

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

# Glossaire scientifique

---

en l'honneur de Pascal Mahon

Fanny Matthey  
Anne-Sylvie Dupont  
Valérie Défago  
(éditrices)

Collection Neuchâteloise

---

Helbing Lichtenhahn



*Photo Martine Dutruit*

# Behinderten- gleichstellung

[bə'hɪndətəŋglaiç'jtɛlʊŋ] – « Die Stärke des Volks misst sich am Wohle der Schwachen. » 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 ». Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 sieht in Art. 8 Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot aufgrund besonderer persönlicher Merkmale, insbesondere einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung vor. 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. 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. 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 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, 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 und andererseits das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK) vom 13. Dezember 2006, welche

für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten ist, hinzuweisen.

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

Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schliesst indes die Anknüpfung an ein verpöhtes 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. Wie auch immer: Es ist mit dem Konzept des Diskriminierungsschutzes nur schlecht vereinbar, wenn Diskriminierungen gerechtfertigt werden können. Es wäre deshalb zu begrüssen, wenn das Bundesgericht eine einmal festgestellte Diskriminierung nicht leichtfertig unter Hinweis auf praktische Umsetzungsschwierigkeiten oder finanzielle Folgen rechtfertigt.

Der verfassungsmässige Gleichstellungsauftrag 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.

Der Bundesgesetzgeber geniesst sodann aufgrund der Art. 190 BV « 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 (UNO-BRK) 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 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 Behinderten-diskriminierungsverbot 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 als auch der Menschenrechtsrat kritisieren den Mangel an justiziablen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in der Schweiz. 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 Behinderten-gruppen (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 BehiG verbietet Privaten, welche Dienstleistungen öffentlich anbieten, behinderte Menschen zu diskriminieren. Als Sanktion einer Diskriminierung kann aber nicht die Beseitigung der Diskriminierungs-folgen geltend gemacht wer-

den. Private Dienstleister, welche öffentlich ihre Dienstleistungen anbieten, können sich loskaufen bzw. mit einer Entschädigung von maximal CHF 5'000 belohnt 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 behinderten-gerecht zu gestalten.

Ob dabei das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot ein « zahnloser Tiger » ist, wie der Autor bei früherer Gelegenheit 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 ernst 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 toleriert werden. Zudem sind die staatsvertraglichen Verpflichtungen zeitnah umzusetzen.

**Hardy Landolt**

*Literaturhinweise – Landolt Hardy, Das Behindertendiskriminierungsverbot ist ein zahnloser Tiger, in : Danke, ich esse keine Suppe. Perspektiven der Behindertenarbeit, Zürich, 2015, S. 165 ff.*

## Bilatérales III

---

**[bilatéral]** – Les relations entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sont régies par un édifice d'accords internationaux relativement complexe. Sur la base de l'Accord de libre-échange de 1972 et suite à l'échec de l'Espace économique européen (EEE) en 1992, les relations entre la Suisse et l'UE sont basées sur une approche dite bilatérale et sectorielle : différents accords dits « bilatéraux » (« Bilatérales I » et « Bilatérales II ») règlent des questions ou domaines spécifiques. S'y ajoute une multitude d'accords spécifiques.

Certains de ces accords prévoient une participation à certaines parties du marché intérieur et, partant, une intégration partielle de la Suisse dans l'acquis correspondant de l'Union européenne, tout en recourant – d'un point de vue institutionnel – à des mécanismes de droit international « classique ».

C'est suite à ce constat que l'UE insiste depuis 2008 sur les questions dites institutionnelles (dont la réponse est par ailleurs aussi dans l'intérêt de la Suisse). Il s'agit essentiellement de quatre domaines : développement du droit, interprétation des accords, surveillance et règlement des différends.

En 2014, la Suisse et l'UE se sont alors mis d'accord – chaque partie ayant décidé d'un mandat de négociation – de négocier sur ces questions en vue d'un accord-cadre / d'un accord institutionnel. Ces négociations ont conduit fin