divers-ability and Legal Change*, The Hague

JOSET, A., (2000) Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsenziehung, in: *AJP* 2000, 1424 ff.

JOST, Y./SCHWEIZER, M. G., (2000) *Agression und Gewalt von Altersheimbewohnern gegen Pflegende. Diplomarbeit Hochschule für Sozialarbeit*, Bern

JÜRGENS, A., (1993) Gleichstellungsgesetz für Behinderte?, in: *ZRP* 1993, 129 ff.

JÜRGENS, A., (1997a) Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, in: *DVBL* 1997, 410 ff.

JÜRGENS, A., (1997b) Vom Umgang mit Benachteiligungen, in: *DVBL* 1997, 764 ff.

JÜRGENS, G., (1995a) Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Grundgesetzes, in: *ZfSH/SGB* 1995, 383 ff.

JÜRGENS, G., (1995b) Grundrecht für Behinderte, in: *NVwZ* 1995, 452 f.

JÜRGENS, G., (1997c) Sonderschulzuweisung als verbotene Benachteiligung Behinderter (Anmerkung zu BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 30.07.1996), in: *NJW* 1997, 1052 ff.

JÜRGENS, G./RÖMER, V., (1999) Aufnahme von Behinderten in allgemeine Schule, in: *NVwZ* 1999, 847 ff.

KALISCH, I., (1997) *Die Entwicklung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht. Grundlagen, Analyse und exemplarische Anwendung auf Gesetze im Rentenrecht*, Diss. Bremen

KEOWN, J., (1995) *Euthanasia examined. Ethical, clinical and legal perspectives*, New York

KLEIN, C., (2001) Handicap: Nouveaux instruments juridiques, in: *plädoyer* 2001, 56 ff.

KNEIHS, B., (1998) *Grundrechte und Sterbehilfe*, Wien

KRONIG, W./BLESS, G., (1996) Integration in die Regelschule: Wie wirksam ist die heilpädagogische Betreuung?, in: *Schweizer Schule* 1996, 26 ff.

KUTZER, K., (2001) Sterbehilfeproblematik in Deutschland: Rechtsprechung und Folgen für die klinische Praxis, in: *MedR* 2001, 77 ff.

LEHNERT, J., (2000) *Die Anwendung des Benachteiligungsverbots auf das Schulrecht der Länder unter besonderer Berücksichtigung eines Anspruchs Behinderter auf Regelbeschulung*, Frankfurt a.M.

LEPOFSKY, M. D., (1997) A report card on the Charter's guarantee of equality to persons with disabilities after 10 years – what progress? what prospects?, in: *National Journal of Constitutional Law* 1997, 263 ff.

LEPOFSKY, M. D., (1998) The Charter's guarantee of equality to people with disabilities – how well is it working?, in: *Windsor Yearbook of Access to Justice Annual* 1998, 155 ff.

LOENEN, T./RODRIGUES, P. R., (1999) *Non-discrimination law: comparative perspectives*, The Hague/Boston/Cambridge

LUGINBÜHL, B., (2000) Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 99 ff.

MARTIN, P. A., (1931) *La procréation et la stérilisation au point de vue du droit naturel*, Diss. Freiburg i.U.

MATTHESIUS, R.-G./JOCHHEIM, K.-A., *ET AL.*, (1995) *ICIDH – International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap*, Berlin/Wiesbaden

MCCARTHY, M. A./RADBORD, J. L., (1999) Foundations for 15(1): Equality Rights in Canada, in: *Mich. J. Gender & L.* 1999, 261 ff.

MCKENNA, I. B., (1997/8) Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?, in: *Ottawa Law Review* 1997/8, 153 ff.

MEHRHOF, W., (1992) *Kinder mit Behinderungen im Kindergarten*, Luzern

METTNER, M., (2000) *Wie menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, Zürich

MILDT, D. D., (1996) *In the name of the people. Perpetrators of genocide in the reflection of their post-war prosecution in West Germany. The 'Euthanasia' and 'Aktion Reinhard' trial cases*, The Hague/Boston

MOMMSEN, T., (1934) *Sterilisation und Kastration als Rechtsprobleme*, Zeulenroda

MORENO, J. D., (1995) *Arguing euthanasia. The controversy over mercy killing, assisted suicide, and the „right to die"*, New York

MULHOLLAND, K. C., (1991) Protecting the right to die: the Patient Self-Determination Act of 1990, in: *Harvard Journal on Legislation* 1991, 609 ff.

MÜLLER, J. P., (1998) Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse?*, Bern, 1 ff.

MÜLLER, J. P., (1999) *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A.*, Bern

MÜLLER, J. P., (2000) Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung*. (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 103 ff.

MÜLLER, S., (1996) *Die persönliche Fürsorge für unmündige Bevormundete*, Diss. Freiburg i.U.

MURER, E., (1995) Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: *SZS* 1995, 184 ff.

MURER, E., (1998) Ein „Bundesgesetz über die Gleichstellung von Personen mit Behinderungen im Erwerbsleben" als Ergänzung zur Invalidenversicherung? in: *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse ?*, Bern, 17 ff.

MURER, E., (2000) Die verfassungskonforme Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen und das «Giesskannenprinzip»: ein ungelöster Konflikt in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz* (Eds. Metzler, M. und Fuhrer, S.), Basel, 321 ff.

NÄGELI, M., (1984) *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Diss. Zürich

NEUER-MIEBACH, T./KREBS, H., (1987) *Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung – notwendig, möglich, erlaubt?*, Marburg

NORDENFELT, L., (1997) The importance of a disability/handicap distinction, in: *J-Med-Philos* 1997, 607 ff.

NOWAK, M., (1993) *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary*, Kehl am Rhein/Arlington

NUSSBAUM, A., (1999) *The right to die. Die rechtliche Problematik der Sterbehilfe in den USA und ihre Bedeutung für die Reformdiskussion in Deutschland*, Augsburg

PETERS, Y., (1993) The Constitution and the disabled. Perspectives on Disability, in: *Health Law Review* 1993, 17 ff.

QUINN, G./MCDONAGH, M., *ET AL.*, (1993) *Disability discrimination law in the United States, Australia, and Canada*, Dublin

RATING, S., (1993) *Mittelbare Diskriminierung der Frauen im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht. Richterrecht des EuGH und die Voraussetzungen seiner Rezeption am Beispiel Spaniens und der Bundesrepublik*, Diss. Berlin

REFAEIL, N./SIEGWART, K., (1997) Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht in: *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht. Ausgewählte Fragen*, Bern/Zürich, 5 ff.

REHBERG, J., (1994) Arzt und Strafrecht in: *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, 303 ff.

REUSSER, K., (1994) *Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung*, Diss. Zürich

RIOUX, M. H./FRAZEE, C. L., (1999) The Canadian Framework for Disability Equality Rights in: *Disability, Divers-Ability and Legal Change* (Eds. Jones, M. und Marks, L. A. B.), The Hague/Boston/London, 171 ff.

ROBERTSON, G. B., (1994) *Mental disability and the law in Canada*, Scarborough

ROBERTSON, J. A., (1991) Cruzan and the constitutional status of nontreatment decisions for incompetent patients, in: *Georgia Law Review* 1991, 139 ff.

ROTHWELL, J. C., (1990) Euthanasia, in: *Journal of Family Law* 1990, 336 ff.

SACHS, M., (1997) OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.11.1996, Sonderschule und Benachteiligung von Behinderten, in: *JUS* 1997, 748 f.

SACHS, M., (1998) BVerfG, Beschluss vom 08.10.1997; Verbot der Benachteiligung Behinderter, in: *JUS* 1998, 553 ff.

SACHS, M., (1999) BerlVerfGH, Beschluss vom 18.06.1998; Gleichstellung Behinderter und Nichtbehinderter, in: *JUS* 1999, 813 f.

SALADIN, P., (1989) Grundrechte und Vormundschaft. Historische und dogmatische Überlegungen, in: *ZVW* 1989, 1 ff.

SCHÄR, A./PARMENTIER, U., (1996) *Integration – Keine Frage! Behinderte und nichtbehinderte Kinder gemeinsam schulen*, Luzern

SCHERER, J. M./SIMON, R. J., (1999) *Euthanasia and the right to die. A comparative view*, Lanham

SCHÖLLHAMMER, L., (1992) *Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht*, Diss. Mainz

SCHRAMM, E., (1998) Über die Beleidigung von behinderten Menschen in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* (Eds. Eser, A./Schittenhelm, U. und Schumann, H.), München, 539 ff.

SCHÜRER, C., (1997) Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: *AJP* 1997, 3 ff.

SCHWEHM, T., (1995) *Deutsches, amerikanisches, kanadisches und australisches Behindertenrecht*, Bonn

SCHWEIZ. KONFERENZ DER KANTONALEN ERZIEHUNGSDIREKTOREN, (1994) *Heilpädagogische Früherziehung in der Schweiz, Situation, Perspektiven, Empfehlungen, 2. A.*, Luzern

SIEGEL, M. C., (1998) Lethal Pity: The Oregon Death with Dignity Act. Its Implications for the DisablEd. and the Struggle for Equality in an Able-Bodied World Law and Inequality, in: *Law and Inequality* 1998, 259 ff.

SOCIAL, HEALTH AND FAMILY AFFAIRS COMMITTEE, (1999) *Report: Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying. Doc. 8421*, Strassburg

SPRANGE, T., (1999) Der rechtliche Schutz des von Behinderung Bedrohten, in: *br* 1999, 137 ff.

STERN, K., (1994) Competence to refuse life-sustaining medical treatment, in: *Law Quarterly Review* 1994, 541 ff.

STURNY-BOSSHART, G., (1995) *Schweizer Schulen – Schulen für alle?*, Luzern

SULMASY, D. P., (1998) Killing and Allowing to Die: Another Look, in: *Journal of Law, Medicine & Ethics* 1998, 55 ff.

SZEMERÉDY, J., (2000) Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem im Lichte der revidierten Bundesverfassung in: *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung* (Eds. Gächter, T. und Bertschi, M.), Zürich, 33 ff.

TESTA, N., (1998) Sentenced to Life? An Analysis of the United States Supreme Court's Decision in Washington v. Glucksberg, in: *Nova Law Review* 1998, 821 ff.

THOMASMA, D. C./KIMBROUGH-KUSHNER, T., *ET AL.*, (1998) *Asking to Die. Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, Dordrecht

THURIAUX, M. C., (1995) The ICIDH: evolution, status, and prospects., in: *Disabil-Rehabil.* 1995, 112 ff.

TRICHE, C. W./TRICHE, D. S., (1975) *The euthanasia controversy, 1812–1974. A bibliography with select annotations*, Troy

TROMBLEY, S., (1988) *The right to reproduce. A history of coercive sterilization*, London

TSCHANNEN, P., (2000) Die Auslegung der neuen Bundesverfassung in: *Die neue Bundesverfassung.* (Ed. Zimmerli, U.), Bern, 223 ff.

TSCHANNEN, P./KIENER, R., (1996) Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr, in: *AJP* 1996, 403 ff.

TUCKER, B. P., (1998) *Federal disability law in a nutshell*, St. Paul

VILLIGER, M. E., (1999) *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). 2. A.*, Zürich

VON KÜHLMANN, A., (1990) *Sterbehilfe. Eine Studie geltenden Rechtes in Deutschland, Oesterreich, der Schweiz und den Niederlanden*, Diss. München

WACHTLER, S., (1991) The patient's right to decline medical treatment: the New York view, in: *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1991, 9 ff.

WADDINGTON, L., (1999) The European Community's Response to Disability in: *Disability, Divers-Ability and Legal Change* (Eds. Jones, M. und Marks, L. A. B.), The Hague/Boston/London, 139 ff.

WEED. V., (1992) Constitutional law – right to die – judicial approval unnecessary for family to make decisions regarding removal of artificial nutrition and hydration from a never-competent patient in persistent vegetative state., in: *Cumberland Law Review* 1992, 841 ff.

WHITTLE, R., (1998) Disability discrimination and the Amsterdam Treaty, in: *European Law Review* 1998, 64 ff.

WHO, (1999) *ICIDH-2: International Classification of Functioning and Disability. Beta-2 draft, Full Version*, Genf

WIENAND, M., (1992) Niemand darf wegen seiner Behinderung beeinträchtigt werden, in: *Blätter der Wohlfahrtspflege* 1992, 200 ff.

WRIGHT, R. G., (1999) Persons with disabilities and the meaning of constitutional equal protection, in: *Ohio State Law Journal* 60, 145 ff.

WUNDER, M., (1988) Die Sterilisation Behinderter und der Schatten der Geschichte, in: *KJ* 1988, 309 ff.

ZDENKOWSKI, G., (1997) The International Covenant on Civil and Political Rights and euthanasia, in: *University of New South Wales Law Journal* 1997, 170 ff.

ZIEGLER, B., (1999) Abtreibungs- und Sterilisationspolitik im Banne der Eugenik in Bern, in: *Itinera* 1999, 240 ff.

ZIMMERLI, U., (2000) *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft. Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP 1999*, Bern

ZIMMERMANN, M., (1997) *Geburtshilfe als Sterbehilfe? Zur Behandlungsentscheidung bei schwerstgeschädigten Neugeborenen und Frühgeborenen. Medizinisch-empirische, juristische, sozialpsychologische und philoso-*

phische Grundlagen, ethische Beurteilung und Folgerungen, unter besonderer Berücksichtigung der Infantizidthesen von Peter Singer und Helga Kuhse, Diss. Heidelberg