

# Behindertendiskriminierungsverbot- eine kritische Standortbestimmung

## Verfassungsrechtliche Vorgaben

### Allgemeines

Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999<sup>1</sup> sieht in Art. 8 Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot aufgrund besonderer persönlicher Merkmale, insbesondere einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung vor<sup>2</sup>. Das Behindertendiskriminierungsverbot stellt ein Novum dar. Die früheren Bundesverfassungen von 1848 und 1874 enthielten kein Behindertendiskriminierungsverbot. Das persönliche Merkmal einer Behinderung konnte bis zum Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 lediglich im Zusammenhang mit dem allgemeinen verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot geltend gemacht werden. Das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot stellt ein verfassungsmässiges Grundrecht mit Abwehrfunktion dar. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet sowohl eine direkte als auch eine indirekte Diskriminierung aufgrund des persönlichen Merkmals einer Behinderung.

Das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot wird ergänzt durch ein Egalisierungsgebot. Gemäss Art. 8 Abs. 4 BV ist der Gesetzgeber des Bundes und der Kantone verpflichtet, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligung der behinderten Personen vorzusehen. Das Egalisierungsgebot wird durch weitere Verfassungsbestimmungen konkretisiert. So haben die Kantone gemäss Art. 62 Abs. 3 BV für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderter Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen. Der Bundesgesetzgeber ist im Zusammenhang mit der Wohnbau- und Wohneigentumsförderung verpflichtet, die Interessen von behinderten Personen zu berücksichtigen<sup>3</sup>. Art. 112c Abs. 1 BV verpflichtet die Kantone, die Hilfe und Pflege von behinderten Personen zu Hause sicherzustellen. Gleichzeitig ist der Bund gehalten, gesamtschweizerische Bestrebungen zugunsten von behinderten Personen zu unterstützen<sup>4</sup>. Sowohl der allgemeine Legalisierungsauftrag gemäss Art. 8 Abs. 4 BV als auch die spezifischen Gesetzgebungsaufträge statuieren keine Individualrechte bzw. Leistungsrechte.

Diese verfassungsrechtlichen Verpflichtungen werden durch zahlreiche Gesetze und Verordnungen des Bundes und der Kantone konkretisiert. Von besonderer Bedeutung ist das Bundesgesetz

---

<sup>1</sup> SR 101.

<sup>2</sup> Statt vieler WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 108 Abs. 4 BV.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 112c Abs. 2 BV.

über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002<sup>5</sup>, welches am 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist. Die nationale Behindertengesetzgebung der Schweiz wird ergänzt durch diverse staatsvertragliche Regelungen, welche sich mit dem Rechten von Menschen mit Behinderungen befassen. In diesem Zusammenhang ist einerseits auf Art. 14 EMRK<sup>6</sup> und andererseits das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK) vom 13. Dezember 2006<sup>7</sup>, welche für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten ist, hinzuweisen.

### Verhältnis zwischen dem Behindertendiskriminierungsverbot und anderen Normen mit Bezug auf behinderte Menschen

Das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot verpflichtet sowohl den Gesetzgeber des Bundes als auch den Gesetzgeber der Kantone. Art. 190 BV relativiert die Verpflichtung zur Einhaltung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbotes insoweit, als das Bundesgericht an Bundesgesetze gebunden ist, auch wenn diese einen verfassungswidrigen Inhalt aufweisen. Das Bundesgericht ist im Zusammenhang mit der direkten oder vorfrageweisen Überprüfung von unklaren Bestimmungen in Bundesgesetzen berechtigt, gegebenenfalls eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen.

Das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot ist demgegenüber für den kantonalen Gesetzgeber verbindlich. Das Bundesgericht kann deshalb das kantonale Recht auf seine Verfassungsmässigkeit hin überprüfen und Vorschriften, welche einem diskriminierenden Inhalt aufweisen, als unzulässig bezeichnen. Die Kantone verfügen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings im Zusammenhang mit behinderungsspezifischen Regelungen über einen grossen Gestaltungsspielraum<sup>8</sup>.

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den verfassungsmässigen Grundsätzen und dem Behindertengleichstellungsgesetz vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass die Verpflichtung des Bundes gemäss Art. 8 Abs. 4 BV durch das Behindertengleichstellungsgesetz erfüllt worden ist. Sowohl der Behinderungs- als auch der Benachteiligungsbegriff des Behindertengleichstellungsgesetzes konkretisieren zudem das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot. Das Bundesgericht hat jedoch darauf hingewiesen, dass die gesetzlichen Bestimmungen «in der Regel» nicht über die verfassungsrechtlichen Grundsätze hinausgehen<sup>9</sup>. Eine vollständige Umsetzung der verfassungsmässigen Vorgaben wird bei Art. 20 BehiG, welche sich mit der Einschulung der behinderten Kinder befasst, angenommen. Die gesetzliche Regelung gilt gemäss der Auffassung des Bundesgerichts nicht über die verfassungsmässigen Verpflichtungen hinaus<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> SR 151.3.

<sup>6</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (SR 0.101).

<sup>7</sup> SR 0.109.

<sup>8</sup> Siehe BGE 141 I 9 E.3.3, 138 I 162 E.3.2 und 130 I 352 E. 3.2 sowie Urteil Bundesgericht 2C\_405/2016 vom 9. Januar 2017 E. 2.5.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 138 I 162 E. 3.1 und Urteil Bundesgericht 2C\_974/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4.

<sup>10</sup> Siehe BGE 141 I 9 E. 3.2 und Urteil Bundesgericht 2C\_405/2016 vom 9. Januar 2017 E. 2.4.

Inwieweit die Vorschriften des Behinderten Gleichstellungsgesetzes über die verfassungsmässigen Verpflichtungen hinausgehen oder diese nicht vollständig umsetzen, ist im Übrigen von der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Immerhin hat das Bundesgericht festgehalten, dass Art. 8 Abs. 2 BV unmittelbar zur Anwendung kommt, auch wenn das Behindertengleichstellungsgesetzes anwendbar ist<sup>11</sup>. Im Entscheid 5P.97/2006<sup>12</sup> hat das Bundesgericht die Zulässigkeit der Verweigerung einer Spitalzusatzversicherung gegenüber einem querschnittgelähmten Versicherten aber nur unter dem Gesichtspunkt des Behindertengleichstellungsgesetzes, nicht aber auch (subsidiär) des verfassungsmässigen Behindertendiskriminierungsverbotes überprüft<sup>13</sup>.

Die staatsvertraglichen Verpflichtungen stellen in der Regel bloss Gesetzgebungsaufträge an den nationalen Gesetzgeber dar. Eigentliche Menschenrechte werden lediglich ausnahmsweise vorgesehen. Einen individuell durchsetzbaren Grundrechtsanspruch statuiert beispielsweise Art. 14 EMRK. Bei dem besagten staatsvertraglichen Behindertendiskriminierungsverbot handelt es sich allerdings um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, da es lediglich im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Verletzung von anderen Menschenrechtsgarantien der EMRK als verletzt gerügt werden kann<sup>14</sup>. Mit Bezug auf die Behindertenrechtskonvention der UNO vertritt die Lehre mitunter die Auffassung, dass gewisse Vorschriften des Übereinkommens einen individuellen Anspruchsgehalt aufweisen bzw. die staatsvertragliche Norm direkt anwendbar (self-executing) ist<sup>15</sup>. Nicht direkt anwendbar ist beispielsweise Art. 29 Abs. 1 lit. a KRK<sup>16</sup>.

Das Bundesgericht geht mit Bezug auf vereinzelte staatsvertragliche Umsetzungsverpflichtungen der Behindertenrechtskonvention davon aus, dass diese mittlerweile vom Gesetzgeber vollständig umgesetzt worden sind. So setzen beispielsweise die Art. 16 und 17 IVB die staatsvertragliche Verpflichtungen gemäss Art. 24 Abs. 5 der Behindertenrechtskonvention vollständig um<sup>17</sup>. Die Organisationen der Behindertenhilfe vertreten die Auffassung, dass wesentliche Verpflichtungen der Behindertenrechtskonvention noch nicht vollständig umgesetzt worden sind, während der Staatenbericht des Bundesrates von einer weitgehenden Umsetzung ausgeht<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 2C\_974/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4.

<sup>12</sup> Siehe dazu PÄRLI KURT, Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, in: HAVE 2007, S. S. 46 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006 E. 4.

<sup>14</sup> Das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK verbietet Unterscheidungen aufgrund bestimmter Merkmale bei der Umsetzung von in der EMRK garantierten Rechten und Freiheiten. Es kann immer schon dann angerufen werden, wenn der umstrittene Sachverhalt in den Schutzbereich einer konventionsrechtlichen Garantie fällt; deren Verletzung ist nicht erforderlich (vgl. BGE 139 I 155 E. 4.3). Dabei bedeutet nicht jede unterschiedliche Behandlung bereits eine Diskriminierung; eine solche liegt nur vor, wenn aufgrund eines verpönten Kriteriums (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, nationale oder soziale Herkunft usw.) vergleichbare Situationen unterschiedlich behandelt werden, ohne dass sich dies objektiv und sachlich rechtfertigen lässt (vgl. BGE 140 V 385 E. 5.2).

<sup>15</sup> Siehe dazu KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÜRIG, et al., Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz. Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI / Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, Bern 2008.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 136 I 297 E. 8.1 und Urteil Bundesgericht 9C\_6/2017 vom 17. Februar 2017 E. 3.2.1.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 142 V 523 E. 4.1.

<sup>18</sup> Siehe dazu Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 61 ff., und HANDICAP INCLUSION, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2017, S. 8 ff., und HANDICAP INCLUSION, Behindertenpolitik im Lichte der UNO-BRK, Bestandesaufnahme und mögliche Ansätze aus Sicht der Menschen mit Behinderungen und ihren Organisationen,

# Bedeutung des verfassungsmässigen Behindertendiskriminierungsverbotes

## Persönlicher Geltungsbereich

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ist die Diskriminierung eines Menschen wegen seiner körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderungen<sup>19</sup> unzulässig. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind als behinderte Personen solche Menschen zu qualifizieren, die in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt sind und für welche die Beeinträchtigung je nach ihrer Form schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat<sup>20</sup>. Wie bereits erwähnt ist das Bundesgericht der Meinung, dass der Behindertenbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1 BehiG mit dem verfassungsmässigen Begriff übereinstimmt.

Hinsichtlich des Kriteriums der dauerhaften Beeinträchtigung ist davon auszugehen, dass dauerhafte nicht bedeutet, dass die Beeinträchtigung «für immer» bestehen muss<sup>21</sup>. Von einer dauerhaften Beeinträchtigung kann aber nur ausgegangen werden, wenn diese hinreichend lang besteht bzw. bestehen bleiben wird. Nicht als dauerhaft qualifiziert hat das Bundesgericht eine Krankheit, die im dritten Jahr stabilisiert und geheilt werden konnte<sup>22</sup>. Eine Invalidität bzw. rentenbegründende Erwerbsunfähigkeit stellt demgegenüber eine dauerhafte Beeinträchtigung aufgrund einer Behinderung dar<sup>23</sup>. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb das Bundesgericht im Entscheid 138 I 265 die Verpflichtung von pflegebedürftigen Personen, welche das 65. Altersjahr vollendet haben, sich im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit an den Pflegekosten zu beteiligen, lediglich unter dem Aspekt einer unzulässigen Alters- bzw. Geschlechterdiskriminierung, nicht aber einer Behindertendiskriminierung überprüft hat<sup>24</sup>.

## Sachlicher Geltungsbereich

### Diskriminierung als qualifizierte Ungleichbehandlung

Art. 8 Abs. 2 BV untersagt eine Diskriminierung. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen. Der Schutz der

---

Bern 2016 (<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/uebereinkommen-der-uno-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinde/staatenbericht.html> - abgerufen am 27.12.2021).

<sup>19</sup> Du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique / Menomazioni fisiche, mentali o psichiche.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 6.4.

<sup>21</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 6.4.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 6.4.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 1P.760/2006 vom 7. Juni 2000 7 E. 3.3.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 138 I 265 E. 4-6.

Verfassungsbestimmung fällt allgemein in Betracht, wenn eine mehr oder weniger bestimmbare Gruppe von gesellschaftlicher Herabwürdigung und Abwertung oder Ausgrenzung nach stereotypen Vorurteilen bedroht ist<sup>25</sup>.

Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schliesst indes die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie beispielsweise die soziale Stellung - nicht absolut aus. Eine solche begründet zunächst lediglich den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Diese kann indes durch eine qualifizierte Rechtfertigung umgestossen werden. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann aber nicht entnommen werden, welche Kriterien eine qualifizierte Rechtfertigung bewirken. Ebenso hat sich das Bundesgericht noch nicht dazu geäussert, ob die qualifizierte Rechtfertigung der «normalen» Rechtfertigung einer Beeinträchtigung eines Grundrechtes gemäss Art. 36 BV entspricht oder hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage, des schützenswerten Interesses oder der Verhältnismässigkeit, insbesondere der Angemessenheit, strengere Anforderungen bestehen.

Gemäss Art. 11 BehiG geht immerhin hervor, dass dem Grundsatz nach die Beseitigung der behinderungsbedingten Ungleichbehandlung vorgeht. Die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte dürfen nur dann die Beseitigung der behinderungsbedingten Ungleichbehandlung unterlassen, wenn der für behinderte Menschen zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht, insbesondere zum wirtschaftlichen Aufwand, zu Interessen des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes oder zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit. Eine wirtschaftliche Unangemessenheit besteht beispielsweise bei der Beseitigung von behinderungsrelevanten baulichen Einschränkungen, wenn der Aufwand für die Anpassung 5 % des Gebäudeversicherungswertes bzw. des Neuwertes der Anlage oder 20 % der Erneuerungskosten übersteigt<sup>26</sup>. Dem zeitlichen Aspekt der Angemessenheit ist dadurch Rechnung zu tragen, dass gegebenenfalls Übergangsfristen vorgesehen werden, insbesondere für Anpassungen im öffentlichen Verkehr<sup>27</sup>.

Das Behindertengleichstellungsgesetz schweigt sich demgegenüber darüber aus, welche Kriterien bei den Massnahmen, welche der Bund und der Kanton im Zusammenhang mit der Gleichstellung der behinderten Menschen zu ergreifen haben, eine qualifizierte Rechtfertigung begründen. Der Bund hat beispielsweise, «alles» daranzusetzen, dass behinderte Menschen gleiche Chancen wie nicht behinderte Menschen haben, eine Bundesanstellung zu erhalten<sup>28</sup> oder Rücksicht auf die besonderen Anliegen der sprach-, hör- oder sehbehinderten Personen im Umgang mit den Behörden zu nehmen<sup>29</sup>. Die Verwendung des Begriffs «alles» sollte sämtliche Massnahmen beinhalten. Die Verwendung des Begriffes «Rücksichtnahme» lässt Interpretationsspielraum offen; Art. 14 Abs. 2 BehiG konkretisiert die Rücksichtnahme ebenfalls vage damit, dass der Zugang zu Dienstleistungen des Staates auf dem Internet ohne «erschwerende Bedingungen» möglich zu sein hat, ohne zu erläutern, was damit gemeint ist.

---

<sup>25</sup> Statt vieler BGE 134 I 257 E. 3.1, 132 I 68 E. 4.1, 129 I 392 E. 3.2.2 sowie Urteil Bundesgericht 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 4.3.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 1 BehiG.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 und Art. 22 BehiG.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 BehiG.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 1 BehiG.

Die Wahrnehmung, ob der Bund seinen Verpflichtungen gemäss dem Behindertendiskriminierungsverbot und dem Egalisierungsgebot vollumfänglich nachkommt, variiert je nach dem Blickwinkel. Die Selbsthilfeorganisationen der behinderten Menschen vertreten die Meinung, dass der Bund und auch die Kantone ihre Verpflichtungen sowohl inhaltlich als auch zeitlich ungenügend erfüllen. Als Beispiel sei die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs, insbesondere des Bahnverkehrs. Das Bundesgericht hat im Entscheid 139 II 289 entgegen der Meinung der Selbsthilfeorganisationen eine Benachteiligung der behinderten Person durch eine stärkere Einschränkung der Platzwahl im Vergleich zu nicht behinderten Personen verneint und zudem erkannt, dass eine Zusammenlegung des Rollstuhlbereichs mit demjenigen des Verpflegungsbereichs keine behinderungsspezifische Ungleichbehandlung bewirkt, weshalb eine Verhältnismässigkeitsprüfung von vornherein nicht vorzunehmen ist<sup>30</sup>.

Widersprüchlich wird sodann die Umsetzung der Gleichstellung im Grundschulunterricht wahrgenommen. Die Kantone sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist<sup>31</sup>. Die Kantone fördern, soweit dies möglich und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule<sup>32</sup>. Es besteht solchermassen bereits aufgrund der gesetzlichen Regelung kein unbedingter Anspruch auf schulische Inklusion. Die Kantone verfügen zudem bei der Umsetzung dieser Grundsätze über einen grossen Gestaltungsspielraum. Der verfassungsrechtliche Anspruch umfasst nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein darüber hinausgehendes Mass an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht eingefordert werden. Der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht gebietet nicht die optimale bzw. geeignetste überhaupt denkbare Schulung von behinderten Kindern<sup>33</sup>. Ebenso betont das Bundesgericht, dass diese separative Sonderschulung für Kinder mit einer Behinderung keineswegs nur negative Aspekte hat. Vielmehr ermöglicht sie, auf die behinderungsbedingten Lern- und Förderbedürfnisse individuell angepasster einzugehen<sup>34</sup>.

### Direkte Diskriminierung

Von einer direkten Diskriminierung ist auszugehen, wenn die gesetzliche Regelung explizit zwischen behinderten und nichtbehinderten Menschen unterscheidet. Eine direkte Diskriminierung liegt beispielsweise vor, wenn nichtbehinderten Personen Privilegien eingeräumt werden, welche behinderten Menschen vorenthalten werden, oder behinderten Menschen Privilegien eingeräumt werden, welche nicht behinderten Personen vorenthalten werden. Die Privilegierung bzw. Benachteiligung ist dann als Diskriminierung zu qualifizieren, wenn die unterschiedliche Behandlung durch den Gesetzgeber nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann.

---

<sup>30</sup> Vgl. E. 2.3 und 4.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 1 BehiG.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 BehiG.

<sup>33</sup> Statt vieler BGE 141 I 9 E. 3.3 und 2C\_405/2016 vom 9. Januar 2017 E. 2.4.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 2C\_154/2017 vom 23. Mai 2017 E. 5.2.

Eine qualifizierte Rechtfertigung liegt beispielsweise mit Bezug auf urteilsunfähig behinderte Menschen vor, die lediglich (entgeltliche) Rechtsgeschäfte abschliessen können, wenn ein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist<sup>35</sup>. Ebenso verlangt die verfassungsmässige Schutzpflicht<sup>36</sup>, dass urteilsunfähige Personen eine angemessene Versorgung erhalten und gegebenenfalls auch gegen ihren Willen (vorübergehend) behandelt werden können<sup>37</sup>. Mit Bezug auf urteilsfähige behinderte Menschen muss demgegenüber einzelfallweise entschieden werden, ob die Privilegierung der nichtbehinderten Personen oder der behinderten Personen qualifiziert gerechtfertigt werden kann. Weniger klar ist demgegenüber, ob die Sterilisation von behinderten Menschen aus der staatsvertraglichen Perspektive zulässig ist<sup>38</sup>. Da im innerstaatlichen Recht ein Bundesgesetz<sup>39</sup> diese medizinische Massnahme erlaubt, ist das Bundesgericht – wie bereits erwähnt – daran gebunden.

Leider existiert in der Schweiz keine Praxis, um die qualifizierte Rechtfertigung hinsichtlich der Privilegierung bzw. Benachteiligung von behinderten Menschen nachzeichnen und diverse Fallgruppen herausarbeiten zu können. Das Bundesgericht hat beispielsweise den Ausschluss geistig behinderter Personen bei der Einbürgerung als diskriminierend qualifiziert, die Angelegenheit hinsichtlich der qualifizierten Rechtfertigung aber an die kantonale Rechtsmittelinstanz zurückgewiesen<sup>40</sup>. Die Praxis zu finanziellen Abgaben ist widersprüchlich. Während der europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Gloor die Regelung betreffend der Militäersatzabgabe als diskriminierend im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK qualifiziert hat<sup>41</sup>, ist das Bundesgericht der Meinung, dass derartige Abgaben für behinderte Personen, deren Behinderung nicht als erheblich eingestuft worden ist, keine Diskriminierung aufgrund der Behinderung darstellt<sup>42</sup>. Der Nachteilsausgleich zugunsten von Schülern bzw. Studierenden mit einer Behinderung ist gemäss dem verfassungsmässigen Behindertendiskriminierungsverbot geboten<sup>43</sup>.

### Indirekte Diskriminierung

Die Rechtsprechung anerkennt sodann, dass Art. 8 Abs. 2 BV auch verletzt sein kann, wenn behinderte Personen indirekt diskriminiert werden. Eine indirekte oder mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre<sup>44</sup>. Gemäss dem Bundesgericht liegt etwa eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn der Gesetzgeber Personen mit Behinderungen keinen Anspruch auf formale Prüfungserleichterungen, die ihren

---

<sup>35</sup> Vgl. Art. 18 ZGB.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 130 I 16 E. 5.2.

<sup>37</sup> Siehe dazu Art. 426 ff. ZGB.

<sup>38</sup> Kritisch etwa LACHWITZ KLAUS, Kommentar zu Art. 25, in: Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus, et al. (Hrsg.), Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, München 2012, S. 254 ff., Rz. 15.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 7 ff. Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1).

<sup>40</sup> Vgl. BGE 139 I 169 E. 8, ferner 135 I 49 E. 6.1 und 1P.760/2006 vom 7. Juni 2007 E. 3.3.

<sup>41</sup> Siehe Urteil EGMR Gloor gegen Schweiz vom 30. April 2009 (13444/04).

<sup>42</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 2C\_396/2012 vom 23. November 2012 E. 4.3.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 147 I 73 E. 6.3.

<sup>44</sup> Zum Ganzen BGE 141 I 241 E. 4.3.2.

individuellen Bedürfnissen angepasst sind, einräumt (sogenannter Nachteilsausgleich)<sup>45</sup>. Der behinderungsspezifische Nachteilsausgleich beinhaltet aber keinen Anspruch auf eine Befreiung von grundlegenden Fähigkeitsanforderungen. So besteht etwa kein Anspruch von Behinderten Personen, dass die Fähigkeitsanforderungen an die Zulassung zum Anwaltsberuf gesenkt werden<sup>46</sup>.

Im Zusammenhang mit indirekten Diskriminierungen von behinderten Menschen ergibt sich aufgrund der verfassungsmässigen Grundsätze regelmässig eine Umsetzungsproblematik. Bewirkt die formell neutrale gesetzliche Regelung eine Benachteiligung von behinderten Menschen, welche gemäss dem Verbot einer indirekten Behindertendiskriminierung unzulässig ist, kann diese Benachteiligung aber nur durch Leistungsansprüche beseitigt werden kann, die sich aber weder aus dem Behinderten Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV abgeleitet werden können<sup>47</sup> noch sich aus dem Legalisierungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 4 BV ergeben<sup>48</sup>, tritt eine Pattsituation ein bzw. besteht Unklarheit darüber, ob ausnahmsweise gleichwohl (gesetzlich nicht vorgesehene) Leistungsansprüche im Rahmen des Nachteilsausgleichs vorzusehen sind.

Bewirkt eine gesetzliche Regelung eine offensichtliche Benachteiligung von behinderten Menschen und kann diese Benachteiligung nur durch einen Leistungsanspruch beseitigt werden, ist ausnahmsweise einen Leistungsanspruch zu bejahen. Das Bundesgericht anerkennt beispielsweise im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Leistungsordnung, dass behinderten Versicherten als Folge einer ansonsten eintretenden faktischen Grundrechtsverletzung gesetzlich nicht vorgesehene Versicherungsansprüche zustehen<sup>49</sup>. Anfänglich wurde die ausnahmsweise Gewährung von sozialversicherungsrechtlichen oder anderen Leistungsansprüchen von der faktischen Verletzung eines verfassungsmässigen Grundrechtes abhängig gemacht. Das Bundesgericht ist in jüngster Zeit dazu übergegangen, auch bei einer Verletzung des Behindertendiskriminierungsverbotes gesetzlich nicht vorgesehene Leistungsansprüche ausnahmsweise zu gewähren.

Dem Verbot der indirekten Diskriminierung wegen körperlicher, geistiger oder psychischer Behinderung wurde etwa im Zusammenhang mit der Übernahme von Kosten für behinderungsbedingt notwendige Assistenzleistungen<sup>50</sup>, für behindertengerechte Wohnungsanpassungen<sup>51</sup> oder der Ermöglichung eines behindertengerechten Schulunterrichts<sup>52</sup> Rechnung getragen. Ebenso wurde die Beschränkung des Anspruchs auf invaliditätsbedingte Abänderungen an Motorfahrzeugen auf volljährige Versicherte als eine alterungsbedingte Diskriminierung behinderter Personen qualifiziert<sup>53</sup>. Auch den Eltern eines behinderten Kindes wurde ein Vergütungsanspruch für die Kosten von Besuchsfahrten in das Spital, wo sich das behinderte Kind aufhielt, gestützt auf Art. 8 EMRK

---

<sup>45</sup> Vgl. Urteil Bundesgericht 2C\_974/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 122 I 130 E. 3.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 135 I 161 E. 2.3.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 130 V 17 E. 3.5.1.2.

<sup>49</sup> Siehe z.B. BGE 113 V 22 E. 4d.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 141 I 9 E. 4.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 134 I 105.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 130 I 352.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/cc.

zugesprochen<sup>54</sup>. Keine faktische Diskriminierung stellt demgegenüber die Nichtabgabe von elektrische und elektronische Kommunikationsgeräte, in casu das "B.A.Bar"Gerät, dar<sup>55</sup>.

## Kritische Bemerkungen

«Die Stärke des Volks misst sich am Wohle der Schwachen.» Diesem Passus aus der Präambel der Bundesverfassung mag keine rechtliche Bedeutung zukommen, gleichwohl verdeutlicht er den Kern der Gerechtigkeitsfrage. Behinderte Menschen zählen regelmässig zu den Schwachen der Gesellschaft und sind deshalb sowohl vom Gesetzgeber als auch von den rechtsanwendenden Behörden «besonders schonend, rücksichtsvoll und in einer Art und Weise zu behandeln, die ihre Würde nicht antastet»<sup>56</sup>. Die Umsetzung dieser ethischen und verfassungsmässigen Schutzverpflichtung des Staates gegenüber behinderten Menschen nimmt die Bundesverfassung mit einem Behindertendiskriminierungsverbot und einem Gleichstellungsauftrag vor. Es ist zu begrüessen, dass seit dem 1. Januar 2000 behinderte Menschen von den staatlichen Behörden nicht mehr diskriminiert werden dürfen und der Staat in seiner Gesamtheit verpflichtet ist, Massnahmen zu ergreifen, um die Gleichstellung der behinderten mit den nichtbehinderten Menschen zu verwirklichen.

Die verfassungsmässigen Grundsätze sind aber nur allgemein gehalten und werden von der Rechtsprechung nicht rigide umgesetzt. Insbesondere die Möglichkeit, eine Diskriminierung von behinderten Menschen rechtfertigen zu können, relativiert den verfassungsmässigen Schutz erheblich, umso mehr als die Bundesverfassung über die Rechtfertigungsgründe schweigt und die Rechtsprechung bis anhin nicht festgestellt hat, welche zwingenden Gründe eine Diskriminierung von behinderten Menschen rechtfertigen soll. Es scheint mit dem Konzept des Diskriminierungsschutzes nur schlecht vereinbar zu sein, wenn Diskriminierungen weiterhin aufrechterhalten werden können. Es wäre deshalb zu begrüessen, wenn das Bundesgericht eine einmal festgestellte Diskriminierung nicht leichtfertig unter Hinweis auf praktische Umsetzungsschwierigkeiten oder finanzielle Folgen rechtfertigt.

Der verfassungsmässige Gleichstellungsbeauftragtrag lässt ebenfalls an Klarheit missen. Der Verfassungsgeber hätte dem Gesetzgeber verbindliche Vorgaben machen müssen, bis wann der Egalisierungsprozess abgeschlossen sein muss. Die zeitliche Unverbindlichkeit trägt letztlich dazu bei, dass überall dort, wo die Umsetzung der faktischen Gleichstellung «Schweiss» oder «Geld» benötigt, auf die Zukunft verschoben wird, in die weitere Zukunft je mehr Arbeit oder finanzielle Mittel aufgewendet werden müssen. Dass der Gesetzgeber von Bund und Kantone vor dem Hintergrund der allgemein gehaltenen verfassungsmässigen Vorgaben die Belange der behinderten Menschen nicht als Teil der Prioritätenordnung versteht, ist nachvollziehbar, aber widerspricht letztlich dem Sinn und Geist des Diskriminierungsverbotes.

---

<sup>54</sup> Vgl. BGE 118 V 206E. 5a-c.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 131 V 9 E. 3.3.

<sup>56</sup> BGE 124 I 40 E. 4b.

Der Bundesgesetzgeber geniesst sodann aufgrund der Bundesverfassung «Narrenfreiheit», als er bewusst das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot missachten kann, ohne irgendwelche Konsequenzen befürchten zu müssen. Es trägt bei dieser Ausgangslage natürlich nicht zu einer besseren Umsetzung der verfassungsmässigen Vorgaben und der staatsvertraglichen Umsetzungsverpflichtungen bei, wenn die Schweiz im Zusammenhang mit der Ratifizierung der Behindertenrechtskonvention der UNO das Fakultativprotokoll, welches eine individuelle Beschwerdemöglichkeit an den Ausschuss zur Umsetzung der UNO-BRK vorsieht, nicht ratifiziert hat. Der Bundesrat hat im Rahmen einer Stellungnahme am 26. Februar 2020<sup>57</sup> zwar darauf hingewiesen, dass eine Ratifikation des Fakultativprotokolls den Stellenwert der Rechte von Menschen mit Behinderungen in der Schweiz unterstreichen würde, die Schweiz aber bislang davon abgesehen habe, dieses Fakultativprotokoll zu ratifizieren, weil die Konsequenzen, welche mit einer Ratifizierung verbunden wären, zur Zeit nicht abgeschätzt werden können. Es entspräche dem von der Verfassung einverlangten Respekt gegenüber den Schwachen der Gesellschaft, diesen alle juristische Möglichkeiten zu eröffnen, um sich gegen eine Diskriminierung aufgrund ihrer Schwachseins wehren zu können.

Das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot ist ein blosses Abwehrrecht. Abwehrrechte sind goldrichtig, wenn staatliche Funktionäre aktiv die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche verletzen, aber untauglich, wenn sie abseits stehen und den Menschen, welche aufgrund ihrer besonderen persönlichen Eigenschaften von den Grundrechten nicht faktisch Gebrauch machen können, keine geeigneten Ausgleichsmöglichkeiten verschaffen. Die Schweiz tut sich sehr schwer damit, aus Grundrechten und Umsetzungsverpflichtungen, welche in Staatsverträgen enthalten sind, individuell durchsetzbare Grundrechte anzuerkennen. Sowohl der Sozialausschuss<sup>58</sup> als auch der Menschenrechtsrat<sup>59</sup> kritisieren den Mangel an justiziablen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in der Schweiz<sup>60</sup>. Diese Kritik sollte nicht in den Bundeshallen verhallen, sondern ernst genommen werden.

Müssen aber den behinderten Menschen verfassungsmässige oder staatsvertragliche Nachteilsausgleichsansprüche umfassend zuerkannt werden, ist das Behindertengleichstellungsgesetz zu revidieren. Dieses ist in sachlicher Hinsicht zu eng gefasst, als nicht alle Lebensbereiche, für welche der Bund zuständig wäre, erwähnt werden, und sodann spezifische Behindertengruppen (psychisch behinderte Menschen, Menschen mit seltenen Behinderungen sowie ältere Menschen mit Behinderungen), die in ihrem Alltag schwerere Diskriminierungslasten vorfinden, keinerlei Erwähnung finden. Schliesslich regelt das derzeitige Behindertengleichstellungsgesetz die Anwendbarkeit des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbotes im privaten Sektor nur rudimentär. Art. 6 verbietet Privaten, welche Dienstleistungen öffentlich anbieten, behinderte Menschen zu diskriminieren. Als Sanktion einer Diskriminierung kann aber nicht die Beseitigung der

---

<sup>57</sup> <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20194424> (abgerufen am 28.12.2021).

<sup>58</sup> Siehe dazu CESCR Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant, 26. November 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3, Ziff. 5.

<sup>59</sup> UN Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/22/11 vom 07.12.2012, Ziff. 124.4.

<sup>60</sup> Vgl. HANDICAP INCLUSION, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2017, S. 107.

Diskriminierungsfolgen geltend gemacht werden. Private Dienstleister, welche öffentlich ihre Dienstleistungen anbieten, können sich loskaufen bzw. mit einer Entschädigung von maximal CHF 5'000 belangt werden. Das geltende Gesetz schweigt sich sodann darüber aus, bis wann der Gleichstellungsprozess abgeschlossen zu sein hat. Immerhin verpflichtete es dazu, innerhalb von 20 Jahren den öffentlichen Verkehr behindertengerecht zu gestalten.

Ob dabei das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot ein «zahnloser Tiger» ist, wie der Autor bei früherer Gelegenheit<sup>61</sup> etwas salopp in den Raum gestellt hat, mag dahingestellt bleiben. Fest steht, dass die Schweiz bislang selber beurteilt, inwieweit sie gegen die Diskriminierung von behinderten Menschen vorgeht. Nach der Meinung des Autors wäre es angezeigt, die Mahnung der Präambel ernster zu nehmen und nicht nur den Diskriminierungsschutz, sondern auch den Gleichstellungsauftrag zeitnah mit konkreten Massnahmen umzusetzen und ein besseres Verständnis dafür zu schaffen, dass Diskriminierungen beseitigt gehören und nicht wegen der Inkonvenienzen ihrer Beseitigung gerechtfertigt werden dürfen.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus

---

<sup>61</sup> Siehe LANDOLT HARDY, Das Behindertendiskriminierungsverbot ist ein zahnloser Tiger, in: Danke, ich esse keine Suppe. Perspektiven der Behindertenarbeit, Zürich 2015, S. 165 ff.