



Basler Initiativen zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

Kurzbeurteilung der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

Prof.em. Walter Kälin

Bern, 30. November 2015

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3012 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	4
I. Auftrag.....	5
II. Vorbemerkungen.....	6
1. Gültigkeit kantonaler Verfassungsinitiativen.....	6
2. Relevantes übergeordnetes Recht.....	7
III. Zugang zu allen Lebensbereiche	8
1. Aufzählung aller Lebensbereiche?	8
2. Gleicher Zugang?.....	9
IV. Gehörlosenspezifische Verweise	10
V. Förderungsartikel	11
VI. Schlussfolgerungen.....	13
Literaturverzeichnis.....	14
Anhäng.....	15
Initiativtext-Varianten.....	15

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Anm.	Anmerkung
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BRK	Behindertenrechtskonvention (Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
E.	Erwägung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
KV	Kantonsverfassung
Rz.	Randziffer.
S.	Seite
SMRK	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts

I. AUFTRAG

Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) ist vom Schweizerischen Gehörlosenbund SGB-FSS beauftragt worden, Vorschläge für geplante Verfassungsinitiativen zu beurteilen, mit welchen die Kantonsverfassungen von Basel-Stadt und Basel-Landschaft mit einem Artikel zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen ergänzt werden, der in den Grundrechtskatalog der beiden Verfassungen eingefügt werden soll.

Dabei sind gemäss Auftrag folgende Fragen zu beantworten:

„Fragestellung 1: Aufzählen der Lebensbereiche

Behinderte haben das Recht auf (gleichen) Zugang zu allen Lebensbereichen insbesondere zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen.

- Ist das Aufzählen der Lebensbereiche überhaupt nötig resp. sinnvoll?
- Kann oder soll auf den „gleichen“ Zugang verzichtet werden?

Fragestellung 2: Gehörlosenspezifischer Verweis

Menschen mit Behinderung haben gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität, ein-schliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen. (analog UNO-BRK Art. 30 Abs.4)

- Ist durch die spezielle Situation der Gehörlosen (= ihrer kulturellen und sprachlichen Identität) ein gehörlosen-spezifischer Verweis, bzw. eine scheinbare Ungleichbehandlung, gerechtfertigt?
- Welche Formulierung des Initiativtextes ist am besten geeignet, damit der speziellen Situation der Gehörlosen Rechnung getragen wird (in Anlehnung an UNO-BRK Art. 30 Abs. 4)
- Widerspricht ein Gewährleistungsartikel mit einem entsprechenden Artikel der Bundesverfassung (z.B. Art. 4 BV Landessprachen)?
- Kann ausgeschlossen werden, dass eine entsprechende Formulierung in einer Kantonalen Verfassung als bundesverfassungswidrig angesehen wird?

Fragestellung 3: Förderungsartikel

Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung (analog UNO-BRK) von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.

- Widerspricht ein Förderartikel mit einer entsprechenden Formulierung aus UNO-BRK der Bundesverfassung?
- Kann ausgeschlossen werden, dass eine entsprechende Formulierung in einer Kantonalen Verfassung als bundesverfassungswidrig angesehen wird?“

Die folgenden Ausführungen beantworten diese Fragen aus primär *rechtlicher* Sicht.

II. VORBEMERKUNGEN

1. Gültigkeit kantonaler Verfassungsinitiativen

Laut § 48 Abs. 2 Kantonsverfassung (KV) Basel-Stadt sind Initiativen

„ganz oder teilweise ungültig, wenn sie:

a. gegen übergeordnetes Recht verstossen;

b. undurchführbar sind;

c. die Einheit der Materie nicht wahren.“

Im Kanton Basel-Landschaft erklärt der Landrat *„unmögliche oder offensichtlich rechtswidrige Volksbegehren für ungültig“* (§ 29 Abs. 1 Kantonsverfassung).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind in weitgehender Übereinstimmung mit diesen Regelungen bei der Prüfung der Gültigkeit kantonaler Initiativen folgende Anforderungen relevant: (1.) Einheit der Form; (2.) Einheit der Materie; (3.) Durchführbarkeit; und (4.) Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht.¹

Bei den uns vorliegenden Vorschlägen stellt sich kein Problem der Einheit der Form, da es sich durchwegs um formulierte Initiativtexte handelt und sie nicht mit allgemeinen Anregungen vermischt werden.

Ebenfalls unproblematisch ist die Einheit der Materie. Dieses Kriterium verlangt, dass zwischen den verschiedenen Elementen eines Initiativtextes ein hinreichender sachlicher Zusammenhang besteht, die Initiative mit anderen Worten ein einheitliches Ziel verfolgt.² Dies ist vorliegend erfüllt, da sich in allen Varianten des Initiativtextes alle Elemente auf das Thema der Rechtstellung von Menschen mit Behinderungen beziehen und ihre Gleichstellung zum Ziel haben.

Probleme der Durchführbarkeit sind ebenfalls nicht ersichtlich, namentlich weil in allen Varianten in Abs. 1 der Vorbehalt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit gemacht wird.

Die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht ist bei den einzelnen zu behandelnden Fragen zu untersuchen. Dabei wird die Beantwortung zum Teil davon abhängen, welchen Sinn man den vorgeschlagenen Texten beimisst. Hier gilt es zu beachten, dass gemäss dem Grundsatz *„in dubio pro populo“* von verschiedenen möglichen Auslegungsvarianten jene zu wählen ist, „die einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und andererseits mit dem übergeordneten Recht am ehesten vereinbar ist“. Initiativen sind deshalb als gültig zu erklären, wenn sie nicht *klarerweise* unzulässig sind.³

¹ Siehe PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2011, S.654 ff mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

² Ders., S. 680 f mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

³ Ders., S. 654, Rz. 23 mit Hinweis auf BGE 134 I 172 E. 2.1 S. 177 und BGE 121 I 334 E. 2c S. 338 f.).

2. Relevantes übergeordnetes Recht

Für die Beurteilung der vorgeschlagenen Initiativtexte relevant sind insbesondere folgende Bestimmungen des eidgenössischen und internationalen Rechts, welche sich explizit mit dem Thema Behinderung befassen:

- *Art. 8 Abs. 2 BV* bestimmt, dass niemand „wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“ diskriminiert, d.h. nur deshalb schlechter gestellt oder ausgegrenzt werden darf, weil er oder sie eine Behinderung aufweist (sog. direkte Diskriminierung). Verboten ist es auch, Menschen mit und ohne Behinderungen gleich zu behandeln, d.h. Differenzierungen zu unterlassen, wo sich dies ausschliesslich oder ganz überwiegend auf Personen mit Behinderungen negativ auswirkt (sog. indirekte Diskriminierung). Keine Diskriminierung liegt vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung bzw. (bei der indirekten Diskriminierung) der Verzicht darauf auf ernsthaften und triftigen Gründen beruht und verhältnismässig, d.h. geeignet, notwendig und der betroffenen Person zumutbar ist.⁴ Das Diskriminierungsverbot wendet sich sowohl an Gesetzgeber als auch an Verwaltungsbehörden und Gerichte als Rechtsanwender auf allen Stufen des schweizerischen Staatswesens.
- Laut *Art. 8 Abs. 4 BV* sieht das Gesetz „Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.“ Diese Bestimmung verankert keine Rechtsansprüche von Menschen mit Behinderungen sondern wendet sich an den Gesetzgeber. Dieser muss auf allen Stufen des Staatswesens, d.h. im jeweiligen Zuständigkeitsbereich auch auf Gemeinde- und Kantonebene tätig werden.⁵ Der Gesetzgebungsauftrag erstreckt sich auf alle Lebens- und Sachbereiche.⁶ Dabei macht die Bundesverfassung inhaltlich allerdings keine Vorgaben, was genau wie zu regeln ist. In der Literatur umstritten ist, ob der Begriff „Beseitigung von Benachteiligungen“ mit jenem der Gleichstellung identisch ist oder weniger weit geht.⁷
- Auf Bundesebene ist der Gesetzgebungsauftrag in erster Linie im *Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen* (BehiG) umgesetzt worden. Laut Art. 1 bezweckt das Gesetz, „Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind“ und bessere Rahmenbedingungen zu schaffen, „die es Menschen mit Behinderungen erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen und insbesondere selbstständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben.“ Es regelt in erster Linie den physischen Zugang zu bestimmten Kategorien von Bauten, Anlagen, Wohnungen oder Einrichtungen und Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs und verbietet Benachteiligungen bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildungsangeboten sowie beim Zugang zu Dienst-

⁴ Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2013, S. 235 f und S. 439.

⁵ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 4, in: Bernhard Ehrenzeller et.al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 254, Rz. 140.

⁶ MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2014, S. 32.

⁷ Unter Hinweis auf den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 zur Gleichstellung der Geschlechter verneinend Kiener/Kälin, Grundrechte (oben Anm. 4), S. 449. Demgegenüber bejahend Schefer/ Hess-Klein, Behindertengleichstellungsrecht, S. 33 f. Gemäss Mahon Pascal, Droit constitutionnel. Volume II, 3e édition, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, S. 265 Rz. 158 strebt die Bestimmung die Herstellung faktischer Gleichheit an.

leistungen, die grundsätzlich von jedermann beansprucht werden können (Art. 2 und 3 BehiG). Die Kantone werden verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, „um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen“, wobei das Gesetz deutlich macht, dass „Massnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen der Behinderten“ keine verbotene Ungleichbehandlung darstellen, solange sie „angemessen“ sind (Art. 5 BehiG). Die Kantone werden darüber hinaus verpflichtet, dafür zu sorgen, „dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist“, wobei dies soweit möglich via Integration in die Regelschule geschehen soll (Art. 20 BehiG). Im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtig ist Art. 4: Danach steht das BehiG „weitergehenden Bestimmungen der Kantone zu Gunsten der Menschen mit Behinderungen nicht entgegen.“

- Schliesslich ist auf das UNO *Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen* (BRK) zu verweisen, welches für die Schweiz seit dem 15. Mai 2014 in Kraft ist. Es bezweckt, „den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern“ (Art. 1 Abs. 1 BRK) und versteht Behinderung nicht als persönliche Defizite sondern als Resultat der Wechselwirkung zwischen langfristigen körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen einerseits und „Barrieren ausserhalb der Person, welche sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1 Abs. 2 BRK). Das Übereinkommen enthält sehr detaillierte Bestimmungen, (Art. 9 – 30) welche praktisch alle Lebensbereiche abdecken. Während verschiedene Bestimmungen direkt anwendbar sind, enthalten andere Aufträge zu gesetzgeberischen und administrativen Massnahmen. Auf relevante Bestimmungen ist unten bei der Beantwortung der Fragen zurück zu kommen.

III. ZUGANG ZU ALLEN LEBENSBEREICHE

1. Aufzählung aller Lebensbereiche?

Varianten A. – C. der uns vorliegenden Initiativtexte zählen in nicht abschliessender Weise „Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind“ als Lebensbereiche auf, zu welchen Menschen mit Behinderungen ein Recht auf Zugang haben. Es stellt sich die Frage, ob die Aufzählung nötig oder sinnvoll ist.

Solange der Initiativtext im ersten Satz von Abs. 1 den Begriff des Zugangs zu „allen“ Lebensbereichen beibehält, ist eine Aufzählung schon aus sprachlichen Gründen offenkundig nicht nötig. Wie eben (Ziff. 2.2) erwähnt, erfasst zudem der Gesetzauftrag von Art. 8 Abs. 4 BV alle Lebensbereiche, sodass auch aus der Sicht der Umsetzung der Vorgaben des übergeordneten Rechts keine Notwendigkeit zu einer Präzisierung besteht.

Die vorgesehene Aufzählung erscheint demgegenüber insofern sinnvoll, als sie hilft, prioritäre Bereiche der Zugangsproblematik zu identifizieren und das Recht auf Zugang zu konkretisieren, und damit die Regelung weniger abstrakt erscheinen zu lassen.

2. Gleicher Zugang?

Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob auf das Kriterium des „gleichen“ Zugangs zu allen Lebensbereichen verzichtet werden kann oder soll.

Die Frage ist zu verneinen. Ein Recht auf Zugang zu Bildung und Wohnen ohne Hinweis auf das Kriterium der Gleichheit könnte suggerieren, dass die vorgeschlagene Bestimmung ein nur für Menschen mit Behinderungen geltendes Rechts auf Bildung oder Wohnen, wie es in der schweizerischen Rechtsordnung nicht besteht,⁸ schaffen würde. Das wird von den Initianten wohl nicht beabsichtigt, da der Titel der neuen Bestimmung klar von der *Gleichstellung* von Menschen mit Behinderungen spricht. Um Missverständnisse zu vermeiden empfiehlt sich, das Kriterium des gleichen Zugangs ausdrücklich im Text zu verankern.

Das Kriterium des gleichen Zugangs hat zwei Dimensionen:

- Gleicher Zugang für Menschen mit Behinderungen, wie ihn Menschen ohne Behinderungen besitzen, d.h. Gleichstellung von Behinderten mit Nichtbehinderten.
- Gleicher Zugang von Menschen mit bestimmten Behinderungen im Verhältnis zu Menschen mit anderen Arten der Behinderung.

Ich nehme an, dass die Initianten in Übereinstimmung mit dem Ansatz der BV und BRK (siehe oben Ziff. 2.2) nur den ersten Aspekt ansprechen wollen. Dies könnte mit folgender Formulierung des ersten Satzes von Absatz 1 verdeutlicht werden: „1. *Menschen mit Behinderungen haben gleichberechtigt mit anderen das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen.*“

Diese Formulierung würde eine weitere Ambivalenz des vorgeschlagenen Textes beseitigen. Menschen ohne Behinderungen mögen weitgehendsten Zugang zu allen Lebensbereichen haben, sie haben aber nicht notwendigerweise ein *Recht* darauf. Das gilt v.a. für das Verhältnis zwischen Privaten. So habe ich die Möglichkeit, mich auf dem Wohnungsmarkt als Mieter oder Arbeitnehmerin zu bewerben, einen Anspruch auf eine Wohnung oder eine Arbeitsstelle besitze ich angesichts der Vertragsfreiheit der Vermieterin oder des Arbeitgebers aber nicht. In diesem Sinn verankert Art. 8 BehiG ein Recht auf Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen nur, soweit diese vom Staat oder von an die Grundrechte gebundenen konzessionierten Verkehrsunternehmen angeboten werden (Abs. 1 und 2) und verbietet bei privaten Dienstleistungen nur – aber immerhin – die diskriminierende Verweigerung (Abs. 3), d.h. die Herabsetzung und den Ausschluss wegen einer Behinderung. Ein Recht auf Zugang von Behinderten gleichberechtigt mit anderen Menschen würde verdeutlichen, dass die Initiative nicht neue Ansprüche für Menschen mit Behinderungen schaffen will, welche Nichtbehinderte nicht besitzen, sondern ihre Gleichstellung mit Nichtbehinderten erreichen will.

Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen im Verhältnis zwischen Privaten ist oft eine Realität. Hier sind dem kantonalen Verfassungs- und Gesetzgeber allerdings gewisse Grenzen gesetzt. Die Kantone besitzen keine Kompetenz, in die durch Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht garantierte Privatautonomie einzugreifen. Da gemäss Art. 122 Abs. 1 BV der Bund für das Zivilrecht zuständig ist, müssten solche Einschränkungen der Privatautonomie, falls sie angestrebt werden, auf Bundesebene vorgenommen werden. Die Kantone sind gemäss Art. 5 Abs. 1

⁸ Weniger problematisch wäre ein Recht auf Zugang zu Arbeit, wenn es nicht als in der schweizerischen Rechtsordnung nicht bestehendes Recht auf eine Arbeitsstelle, sondern im Sinne der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 2 BV als Recht auf „die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung“ verstanden wird.

ZGB nämlich nur befugt, zivilrechtliche Bestimmungen zu erlassen, „[s]oweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält“, was für das vorliegende Thema nicht zutrifft.

Auch wenn sich ein Verfassungstext ohne Verweis auf das Gleichheitskriterium so auslegen liesse, dass eine Ungültigerklärung wegen Unvereinbarkeit mit übergeordnetem Recht vermieden werden könnte, ist es empfehlenswert, einen möglichst präzisen Wortlaut zu wählen um Missverständnisse und Probleme zu vermeiden.

IV. GEHÖRLOSENSPEZIFISCHE VERWEISE

Im Weiteren steht der Vorschlag zu Beurteilung, im neuen Verfassungsartikel Art. 30 Abs. 4 BRK ins kantonale Recht zu inkorporieren. Danach haben Menschen mit Behinderung *gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität, einschliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen*. Zur Diskussion stehen die Übernahme dieses Wortlauts in Abs. 2 der vorgeschlagenen Bestimmung oder alternativ ein Abs. 4, wonach die *Sprachenfreiheit auch die Gebärdensprache umfasst*. Diese Alternative lehnt sich an Art. 12 der Kantonsverfassung Zürich an.⁹

Es stellt sich die Frage, ob ein Verweis auf die Gebärdensprache als verfassungswidrig eingestuft würde. Die Frage ist zu verneinen.

Die Alternativformulierung, wonach die Gebärdensprache von der Sprachenfreiheit erfasst wird, gibt bloss wieder, was schon für die Bundesverfassung gilt. Darunter fällt gemäss einhelliger Lehrmeinung jede „mehr oder weniger systematische und umfassende Ordnung von Zeichen, Lauten oder Symbolen, die der Interaktion zwischen Menschen dient“,¹⁰ d.h. unter anderem auch die Gebärdensprache oder Brailleschrift.¹¹

Die inhaltlich weitergehende Bestimmung, welche Menschen mit Behinderung gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität, einschliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen einräumt, verstösst schon deshalb nicht gegen das übergeordnete Recht, weil sie bloss wiedergibt, was im Sinne von Art. 30 Abs. 4 BRK bereits geltendes Recht ist. Eine unzulässige Privilegierung der Gehörlosen liegt insofern nicht vor, als mit dem Begriff „einschliesslich“ klargestellt wird, dass allenfalls auch Menschen mit anderen Behinderungen (z.B. Blinde) sich darauf berufen könnten, soweit sie eine eigene spezifische kulturelle und sprachliche Identität besitzen.¹²

Ein Verstoß gegen Art. 4 BV über die Landessprachen liegt nicht vor, weil die Bestimmung nur für den Bund gilt. Zudem bedeutet die Anerkennung und Unterstützung der Gebärdensprache nicht, dass diese zur Landessprache wird. Aus der vorgeschlagenen Formulierung lässt sich auch nicht ableiten, dass Behörden im Sinne einer Amtssprache generell mit Gehörlosen in der

⁹ Art. 12 KV Zürich lautet: „Die Sprachenfreiheit umfasst auch die Gebärdensprache.“

¹⁰ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2008, S. 293.

¹¹ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte, S. 293; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte (oben Anm. 4), S. 306; REGULA KÄGI-DIENER, Art. 18, in: Bernhard Ehrenzeller et.al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Dike/Schulthess, Zürich/St. Gallen 2014, S. 451; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel (oben Anm. 7), S. 136, Rz. 81.

¹² Ob man die Blindenschrift ebenfalls erwähnen möchte, ist eine rein politische Frage.

Gebärdensprache verkehren müssten. Das ergibt sich schon allein daraus, dass § 76 Abs. 1 KV Basel-Stadt und § 57 Abs. 1 KV Basel-Landschaft, welche beide Deutsch als Amtssprache bezeichnen, nicht geändert werden, eine Auslegung der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung im systematischen Gesamtzusammenhang es also verbietet, sie als Pflicht zur Erweiterung der Amtssprachen zu verstehen.¹³

Eine Anerkennung der kulturellen und sprachlichen Identität der Gehörlosen ist aus rechtlicher Sicht gerechtfertigt und stellt keine unzulässige Ungleichbehandlung dar, weil im Gegensatz zu anderen Menschen mit Behinderungen die Gehörlosen eine eigene Sprache besitzen, mit welcher sie miteinander kommunizieren können und welche dazu führt, dass jene, welche diese Sprache beherrschen, sich als einer spezifischen Gruppe mit einer eigenen kulturellen Tradition zugehörig fühlen, und diese beispielsweise mit Gebärdensprachpoesie und Gehörlosentheater pflegen.¹⁴ Dies ist von der Staatengemeinschaft mit der Verankerung von Art. 30 Abs. 4 BRK ausdrücklich anerkannt worden und findet indirekte Unterstützung in Art. 2 des UNO Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte von 1966 wonach u.a. Angehörigen sprachlicher Minderheiten „*nicht das Recht vorenthalten werden [darf], gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, [...] oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.*“ In der Tat ist Sprache Kulturträger: „Sie prägt gemeinsame Vorstellungen, die Art des Denkens und des Kommunizierens und vermag durch die ermittelten Gemeinsamkeiten Einzelne zu integrieren. Sie erlaubt, Gruppenidentität und Zugehörigkeitsgefühle auszubilden [...].“¹⁵

Den kulturellen Aspekt der Gebärdensprache bringt der Vorschlag des SGB besser zum Ausdruck als der auf die Sprachenfreiheit beschränkte Alternativvorschlag des Behindertenforums.

Insgesamt kann u.E. ausgeschlossen werden, dass eine entsprechende Formulierung als bundesverfassungswidrig angesehen würde.

V. FÖRDERUNGSARTIKEL

Es stellt sich schliesslich die Frage, ob eine Bestimmung, wonach Kanton und Gemeinden *die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen fördern*, den entsprechenden Formulierungen der BRK und BV widerspricht bzw. ob ausgeschlossen werden kann, dass eine entsprechende Formulierung in einer kantonalen Verfassung als bundesverfassungswidrig angesehen werden kann.

Vorab ist festzuhalten, dass ein solcher Förderungsauftrag nur Bereiche erfassen kann, welche im jeweiligen Kompetenzbereich von Kantonen und Gemeinden liegt. Dies ist selbstverständlich und muss im Initiativtext nicht speziell erwähnt werden.

¹³ Dies schliesst nicht aus, dass je nach Konstellation aus den Verfahrensgarantien unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf einen Gebärdendolmetscher in Straf- oder Zivilverfahren entstehen kann. Siehe Schefer/Hess-Klein, Behindertengleichstellungsrecht (oben Anm. 6), S. 258 mit Verweis auf einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. November 2013.

¹⁴ Z.B. Deutscher Gehörlosen-Bund e.V., Gehörlosenkultur, http://www.gehoerlosenbund.de/index.php?option=com_content&view=article&id=1737%3Agehoerlosenkultur&Itemid=150 (besucht am 29. November 2015).

¹⁵ REGULA KÄGI-DIENER, Art. 18 (oben Anm. 11), S. 450.

Wie erwähnt, hält Art. 4 BehiG ausdrücklich fest, dass das Gesetz „*weitergehenden Bestimmungen der Kantone zu Gunsten der Menschen mit Behinderungen nicht entgegen*“ steht. Insofern erscheint ein Förderungsauftrag in einer Kantonsverfassung unproblematisch.

Es stellt sich allerdings die Frage, welche Arten von Förderungsmassnahmen zulässig sind und wann solche Massnahmen zu einer unzulässigen Privilegierung führen. Darauf gibt der bereits erwähnte und für den Bund wie auch die Kantone geltende Art. 5 Abs. 2 BehiG eine erste Antwort, wenn dort festgehalten wird, dass „*Angemessene Massnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen der Behinderten [...] keine Ungleichbehandlung nach Artikel 8 Absatz 1 der Bundesverfassung*“ darstellen. Dies bedeutet, dass behindertenspezifische Förderungsmassnahmen dem Ziel des Ausgleichs von Benachteiligungen dienen und angemessen sein müssen.

Förderungsmassnahmen, die über die Beseitigung eigentlicher Diskriminierung hinausgehen und damit eigentliche Privilegierungen darstellen, werden durch BV und BehiG nicht verlangt, sind aber unter Umständen zulässig. SCHEFER/HESS-KLEIN umschreiben die Voraussetzungen folgendermassen:

„Eine privilegierende Förderungsmassnahme bedarf einer Grundlage im Gesetz und ist nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit zulässig. Sie muss einen engen Konnex zu jenen Benachteiligungen aufweisen, die beseitigt werden sollen [...]. Sie muss darauf zugeschnitten sein, die tatsächliche Gleichstellung der bisher Benachteiligten zu verbessern; sowohl zu umfassende als auch zu restriktive Besserstellungen sind unzulässig. Zudem darf eine Förderungsmassnahme Dritte (insbesondere die dadurch Schlechtergestellten) nur in zumutbarer Weise benachteiligen.“¹⁶

Vereinfacht gesagt müssen privilegierende Förderungsmassnahmen, um zulässig zu sein, auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, dem Ziel der Beseitigung einer nachgewiesenen Benachteiligung dienen, und verhältnismässig sein. Insbesondere dürfen sie nicht weiter gehen und nicht länger dauern als nötig ist um die Benachteiligung zu beseitigen und sie dürfen nichtbehinderte Dritte nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigen.¹⁷ Diese Voraussetzungen ergeben sich aus dem Bundesrecht und müssen in der Kantonsverfassung nicht verankert werden. Sie werden erst relevant, wenn der Gesetzgeber in einem späteren Zeitpunkt gestützt auf den Förderungsartikel entsprechend legiferiert.

Im Weiteren stellt sich die Frage der genauen Terminologie. Die vorgeschlagene Bestimmung lehnt sich an Art. 3 lit. c und Art. 9 Abs. 1 BRK an, welche in der deutschen Übersetzung des Bundes die Begriffe „volle und wirksame Teilhabe“ bzw. „volle Teilhabe“ verwenden. Der ebenfalls verwendete Begriff „Selbstbestimmung“ findet sich in der BRK demgegenüber nicht. Stattdessen spricht Art. 9 Abs. 1 BRK in der deutschen Fassung von der „*unabhängigen Lebensführung*“. Die authentischen englischen und französischen Vertragstexte verwenden die Worte „*to live independently*“ bzw. „*de vivre de façon indépendante*.“ Diese Begriffe sind enger als jener der Selbstbestimmung, welche auch Aspekte betrifft, die über die Lebensführung hinausgehen und nicht behindertenspezifisch sind. U.E. empfiehlt es sich, im Interesse der Klarheit der Norm an

¹⁶ MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht (oben Anm. 6), S. 29f mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

¹⁷ In diesem Sinn hat das Bundesgericht im Bereich der privilegierenden Förderung von Frauen es beispielsweise für unzulässig erachtet, im Rahmen einer Förderungsmassnahme für Frauen Männer ganz von der Bewerbung für eine Professur auszuschliessen (BGE 131 II 361 E6 S. 367 ff)

Stelle des Begriffs „Selbstbestimmung“ die Worte „unabhängige“ oder „selbstbestimmte Lebensführung“ zu verwenden.

Insgesamt kann u.E. ausgeschlossen werden, dass der vorgesehene Förderungsartikel sowohl in der vorgeschlagenen als auch hier angeregten Form als verfassungswidrig eingestuft würde.

VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Zusammenfassend können die uns unterbreiteten Fragen folgendermassen beantwortet werden:

- Das beispielhafte (d.h. nicht abschliessende) *Aufzählen von Lebensbereichen*, zu welchen Menschen mit Behinderungen ein Recht auf Zugang haben sollen, ist nicht notwendig, erscheint aber im Lichte einer Verdeutlichung der Norm sinnvoll.
- Es empfiehlt sich, das Recht auf „*gleichen*“ Zugang oder Zugang, der „*gleichberechtigt mit anderen*“ garantiert wird, zu verankern um den Eindruck zu vermeiden, die Verfassungsbestimmung würde für Menschen mit Behinderungen Zugangsrechte schaffen, welche für nichtbehinderte Personen nicht existieren.
- Der Vorschlag, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität haben, einschliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen, inkorporiert Art. 30 Abs. 4 BRK in die Basler Kantonsverfassungen. Er stellt keine verbotene Privilegierung dar, weil der Verweis auf die Gehörlosen nicht abschliessend ist. Zudem hat die Staatengemeinschaft in einer die Schweiz bindenden Form Gebärdensprache und Kultur der Gehörlosen in der BRK bereits ausdrücklich anerkannt. Welcher Text in die Initiative einfließen soll, ist letztlich eine politische Frage. Allerdings hätte eine Bestimmung analog zu Art. 30 Abs. 4 BRK für das schweizerische Recht einen Mehrwert während der Verweis, dass die Gebärdensprache von der Sprachenfreiheit geschützt wird, bloss wiedergibt, was von Bundesrecht wegen ohnehin gilt. Beide Textvarianten sind mit dem übergeordneten Recht vereinbar.
- Eine Norm, welche Kanton und Gemeinden anhält, die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen zu fördern, ist zulässig und verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Schranken von Fördermassnahmen, welche Privilegierungen darstellen, werden erst relevant, wenn der kantonale oder kommunale Gesetzgeber gestützt auf die Kantonsverfassung solche Massnahmen erlässt.
- Es empfiehlt sich, im Interesse der Klarheit und Präzision im Förderungsartikel die Terminologie der BRK zu verwenden und statt von *Selbstbestimmung* von *unabhängiger* oder *selbstbestimmter Lebensführung* zu sprechen. Der vorgeschlagene Artikel widerspricht übergeordnetem Recht nicht.

LITERATURVERZEICHNIS

- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH / KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 Abs. 4, in: Bernhard Ehrenzeller et.al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Dike/Schulthess, Zürich/St. Gallen 2014, S. 251 ff.
- KÄGI-DIENER REGULA, Art. 18, in: Bernhard Ehrenzeller et.al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Dike/Schulthess, Zürich/St. Gallen 2014, S. 445 ff.
- KIENER REGINA / KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2013.
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel. Volume II, 3e édition, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015.
- MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2008.
- SCHEFER MARKUS / HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2014.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2011.

ANHÄNG

Initiativtext-Varianten

Basel-Landschaft

A. Variante Behindertenforum

§8a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)

1 Behinderte haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.

2 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.

3 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.

B. Variante Behindertenforum plus SGB

§8a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)

1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.

2 Menschen mit Behinderung haben gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität, einschliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen.

3 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.

4 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.

Basel-Stadt

A. Variante Behindertenforum

§9a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)

1 Behinderte haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.

2 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.

3 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.

(§8 Abs. 3 wird gestrichen)

B. Variante Behindertenforum plus SGB

§9a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)

1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.

2 Menschen mit Behinderung haben gleichberechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität, einschliesslich der Gebärdensprache und der Kultur der Gehörlosen.

3 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.

4 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.

(§8 Abs. 3 wird gestrichen)

C. Variante Behindertenforum plus**§8a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)**

- 1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.
- 2 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.
- 3 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.
- 4 Die Sprachenfreiheit umfasst auch die Gebärdensprache.

D. Variante Behindertenforum plusplus**§8a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)**

- 1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen.
- 2 Kanton und Gemeinden sehen Massnahmen vor zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung und fördern deren volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung in allen Lebensbereichen.
- 3 Die Sprachenfreiheit umfasst auch die Gebärdensprache.

C. Variante Behindertenforum plus**§9a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)**

- 1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen. Gewährleistet **ist, soweit wirtschaftlich zumutbar**, insbesondere der Zugang zu Arbeit, Bildung, Freizeit, Kommunikation, Mobilität und Wohnen sowie der Zugang zu Bauten, Anlagen, Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind.
- 2 Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vor und konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.
- 3 Kanton und Gemeinden fördern die volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen.
- 4 Die Sprachenfreiheit umfasst auch die Gebärdensprache.
(§8 Abs. 3 wird gestrichen)

D. Variante Behindertenforum plusplus**§9a. Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (neu)**

- 1 **Menschen mit Behinderung** haben das Recht auf Zugang zu allen Lebensbereichen.
- 2 Für Behinderte sind insbesondere der Zugang zu Bauten und Anlagen sowie die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind, soweit wirtschaftlich zumutbar, gewährleistet. Der Gesetzgeber konkretisiert die wirtschaftliche Zumutbarkeit.
- 3 Kanton und Gemeinden sehen Massnahmen vor zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung und fördern deren volle und wirksame Teilhabe und Selbstbestimmung in allen Lebensbereichen.
- 4 Die Sprachenfreiheit umfasst auch die Gebärdensprache.
(§8 Abs. 3 wird gestrichen)