



Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Teilstudie 4: Behinderung – Juristische Analyse

Irene Grohsmann, MLaw

Bern, Juli 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, 3001 Bern
Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	IV
Zusammenfassung	2
I. Auftrag, Aufbau der Teilstudie 4 und Ausgangslage	5
1. Auftrag und Übersicht Teilstudie 4	5
2. Aufbau der Teilstudie 4	5
3. Ausgangslage	6
II. Materielles Recht	7
1. Internationale Ebene	7
1.1. Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen	7
1.2. Übereinkommen über die Rechte des Kindes	14
1.3. UNO Pakt I und UNO Pakt II	15
1.4. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	16
2. Europäische Ebene	17
2.1. Europäische Menschenrechtskonvention EMRK	17
2.2. Europarat	18
3. Schweiz	19
3.1. Bundesverfassung	19
3.2. Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (BehiG)	27
3.3. Allgemeine materielle Regeln zum Schutz von Menschen mit Behinderung vor privater Diskriminierung	52
III. Verfahrensrecht	65
1. Verfahren nach Behindertengleichstellungsgesetz bei staatlicher Diskriminierung	65
1.1. Geltendmachung der Ansprüche nach Art. 8 Abs. 1 und 2 BehiG	65
1.2. Geltendmachung der Rechtsansprüche betreffend Grundschule	66
2. Verfahren nach Behindertengleichstellungsgesetz bei privater Diskriminierung	67
2.1. Geltendmachung der Rechtsansprüche nach Art. 8 Abs. 3 BehiG	67
3. Allgemeine Regeln	68
3.1. Privatrechtliches Erwerbsleben	69
3.2. Diskriminierungsschutz im Mietrecht	69
IV. Gesamtfazit und Problembereiche	70
Literatur- und Materialienverzeichnis	77

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101).
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ASR 822.11)
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3)
BehiV	Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, SR 151.31)
BGE	Bundesgerichtsentscheid, publiziert
BGer-E	Bundesgerichtsentscheid, unpubliziert
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.06.2005 (SR 173.110).
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 200 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BRK	Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109)
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40).
BVGE	Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
CEDAW	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, SR 0.108)
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights / Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Ausschuss)
CHF	Schweizer Franken
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities (Behindertenrechtsausschuss)
d.h.	das heisst
DOK	Dachorganisationenkonferenz der privaten Behindertenhilfe

EBGB	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
HRC	Human Rights Committee / Menschenrechtsausschuss
ibid.	Ibidem
i.S.v.	im Sinne von
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
KRK/CRC	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107) / Convention on the Rights of the Child
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
lit.	Litera
MEDAS	Medizinische Abklärungsstelle der Invalidenversicherung
No./Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
para./paras.	Paragraph/Paragraphen
SDK	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organisation / Organisation der Vereinten Nationen
v.	versus
WSK	Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention; SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer/n
Zit.	Zitiert

ZUSAMMENFASSUNG

AUFBAU UND INHALT DER TEILSTUDIE 4: BEHINDERUNG – JURISTISCHE ANALYSE

Teilstudie 4 hat zum Ziel, materiell-rechtliche (Kapitel II.), sowie prozessuale (Kapitel III.) Normen darzustellen und zu analysieren, die dem Schutz von Menschen mit Behinderung vor staatlicher oder privater Diskriminierung aufgrund einer Behinderung dienen. Untersucht werden die relevanten Bestimmungen der Schweizerischen Bundesverfassung (BV),¹ des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG),² des Zivilgesetzbuches (ZGB)³, des Obligationenrechts (OR)⁴ sowie des Arbeitsgesetzes (ArG).⁵

Zu Beginn der Studie wird in den Unterkapiteln 1 und 2 die aktuelle Rechtslage auf internationaler und europäischer Ebene kurz dargestellt. Danach konzentriert sich die Studie in Unterkapitel 3 auf die nationale Rechtsordnung und zeigt auf, welche Normen Menschen mit Behinderung Schutz vor Diskriminierung bieten oder bieten könnten bzw. wo Schutzlücken bestehen.

Im Zusammenhang mit dem Schutz vor staatlicher Diskriminierung werden die Bestimmungen des Behindertengleichstellungsgesetzes dargestellt. Vor dem Hintergrund der aktuell laufenden Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes und entsprechend dem Auftrag an die hier vorliegende Studie erfolgt eine Analyse des BehiG nur punktuell.

Anschliessend behandelt die Studie diejenigen Bestimmungen des BehiG, welche dem Schutz vor Diskriminierung durch Private dienen. Ergänzt wird diese Untersuchung schliesslich mit den allgemeinen materiellen Regeln. Hier wird analysiert, ob die in Teilstudie 1 identifizierten bereichsübergreifenden Normen des Privatrechts geeignet sind, Menschen mit Behinderung angemessenen Schutz vor Diskriminierung durch Private zu bieten. Behandelt werden folgende Bereiche: Bildung (Aus- und Weiterbildung), Erwerbsleben, Wohnen, Güter und Dienstleistungen sowie Äusserungen und Gewalt.

Im Rahmen der *verfahrensrechtlichen Analyse* (Unterkapitel III.) befasst sich diese Studie zunächst mit den allfälligen Verfahrensregeln des BehiG und beleuchtet danach, ob Menschen mit Behinderung bei Verfahren nach den bereichsübergreifenden Regeln besonderen Erschwernissen gegenüber stehen.

Die Studie schliesst in Unterkapitel IV. mit einem Gesamtfazit.⁶

ÜBERSICHT DER RESULTATE UND PROBLEMBEREICHE

Menschen mit Behinderung erleben Diskriminierung, Ablehnung und auch Anfeindungen in verschiedenen Lebensbereichen – Arbeit, Gesundheit, Wohnen, Aus- und Weiterbildung, im Einbürgerungsverfahren, bei den Steuern, im öffentlichen Verkehr, im öffentlichen Raum und beim Be-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (BV; SR 101).

² Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210).

⁴ Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

⁵ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.03.1964 (SR 822.11).

⁶ Die Arbeiten an dieser Studie wurden im April 2015 abgeschlossen. Neuere Entwicklungen sind nicht berücksichtigt.

zug von Dienstleistungen. Häufig ist schlicht die Unwissenheit über die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung oder die Unkenntnis des Rechts Quelle der Diskriminierung. Diskriminierung beim Bezug von Dienstleistungen kann Menschen mit Behinderung vom Genuss ordentlicher Bildung, dem vollen Zugang zum Gesundheitssystem und Sozialsystem ausschliessen. Der Mangel an Zugang zu angemessener Schul- und Berufsbildung hat zur Folge, dass Menschen mit Behinderung zukünftige Möglichkeiten im Berufsleben verwehrt werden. Soziale Stigmas, Ängste, Übervorsichtigkeit, Unwissen und Vorurteile in Bezug auf die Bedürfnisse, Möglichkeiten und Begrenzungen von Menschen mit Behinderung führen zu deren Diskriminierung und Exklusion aus der Gesellschaft.

Auf internationaler Ebene ist die Kinderrechtskonvention⁷ von 1989 das erste internationale Übereinkommen, welches ausdrücklich ein verbindliches Diskriminierungsverbot auch gestützt auf das Merkmal der Behinderung garantiert. Andere wichtige Menschenrechtsverträge wie die UNO Pakte⁸ oder die Frauenrechtskonvention⁹ enthalten keine entsprechenden ausdrücklichen Bestimmungen. Allerdings ist heute anerkannt, dass diese Verträge das Verbot einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zumindest implizit beinhalten. Seit 2008 widmet sich die Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderung (BRK)¹⁰ explizit dem Schutz der Rechte behinderter Menschen. Auf europäischer Ebene garantiert die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹¹ in Art. 14 den Genuss der Konventionsrechte ohne Diskriminierung wegen verschiedener, nicht abschliessend formulierter Merkmale. Obwohl das Merkmal einer Behinderung nicht ausdrücklich erwähnt ist, fallen laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung unter „sonstigen Status.“

Auf nationaler Ebene ergibt sich ein **verfassungsrechtlicher Schutz** vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung¹² aus dem in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) normierten Diskriminierungsverbot. Ausserdem enthält Art. 8 Abs. 4 BV einen Gesetzgebungsauftrag und formuliert ganz allgemein eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Menschen mit Behinderung.

Dem Gesetzgebungsauftrag wurde durch das **Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen**¹³ Rechnung getragen, welches am 1. Januar 2004 in Kraft trat. Das BehiG enthält hauptsächlich Bestimmungen zum Schutz vor **Diskriminierung durch den Staat** im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen, dem öffentlichen Verkehr, der Ausbildung oder Dienstleistungen (Art. 3 BehiG). Innerhalb dieser Schutzbereiche beansprucht das BehiG jedoch nicht umfassende Geltung. Vielmehr ist der Geltungsbereich durch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen sowie durch politische und finanzielle Überlegungen zerstückelt und daher ohne juristische Kenntnisse kaum zu eruieren.

⁷ Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107).

⁸ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I, SR 0.103.1); Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II, SR 0.1003.2).

⁹ Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, SR 0.108).

¹⁰ Übereinkommen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109).

¹¹ Konvention vom 04.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

¹² Die Diskriminierung von Menschen aufgrund deren Behinderung wird auch „Ableismus“ (abgeleitet vom englischen Verb „to be able“) genannt; der Begriff ist in gleicher Art zu verwenden wie z.B. Sexismus (Diskriminierung von Menschen aufgrund deren Geschlechts).

¹³ Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

Nur in geringem Umfang schützt das BehiG auch vor **Diskriminierung durch Private**, dies im Zusammenhang mit privaten Dienstleistungen. Insbesondere das privatrechtliche Erwerbsleben ist umfassend vom Schutzbereich des BehiG ausgenommen. Während das BehiG die aktive Verhinderung oder Beseitigung von Beeinträchtigungen im Rahmen staatlicher Diskriminierung verlangt, sind Menschen mit Behinderung bei Diskriminierung durch Private auf **finanzielle Entschädigungen** verwiesen. Das Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Dienstleistungen verpflichtet die Privatpersonen nicht, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlichen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu ergreifen oder umfassend auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten. Private können durch das BehiG damit weder zu einem aktiven Tätigwerden noch zu einem Vertragsabschluss verpflichtet werden.

Verfahren nach BehiG sind kostenlos. Ausserdem sieht das BehiG für gewisse Bereiche die Möglichkeit eines Verbandsbeschwerdeverfahrens vor. Weitere **Verfahrenserleichterungen existieren im Rahmen des BehiG** nicht.

Zum Schutz vor Diskriminierung durch Private sind Menschen mit Behinderung daher auf die allgemeinen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit verwiesen. Während sich die Lehre, wenn auch in geringem Umfang, mit der Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, sowie mietrechtlicher oder arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung befasst, gibt es kaum Rechtsprechung, auf welche sich Rechtsberatende, Menschen mit Behinderung oder die Wissenschaft stützen könnten. Die Konkretisierung des Schutzes durch diese allgemeinen Normen hat bisher nicht stattgefunden. Dies hat zur Folge, dass der Zugang zur Justiz für Menschen mit Behinderung in Bezug auf Diskriminierung durch Private unklar ist und mangels Präjudizien **wenig Rechtssicherheit** besteht. Der Mangel an Rechtsprechung kann jedoch kaum auf die Abwesenheit von Diskriminierung durch Private zurückgeführt werden. Vielmehr ist anzunehmen, dass einerseits die Rechtsunsicherheit und andererseits die **nicht-bedarfsgerechten Rechtsfolgen** dazu führen, dass Menschen mit Behinderung selten den juristischen Weg bestreiten, wenn ihnen aufgrund ihrer Behinderung eine Leistung verwehrt oder eine Stelle nicht angeboten/gekündigt wird. Von grundsätzlicher Problematik ist schliesslich, dass **Menschen mit Behinderung ihre Rechte meist nicht kennen** und auch nicht wissen, dass in gewissen Situationen eine Diskriminierung vorliegt, gegen welche vorgegangen werden kann. Dazu geben die sozialwissenschaftlichen Erhebungen zu dieser Studie Aufschluss.

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

Teilstudie 4: Behinderung – Juristische Analyse

I. AUFTRAG, AUFBAU DER TEILSTUDIE 4 UND AUSGANGSLAGE

1. Auftrag und Übersicht Teilstudie 4

Die Teilstudie 4 hat zum Ziel, die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Schutz von Menschen mit Behinderung vor privater Diskriminierung darzustellen und allfällige Schutzlücken zu identifizieren. Es wird analysiert, welchen Schutz vor Diskriminierung die in Teilstudie 1 identifizierten Schutznormen des Privatrechts spezifisch für Menschen mit Behinderung bieten und inwieweit sie die im BehiG bestehenden Lücken schliessen. Zudem wird aufgezeigt, welche Verfahrenshindernisse und Unterstützungsmassnahmen und -angebote für Menschen mit Behinderung im Rahmen der Ausübung ihrer Rechte bestehen. Neben der Darstellung der aktuellen Regelungssituation in der schweizerischen Rechtsordnung werden wichtige Gerichtsurteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Schweizerischen Bundesgerichts herangezogen. Ergänzt wird die Studie durch Entscheide und Kommentare internationaler Menschenrechtsorgane der UNO.

Die Studie ist dreigeteilt und befasst sich mit den materiell-rechtlichen Regeln inklusive der bestehenden Ansprüche (II. Materielles Recht), gefolgt von den verfahrensrechtlichen Bestimmungen (III. Verfahrensrecht). Die Studie schliesst mit einem Gesamtfazit (IV. Gesamtfazit und Problembereiche). Die rechtlichen Regeln werden anhand der wichtigsten Lebensbereiche, in welchen Menschen mit Behinderung privater Diskriminierung im Rahmen der Ausübung ihrer Rechte erleben können (mehr dazu siehe „3. Ausgangslage“) dargestellt und analysiert.

Diese Lebensbereiche sind: Bildung (Aus- und Weiterbildung), Erwerbsleben, Wohnen, Güter und Dienstleistungen sowie Äusserungen und Gewalt.¹⁴

2. Aufbau der Teilstudie 4

Die Studie ist wie folgt aufgebaut: In materiell-rechtlicher Hinsicht soll die Analyse aufzeigen, welche Rechtsbereiche in den Geltungsbereich des BehiG fallen und welche nicht. Insbesondere soll auch geklärt werden, inwiefern bzw. in welchem Ausmass die nicht in den Geltungsbereich des BehiG fallenden Rechtsbereiche von den allgemeinen, bereichsübergreifenden Rechtsgrundsätzen (behandelt in Teilstudie 1) abgedeckt werden und wo allenfalls Lücken bestehen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sollen jene Bestimmungen des BehiG analysiert werden, die dem Individuum den faktischen Zugang zur Justiz gewährleisten sollen, d.h. namentlich die Beschwerde- und Klagelegitimation von Behindertenorganisationen (Art. 9 BehiG) sowie die Unentgeltlichkeit des Verfahrens (Art. 10 BehiG). Zudem soll aufgezeigt werden, in welchen Bereichen lediglich die allgemeinen prozessualen Grundsätze im Sinne der Teilstudie 1 Anwendung finden, und welche Folgen dies hat.

¹⁴ Diese Lebensbereiche wurden gestützt auf die Homepages des EBGB und Integration Handicap identifiziert.

Entsprechend widmet sich die Teilstudie 4 zuerst der Darstellung des materiellen Spezialrechts zum Schutz von Diskriminierung von Menschen mit Behinderung (BV und BehiG) und zeigt Lücken auf. Danach wird anhand der in Teilstudie 1 identifizierten Schutznormen des Privatrechts untersucht, inwiefern diese für Menschen mit Behinderung relevant sind und Lücken schliessen können oder nicht.

Anschliessend folgt die kurze Darstellung des Verfahrensrechts. In einem ersten Schritt wird dargestellt, ob das BehiG über spezielle verfahrensrechtliche Regeln verfügt oder eben nicht und erarbeitet, inwiefern diese den diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz für Menschen mit Behinderung ermöglichen bzw. wo Menschen mit Behinderung der Zugang zur Justiz wegen ihrer Behinderung mangels genügender Regelungen erschwert oder verwehrt wird. In einem zweiten Schritt werden die in Teilstudie 1 erarbeiteten allgemeinen Verfahrensbestimmungen herangezogen und auf ihre Schutzwirkung / Anwendbarkeit auf Menschen mit Behinderung untersucht.

3. Ausgangslage

Menschen mit Behinderung erleben Diskriminierung, Ablehnung und auch Anfeindungen in verschiedenen Lebensbereichen – Arbeit, Gesundheit, Wohnen, Aus- und Weiterbildung, im Einbürgerungsverfahren, bei den Steuern, im öffentlichen Verkehr, im öffentlichen Raum und beim Bezug von Dienstleistungen. Wie die folgenden Beispiele zeigen, ist häufig schlicht die Unwissenheit über die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung Quelle der Diskriminierung. Ausserdem muss bedacht werden, dass sich die Gruppe „Menschen mit Behinderung“ durch ihre Heterogenität auszeichnet und damit die spezifischen Bedürfnisse differenziert beachtet werden müssen.

Etwa war es einem Rollstuhlfahrer nach Umbau seines Lieblingsrestaurants nicht mehr möglich, dort sein Mittagessen einzunehmen, weil vor dem Eingang eine 15cm hohe Stufe erstellt wurde. Während des Umbaus eines grossen Kaufhauses in Bern realisierte der Bauleiter, dass der Lift von Menschen mit Sehschwäche mangels Sprachansage nicht benutzt werden kann. Ein Vermieter verbietet den Eltern eines geistig behinderten Kindes, zu gewissen Tageszeiten im Garten zu spielen, da das Kind zu starken Lärm macht. Einem geistig behinderten Mädchen wird die Einschulung in eine Regelschule verwehrt, obwohl sie sich diese wünscht. Eine Studentin mit starker Konzentrationsschwäche darf eine Prüfung nicht in kurzen, über mehrere Tage verteilten Intervallen absolvieren, stattdessen wird ihr eine Prüfungsverlängerung von drei auf acht aufeinanderfolgenden Stunden angeboten. Ein gehbehinderter Bewerber erhält ein Praktikum nicht, weil sich das Unternehmen auf der ersten Etage eines Gebäudes ohne Lift befindet; ein sehbehinderter Bewerber erhält die Stelle nicht, weil sich der Arbeitgeber vor dem Zusatzaufwand scheut (ein spezielles Programm auf dem Computer hätte laut Angabe des Bewerbers ausgereicht). Einer Frau im Rollstuhl wird der Eintritt in einen Club verweigert, weil sich dieser in der 11. Etage eines Hochhauses befindet und der Geschäftsführer im Brandfall sein Personal nicht dazu verpflichten möchte, die Besucherin die Treppen hinunterzutragen.¹⁵

Die soziale und rechtliche Diskriminierung und Stigmatisierung von Menschen mit Behinderung führt zu deren Marginalisierung und Ausgrenzung. Diskriminierung beim Bezug von Dienstleistungen kann Menschen mit Behinderung vom Genuss ordentlicher Bildung, dem vollen Zugang zum Gesundheitssystem und Sozialsystem ausschliessen. Der Mangel an Zugang zu angemessener Schul- und Berufsbildung hat zur Folge, dass Menschen mit Behinderung zukünftige Möglichkeiten im Berufsleben verwehrt werden. Soziale Stigmas, Ängste, Übervorsichtigkeit, Unwis-

¹⁵ Für diese und weitere Fallbeispiele, siehe www.integrationhandicap.ch sowie den Bericht der DOK.

sen und Vorurteile in Bezug auf die Bedürfnisse, Möglichkeiten und Begrenzungen von Menschen mit Behinderung führen zu deren Diskriminierung und Exklusion aus der Gesellschaft.¹⁶

II. MATERIELLES RECHT

1. Internationale Ebene

Auf internationaler Ebene war die Kinderrechtskonvention von 1989 das erste internationale Übereinkommen, welches ein verbindliches Diskriminierungsverbot auch gestützt auf das Merkmal der Behinderung garantiert. 2008 folgte die Behindertenrechtskonvention. Daneben beinhalten auch andere wichtige Menschenrechtsverträge heute zumindest implizit das Verbot einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung.

1.1. Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Am 13. Dezember 2006 hat die UN-Generalversammlung die Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderungen (BRK) verabschiedet. Sie wurde bisher von 153 Staaten ratifiziert¹⁷ und trat am 3. Mai 2008 in Kraft. Die Behindertenkonvention ist das erste internationale Übereinkommen, welches explizit den Schutz der Rechte behinderter Menschen zum Ziel hat. Die Schweiz hat die Konvention am 15. April 2014 ohne materielle Vorbehalte ratifiziert.¹⁸

Das Zusatzprotokoll zur Konvention sieht ein Individualbeschwerdeverfahren vor, welches bereits von 86 Staaten akzeptiert wurde.¹⁹ Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll nicht unterzeichnet.

1.1.1. Zugang zur Justiz

Art. 13 BRK gewährleistet den gleichberechtigten Zugang zur Justiz. Menschen mit Behinderung müssen durch verfahrensbezogene und altersgemässe Vorkehrungen unterstützt werden, um ihnen ihre wirksame unmittelbare und mittelbare Teilnahme (auch als Zeuginnen und Zeugen) an allen Gerichtsverfahren in allen Verfahrensphasen zu erleichtern. Die möglichen Vorkehrungen werden nicht genannt. Es kommen folgende Massnahmen in Frage: Verlängerte Beschwerdefristen, Anpassung der Verfahrensorganisation (Teilnahme per Video, Anhörung zu Hause, etc.), Übersetzungsdienst, Gebärdendolmetschung, Assistenz, Prozesskostenhilfe, bauliche Anpassungen von Gebäuden etc.²⁰ Ausserdem verpflichtet die Konvention die Vertragsstaaten, die im Justizwesen tätigen Personen (inkl. Polizei und Strafvollzugsbeamte) auf die besonderen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung zu schulen.

Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens äusserte sich der Ausschuss bereits zur Umsetzung der Norm. So wurde China darauf hingewiesen, dass Menschen mit Behinderung im Verfahren nicht als Schutzobjekte, sondern als Rechtssubjekte wahrgenommen werden müssen. Regelun-

¹⁶ Siehe CRC, General Comment No. 9, 2006, CRC/C/GC/9.

¹⁷ Abrufbar unter: <https://treaties.un.org>. (Stand: 21.04.2015).

¹⁸ BBI 2013 9703, Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

¹⁹ Abrufbar unter: <https://treaties.un.org>. (Stand: 21.04.2015).

²⁰ Siehe dazu KÄLIN/KÜNZLI/WYTTENBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, S. 64.

gen, wonach Menschen mit Behinderung in Zivil- und Strafverfahren obligatorisch eine amtliche Verteidigung zugewiesen wird und die damit implizieren, dass diese Menschen keine Rechtsfähigkeit besitzen, sind unzulässig.²¹

Menschen mit psychosozialen Behinderungen müssen dieselben materiellen und prozessualen Rechte gewährt werden. Insbesondere im Strafverfahren muss sichergestellt werden, dass *“no diversion programmes to transfer individuals to mental health commitment regimes or requiring an individual to participate in mental health services are implemented; rather, such services should be provided on the basis of the individual's free and informed consent.”*²² Ausserdem muss Menschen mit Behinderung, welche sich als Angeklagte im Freiheitsentzug befinden, die Möglichkeit gegeben werden, sich selber zu verteidigen. Dazu müssen alle notwendigen Unterstützungsmassnahmen getroffen werden und den Betroffenen entgegengekommen werden.²³

Die Ausbildung und Sensibilisierung der im Justizwesen tätigen Personen, der Gerichtsangehörigen und der Rechtsberater und Rechtsanwälte („legal practitioners“) muss dazu dienen, dass der Zugang zur Justiz für Menschen mit Behinderung sichergestellt werden kann und dass Menschen mit Behinderung ausreichende Begleitung und Informationen erhalten, um den Zugang tatsächlich zu ermöglichen. Entsprechend sind obligatorische Kurse zum Umgang mit Menschen mit Behinderung im Rahmen der Grundausbildung der im Justizwesen tätigen Personen notwendig.²⁴

Dazu gehört auch, dass Dolmetscher für Gebärdensprache und andere alternative Kommunikationsmöglichkeiten im gesamten Vertragsstaat zur Verfügung stehen.²⁵ Dies ist insbesondere für einen föderalen und multilingualen Staat wie die Schweiz von grosser Relevanz.

Schliesslich sind strafrechtliche Sanktionen für Menschen mit psychosozialen oder intellektuellen Behinderungen, die ohne ordentliches Verfahren verhängt werden können, nicht mit Art. 13 BRK vereinbar.²⁶

1.1.2. Direkte Anwendbarkeit

Art. 4 Abs. 2 BRK legt ausdrücklich fest, dass die Vertragsstaaten ein Rechtsmittel zur innerstaatlichen Durchsetzung der Garantien der BRK einräumen müssen. Laut der Botschaft zur Konvention²⁷ geht der Bundesrat davon aus, dass einige Bestimmungen direkt anwendbar sind, andere nicht:

- Alle aus den Garantien der BRK fliessenden Unterlassungspflichten sind ohne weiteres und immer direkt anwendbar²⁸: z.B. das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 15 BRK) oder das Recht auf Achtung der Privatsphäre (Art. 22 BRK).
- Das Gleiche gilt für Schutzpflichten, soweit sie kein gesetzgeberisches Aktivwerden erfordern: Recht auf Leben (Art. 10 BRK) oder die Freiheit von Ausbeutung, Gewalt oder Missbrauch (Art. 16 BRK). *„Schutzpflichten gelten jedoch nie absolut, sondern beinhalten eine gewisse Ver-*

²¹ CRPD, Concluding Observations China, 2012, CRPD/C/CHN/CO/1, paras. 23/24.

²² CRPD, Concluding Observations Australia, 2013, CRPD/C/AUS/CO/1, para. 29.

²³ Ibid., para. 30.

²⁴ Ibid., paras. 27/28.

²⁵ Ibid., para. 27.

²⁶ CRPD, Concluding Observations Paraguay, 2013, CRPD/C/PRY/CO/1, paras. 31/32.

²⁷ Siehe für die folgenden Ausführungen Botschaft BRK, S. 675.

²⁸ Botschaft BRK, S. 675.

*pflichtungsflexibilität: Der Staat verletzt seine Schutzpflichten nur, wenn er trotz bestehendem Wissen seiner Organe um eine konkrete Gefährdung und zusätzlich bei bestehender faktischer und rechtlicher Möglichkeit, gegen diese Gefährdung vorzugehen, passiv bleibt.*²⁹

- Ebenfalls justiziabel erscheint im Bereich der Leistungsgehalte die Verpflichtung zur Erfüllung des harten Kerns aller Garantien, unabhängig von ihrer Rechtsnatur. So können auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte einen „harten Kern“ im Sinne von Minimalansprüchen des Individuums besitzen, ohne deren Gewährleistung das betroffene Recht ausgehöhlt und seines Sinnes beraubt würde. Dies wird durch die Aufnahme der zentralen Subsistenzrechte in der BRK (z.B. in Art. 25 lit. f.) oder durch die spezifische Regelung von Artikel 11 BRK illustriert, welche die Staaten auffordert, in Notsituationen spezifische Massnahmen zum Schutz und zur Sicherheit von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen.
- Schliesslich erscheinen auch die Ansprüche auf adäquate Verwirklichung dieser Rechte gegenüber Personen in staatlichem Gewahrsam justiziabel. Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selbstständig befriedigen können, weil sie etwa in staatlichem Gewahrsam sind, haben einen unmittelbaren Anspruch auf sozialrechtlich gebotene Leistungen, welche über das Minimum des harten Kerns (genügende Nahrung, Unterbringung, Bekleidung und medizinische Versorgung) hinausgehen können. Dies muss auch für Menschen mit Behinderungen gelten, die in einer staatlichen Institution leben oder unter Vormundschaft stehen.

Im erläuternden Bericht zur BRK hatte der Bundesrat noch darauf hingewiesen, dass sich die schweizerische Praxis zum rein programmatischen Charakter von WSK-Rechten im Zusammenhang mit der BRK, welche als erste universelle Menschenrechtskonvention eigenständige wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankert, schwer aufrecht erhalten lasse.³⁰

In der Botschaft zur BRK nahm der Bundesrat jedoch von dieser Einschätzung wieder Abstand und blieb weiterhin bei seiner ablehnenden Haltung betreffend der Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte und entsprechender Teilgehalte, auch in der Behindertenrechtskonvention. *„In diesem Sinne verzichtet der Bundesrat bewusst darauf, das eigenständige Fakultativprotokoll zum Übereinkommen zu ratifizieren. Aber obwohl die Bestimmungen des Übereinkommens kein subjektives Recht begründen, bilden sie integralen Bestandteil der Rechtsordnung. Mit andern Worten: Die internationalen Verpflichtungen bleiben bestehen, ob sie nun gegenüber den staatlichen Behörden geltend gemacht werden können oder nicht.*“³¹

In der der Botschaft folgenden Parlamentarischen Debatte wurde in der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SDK) *„wiederholt betont, dass die Konvention keine einklagbaren Rechte schafft.*“³²

Als eines der Hauptargumente, welches für die Ratifikation sprach, wurde in beiden Räten entsprechend jeweils vorgebracht, dass die Konvention keine neuen Individualrechte schafft und insbesondere keine neue Individualbeschwerdemöglichkeit einräumt, da das Fakultativprotokoll nicht ratifiziert werde.³³

²⁹ Botschaft BRK, S. 675.

³⁰ Erläuternder Bericht BRK, S. 56.

³¹ Botschaft BRK, S. 675.

³² Schenker Silvia, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Nationalrat - Sommersession 2013 - Sechzehnte Sitzung - 21.06.13, AB 2013 N 1172, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411114.htm?DisplayTextOid=411115 (besucht am 11.06.2014).

³³ Siehe z.B. Pascale Bruderer Wyss, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Ständerat - Wintersession 2013 - Zweite Sitzung - 26.11.13, AB 2013 S. 950, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4911/424512/d_s_4911_424512_424513.htm (besucht am 11.06.2014).

In den Debatten wurde ganz grundsätzlich bemerkt, dass *„die Vorschriften des Übereinkommens (richten) sich daher primär an den Gesetzgeber (...), welcher die Richtlinien bei seiner Tätigkeit zu beachten hat.“*³⁴ *„Weil es (aber) keine einklagbaren Rechte sind – wie auch die Sozialziele, die wir in die Bundesverfassung geschrieben haben, keine einforderbaren Rechte sind –, ist die Ratifizierung auch kein Problem für die Souveränität der Schweiz.“*³⁵

Dazu führte Bundesrat Burkhalter aus, dass *«(c)ette convention ne crée pas de droits spéciaux, elle concrétise l'application de standards, elle sensibilise les Etats parties - et encore une fois il s'agira bientôt du monde entier - aux besoins spécifiques des handicapés. La convention, cela a été dit, s'adresse avant tout aux législateurs, qui peuvent décider dans un cadre fixé. Il n'y a pas de nouveaux éléments découlant directement de cette convention.»*³⁶ *«La convention s'adresse (donc) aussi et surtout aux législateurs et contient une majorité de dispositions conçues comme un programme.»*³⁷

Als Mitglied der SDK erklärte Ruth Humbel *„(a)us der Konvention ergeben sich nämlich keine Verpflichtungen, und sie begründet auch keine neuen Rechte für Individuen - Herr Brunner³⁸, sie begründet also keine Individualrechte. Es sind politische Ziele, und das Prinzip der Verhältnismässigkeit muss gewahrt werden.“*³⁹

Im Zusammenhang mit Art. 27 BRK wurde ausserdem vorgebracht, dass *„Sie (die Konvention) enthält keine einforderbaren Bestimmungen, die Verpflichtungen des Übereinkommens sind nicht justiziabel.“*⁴⁰

Soweit ersichtlich wurden diese Einschätzungen in den Debatten nicht weiter hinterfragt. Jedoch fällt auf, dass die Parlamentsmitglieder davon ausgehen, dass eigentlich alle Bestimmungen der BRK bloss programmatischen Charakter haben, während der Bundesrat darauf hinweist, dass *die Mehrheit* der Bestimmungen programmatisch ist. Es ist damit festzustellen, dass der Bundesrat in der Botschaft und in der Debatte zur BRK einerseits auf seinem ablehnenden Standpunkt betreffend der Justiziabilität von WSK-Rechten und damit einem Teil der Garantien der BRK festhält, andererseits scheint die Frage der Justiziabilität der BRK Garantien in ihrer Gesamtheit in der Bundesversammlung noch nicht eindeutig geklärt zu sein.

³⁴ Alex Kuprecht, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Ständerat - Wintersession 2013 - Zweite Sitzung - 26.11.13, AB 2013 S. 952, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4911/424512/d_s_4911_424512_424513.htm (besucht am 11.06.2014).

³⁵ Maja Imbold, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Nationalrat - Sommersession 2013 - Sechzehnte Sitzung - 21.06.13, AB 2013 N 1175, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411114.htm?DisplayTextOid=411115 (besucht am 11.06.2014).

³⁶ Didier Burkhalter, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Ständerat - Wintersession 2013 - Zweite Sitzung - 26.11.13, AB 2013 S. 953.

³⁷ Didier Burkhalter, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Nationalrat - Sommersession 2013 - Sechzehnte Sitzung - 21.06.13, AB 2013 N 1175, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411114.htm?DisplayTextOid=411115 (besucht am 11.06.2014).

³⁸ Hinweis auf Toni Brunner, welcher in seiner Wortmeldung die Frage gestellt hatte, welche Individualansprüche die BRK schaffen werde (im Zusammenhang mit Art. 24 BRK und der integrativen Ausgestaltung des Bildungssystems), siehe AB 2013 N 1173.

³⁹ Ruth Humbel, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen, Nationalrat - Sommersession 2013 - Sechzehnte Sitzung - 21.06.13, AB 2013 N 1174, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411114.htm?DisplayTextOid=411115 (besucht am 11.06.2014).

⁴⁰ Maja Ingold, Nationalrat, 12.100 Menschen mit Behinderungen. Übereinkommen. Abrufbar im Amtlichen Bulletin, Nationalrat/Conseil national 21.06.13 (Erstrat - Premier Conseil), AB 2013 N 1171, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411114.htm?DisplayTextOid=411115 (besucht am 11.06.2014).

Der Behindertenrechtsausschuss hat bisher zwei General Comments⁴¹ verfasst, welche jedoch keine über die Konvention hinausgehenden Hinweise auf die direkte Anwendbarkeit der Konventionsgarantien geben.

Unabhängig von der direkten Anwendbarkeit ist die Konvention für die Schweiz jedoch rechtlich verbindlich.⁴² Dieser Grundsatz ist insbesondere im Hinblick auf völkerrechtliche Verpflichtungen, welche in der schweizerischen Rechtsordnung (noch) kein ausdrückliches Äquivalent haben, von Bedeutung. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden im Sinne eines Exkurses kurz die in Art. 5 Abs. 3 BRK festgehaltene Pflicht zur Ergreifung sog. „angemessener Vorkehrungen“ besprochen, welche auch für private Dienstleistungen Geltung beansprucht.

1.1.3. Exkurs: Angemessene Vorkehrungen

Wie unten ausgeführt wird, sind private Dienstleister gestützt auf das BehiG nicht dazu verpflichtet, Massnahmen vorzukehren, um Menschen mit Behinderung den Genuss der angebotenen Dienstleistung zu ermöglichen. Es besteht damit weder ein Anspruch auf bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung noch ein Anspruch darauf, dass eine Benachteiligung verhindert wird (Art. 8 Abs. 3 BehiG). Es ist fraglich, ob diese Regelung geeignet ist, Art. 8 Abs. 2 und 4 BV effektiv Geltung zu verschaffen.

In diesem Zusammenhang ist das Institut der sog. „angemessenen Vorkehrungen“ oder „reasonable accommodation“ relevant, welches in der BRK verankert ist. Gemäss Art. 2 BRK bedeuten angemessene Vorkehrungen *„notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen oder ausüben können“*. Die Verweigerung von angemessenen Vorkehrungen stellt gemäss Art. 2 und Art. 5 Abs. 3 BRK eine Diskriminierung dar.

In seinem General Comment Nr. 2 vom April 2014⁴³ macht der Ausschuss deutlich, dass die Pflicht zur Vornahme von „angemessenen Vorkehrungen“ nach Art. 5 Abs. 3 BRK von der in Art. 9 BRK festgehaltenen Pflicht der Staaten, für gleichberechtigten Zugang zu sorgen, zu unterscheiden ist.

Gemäss Art. 9 BRK müssen Staaten Massnahmen ergreifen, um Menschen mit Behinderung eine unabhängige Lebensführung und die volle Teilhabe in allen Lebensbereichen zu ermöglichen. Ziel dieser Massnahmen ist die Gewährleistung des gleichberechtigten Zugangs für Menschen mit Behinderungen zur physischen Umwelt, zu Transportmitteln, Information und Kommunikation, sowie zu anderen Einrichtungen und Diensten, die der Öffentlichkeit in städtischen und ländlichen Gebieten offenstehen oder für sie bereitgestellt werden.

Der aus Art. 9 BRK fliessenden Schutzpflicht der Vertragsstaaten muss generell-abstrakt für alle Menschen mit Behinderung nachgekommen werden. Die in Art. 5 Abs. 3 BRK erwähnten „angemessenen Vorkehrungen“ hingegen beziehen sich stets auf eine individuell-konkrete Situation, in welcher die allgemeinen Massnahmen zur Zugangsgewährung nicht ausreichen. Während Mass-

⁴¹ Beide am 11.04.2014: CRPD, General Comment Nr. 1, Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1; CRPD, General Comment Nr. 2, Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2.

⁴² Art. 26 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969 (WVK, Wiener Vertragsrechtskonvention, SR 0.111).

⁴³ CRPD, General Comment No. 2 on “Article 9: Accessibility”, CRPD/C/GC/2.

nahmen nach Art. 9 BRK unabhängig davon getroffen werden müssen, ob sie verhältnismässig oder zumutbar sind, dürfen „angemessene Vorkehrungen“ keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung für den/die Verpflichtete/n darstellen:

„Accessibility is related to groups, whereas reasonable accommodation is related to individuals. This means that the duty to provide accessibility is an ex ante duty. States parties therefore have the duty to provide accessibility before receiving an individual request to enter or use a place or service. (...) The obligation to implement accessibility is unconditional, i.e. the entity obliged to provide accessibility may not excuse the omission to do so by referring to the burden of providing access for persons with disabilities. The duty of reasonable accommodation, contrarily, exists only if implementation constitutes no undue burden on the entity.“⁴⁴

“The duty to provide reasonable accommodation is an ex nunc duty, which means that it is enforceable from the moment an individual with an impairment needs it in a given situation, for example, workplace or school, in order to enjoy her or his rights on an equal basis in a particular context. Here, accessibility standards can be an indicator, but may not be taken as prescriptive. Reasonable accommodation can be used as a means of ensuring accessibility for an individual with a disability in a particular situation. Reasonable accommodation seeks to achieve individual justice in the sense that non-discrimination or equality is assured, taking the dignity, autonomy and choices of the individual into account. Thus, a person with a rare impairment might ask for accommodation that falls outside the scope of any accessibility standard.“⁴⁵

Die Pflicht zur Ergreifung von Anpassungsmassnahmen bzw. der ausdrückliche Verzicht der Auf-erlegung einer solchen Pflicht im Zusammenhang mit privaten Dienstleistungen, ist durch das BehiG geregelt (siehe Art. 8 Abs. 3 BehiG);⁴⁶ eine vergleichbare Regelung der „angemessenen Vorkehrungen“ gibt es in Bezug auf private Dienstleistungen bisher jedoch nicht, denn Art. 6 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BehiG sieht im Rahmen privater Diskriminierungen lediglich eine finanzielle Entschädigung vor. In der Lehre wird deshalb davon ausgegangen, dass die geltende Regelung im Lichte von Art. 9 BRK nicht mehr tragfähig ist und angepasst werden muss.⁴⁷

In der Botschaft zum BRK wird zumindest für staatliche Diskriminierung ausdrücklich davon ausgegangen, dass im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung angemessene Vorkehrungen getroffen werden müssen: *„Wird eine Diskriminierung gemäss Artikel 8 Absatz 2 BV festgestellt, folgt die Pflicht, diese zu beseitigen. Dies kann angemessene Vorkehrungen erfordern, auf die der betroffene behinderte Mensch im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit einen Anspruch hat. Die Pflicht zum Ergreifen von Massnahmen zur Unterlassung oder Beseitigung einer Benachteiligung im Rahmen der Verhältnismässigkeit wird zudem auch im BehiG für einzelne Bereiche verankert und konkretisiert (Art. 7, 8, 11 und 12 BehiG).“⁴⁸* Zu Art. 5 Abs. 3 BRK äussert sich die Botschaft nur kurz: *„Absatz 3 verpflichtet sodann die Vertragsstaaten zu geeigneten Schritten, um angemessene Vorkehrungen mit dem Ziel der Förderung der Gleichberechti-*

⁴⁴ Ibid., para. 25.

⁴⁵ Ibid., para. 26.

⁴⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 301 ff.

⁴⁷ Ibid., S. 304; KÄLIN/KÜNZLI/WYTENBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, S. 63 f.

⁴⁸ Botschaft BRK, S. 678.

gung und zur Beseitigung von Diskriminierungen zu treffen. Diese generalklauselhafte Bestimmung ist programmatisch und kann als eigentlicher Auffangtatbestand verstanden werden“.⁴⁹

Im Rahmen von dem BehiG unterstehenden Arbeitsverhältnissen⁵⁰ sehen Art. 13 Abs. 1 BehiG und Art. 12 Abs. 1 BehiV⁵¹ eine Verpflichtung des Bundes zur Ergreifung von „angemessenen Vorkehrungen“ vor.⁵² So verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht das Bundesamt für Bauten und Logistiken, individuelle Massnahmen⁵³ für eine seit zwanzig Jahren im Reinigungsdienst beschäftigte geistig behinderte Frau zu treffen, nachdem sie wegen einer Umstrukturierung mit ihren neuen Aufgaben überfordert war.⁵⁴

Der Ausschuss geht davon aus, dass direkt aus Art. 5 Abs. 3 BRK Pflichten für die Vertragsstaaten abgeleitet werden können und die Bestimmung damit nicht nur programmatischen Charakters ist.⁵⁵ Dies lässt sich aus dem Entscheid H.M. gegen Schweden⁵⁶ ersehen: Die Beschwerdeführerin litt am sog. Ehlers-Danlos Syndrom, wodurch ihre Gelenke überdehnbar waren und sie in ihrer Mobilität stark eingeschränkt war und ihr Haus nicht mehr verlassen konnte. Ihr Zustand konnte einzig mit Hilfe einer Wassertherapie verbessert werden, welche sie aufgrund ihrer eingeschränkten Mobilität nur zuhause durchführen konnte. Entsprechend stellte sie ein Baugesuch zur Errichtung eines überdachten Schwimmbades. Dieses wurde abgelehnt mit der Begründung, dass ca. 45 Quadratmeter ihres dazu notwendigen Privatgrundstücks nicht als Bauland eingezont waren. Der Ausschuss stellte fest, dass die Wassertherapie eine essentielle und im Falle der Beschwerdeführerin die einzige Möglichkeit war, ihren Gesundheitszustand zu verbessern. Erforderlich dazu wäre eine Abweichung von der Bauordnung, was laut dem anwendbaren Raumplanungsgesetz möglich wäre. Schweden konnte nicht nachweisen, dass das Abweichen von der Bauordnung eine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellt. Entsprechend entschied der Ausschuss, dass Schweden seine aus Art. 5 Abs. 3 BRK fliessende Verpflichtung zur Ergreifung angemessener Vorkehrungen nicht erfüllt hatte und empfahl die Wiedergutmachung der Verletzung durch eine Neuurteilung des Baugesuchs der Beschwerdeführerin und einer finanziellen Kompensation.

Unklar ist bisher allerdings, inwieweit auch Private zur Ergreifung angemessener Vorkehrungen verpflichtet werden können. Bisher lehnt das Bundesgericht eine direkte Wirkung von Art. 8 Abs. 2 BV zwischen Privaten ab und das BehiG sieht keine Verpflichtung von Privaten zur aktiven Vornahme von Anpassungen vor (siehe Art. 6 BehiG, dazu unten).⁵⁷ Art. 2 und Art. 5 Abs. 3 BRK werden jedoch die Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV beeinflussen müssen bzw. die Diskussion der Umsetzung auf Gesetzesebene auslösen müssen. Aktuell erfüllt die Schweizerische Rechtsordnung die Anforderung von Art. 5 Abs. 3 BRK nicht.

⁴⁹ Ibid., S. 683.

⁵⁰ Siehe dazu unten.

⁵¹ Verordnung vom 19.11.2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiV; SR 151.31).

⁵² SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 426.

⁵³ Z.B. besondere Begleitmassnahmen, eine örtliche Versetzung oder der Einsatz in einem anderen Arbeitsgebiet.

⁵⁴ BVGE, 2008/25 vom 29.04.2008, E. 6.6.2 und 7; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 426.

⁵⁵ Siehe dazu noch KÄLIN/KÜNZLI/WYTTENBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, S. 54 ff. und S. 107/108.

⁵⁶ H.M. v. Sweden, Communication No. 3/2011, 19.04.2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

⁵⁷ BGE 136 I 178 E. 5.1 S. 179; BGE 133 III 167 E. 4.2 S. 172; BGE 120 V 312 E. 3b S. 316 (noch Art. 4 Abs. 2 aBV).

1.2. Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Sowohl Art. 2 Abs. 1 als auch Art. 23 der Kinderrechtskonvention (KRK)⁵⁸ schützen Kinder mit Behinderung vor Diskriminierung und streben deren Integration in die Gesellschaft an. Während Art. 2 Abs. 1 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot statuiert, beschreibt Art. 23 Abs. 1 Zielvorgaben, um die gesellschaftliche Integration von Kindern mit Behinderung zu erreichen.⁵⁹ Die Absätze 2 und 3 regeln, dass Kindern mit Behinderung die von ihnen benötigten Betreuungsmassnahmen zukommen sollen. Hierbei handelt es sich nicht um neue Rechte, die nichtbehinderte Kinder nicht haben, sondern es geht um die Sicherstellung, dass Kinder mit Behinderung diese in Art. 20 KRK geregelten allgemeinen Rechte gleichberechtigt wahrnehmen können.⁶⁰ Absatz 4 legt fest, dass die Mitgliedstaaten zusammenarbeiten und im Austausch bleiben, was Informationen über Gesundheitsvorsorge und der medizinischen, psychologischen und funktionellen Behandlung von Kindern mit Behinderung betrifft. Die Kinderrechtskonvention war das erste Menschenrechtsabkommen, welches Behinderung ausdrücklich erwähnte.

Die Kinderrechtskonvention ist teilweise direkt anwendbar, d.h. die Verletzung gewisser Bestimmungen kann direkt vor Schweizerischen Gerichten angerufen werden. Ein entsprechendes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Zusammenhang mit Behinderung ist soweit ersichtlich jedoch bisher nicht ergangen.

Ein Individualbeschwerdeverfahren an den Kinderrechtsausschuss besteht seit April 2014. Das entsprechende Fakultativprotokoll⁶¹ trat mit der 10. Ratifikation in Kraft.⁶² Die Schweiz hat das Fakultativprotokoll nicht unterzeichnet.

Als Vertragsstaat der Kinderrechtskonvention muss die Schweiz in regelmässigen Abständen Rechenschaft über die Umsetzung der Konvention abliefern. In diesem Zusammenhang erhielt die Schweiz erst einmal, im Jahr 2002, Rückmeldungen zu ihrem 1. Bericht. Im Januar 2015 wurden die Berichte Nr. 2, 3 und 4 untersucht, welche gemeinsam im Juli 2012 eingereicht wurden.⁶³ In Bezug auf Kinder mit Behinderung hatte der Kinderrechtsausschuss der Schweiz 2002 empfohlen, die statistische Datenlage zu verbessern, die Integration der Kinder in die Regelschule zu fördern und die Unterscheidung zwischen Kindern, die mit Behinderung geboren wurden und Kindern, die behindert werden im Zusammenhang mit der Betreuung daheim zu überprüfen und schlussendlich aufzugeben.⁶⁴ Im Februar 2015 wiederholte und bekräftigte der Ausschuss seine Empfehlung betreffend die Verbesserung der statistischen Datenlage über Kinder mit Behinderung.⁶⁵ Ausserdem zeigte sich der Ausschuss besorgt über die weiterhin verbreitete Diskriminierung von marginalisierten Kindern und legte der Schweiz nahe, ihre Bemühungen zur Stärkung des Diskriminierungsschutzes von Kindern mit Behinderung zu intensivieren.⁶⁶ In Bezug auf die schulische Inklusion von Kindern mit einer Behinderung wies der Ausschuss auf die ungenügenden menschlichen und finanziellen Ressourcen, welche für die Inklusion von Kindern mit Behin-

⁵⁸ Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107).

⁵⁹ CRC, General Comment No. 9, 2006, CRC/C/GC/9, para. 11.

⁶⁰ SCHMAHL, Art. 23, Rn. 7 ff.

⁶¹ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child (CRC-OP-IC) vom 19.12.2011.

⁶² Bisher 48 Unterzeichnungen und 17 Ratifikationen (Stand April 2015). Das Protokoll trat am 14.04.2014 in Kraft.

⁶³ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=CHE&Lang=EN (besucht am 20.04.2015).

⁶⁴ CRC, Concluding Observations Switzerland, 2002, CRC/C/15/Add.182, paras. 42/43.

⁶⁵ CRC, Concluding Observations Switzerland, 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, paras. 17 und 55.

⁶⁶ Ibid., paras. 24/25.

derung in die Regelschule zur Verfügung stehen, hin und empfahl der Schweiz, klare und einheitliche Richtlinien zur Inklusion an die Kantone abzugeben.⁶⁷

In Bezug auf den Zugang zur Justiz empfahl der Kinderrechtsausschuss 2006 allen Vertragsstaaten mit General Comment Nr. 9 *“provide for effective remedies in case of violations of the rights of children with disabilities, and ensure that those remedies are easily accessible to children with disabilities and their parents and/or others caring for the child.”*⁶⁸

1.3. UNO Pakt I und UNO Pakt II

Beide UNO Pakte schützen vor Diskriminierung⁶⁹ bei der Ausübung der Paktgarantien, nennen Diskriminierung wegen einer Behinderung aber nicht ausdrücklich. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Ausschuss) erklärt in seinem General Comment Nr. 5, dass die Garantien des Paktes I für alle Mitglieder der Gesellschaft gelten und Menschen mit Behinderung damit klar dazugehören. Im Übrigen seien die Staaten verpflichtet, im Rahmen ihrer Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass Menschen mit Behinderung notwendige spezielle Behandlung erhalten, um allfällige Nachteile beim Genuss der garantierten Rechte zu beseitigen. Behinderung sei zwar nicht explizit erwähnt, falle aber unter den Begriff des "sonstigen Status" in Art. 2 Abs. 2 Pakt I.⁷⁰ Schliesslich erklärte der WSK-Ausschuss, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung zu Menschen mit Behinderung in der Konvention wohl dem Mangel an Bewusstsein über das Thema Behinderung zum Zeitpunkt des Verfassens der Konvention geschuldet sei. Diese Erkenntnis hindere jedoch nicht daran, dass das Thema implizit in der Konvention verankert ist.⁷¹

In seinem General Comment Nr. 20 stellt der WSK-Ausschuss klar, dass die Vertragsstaaten Massnahmen ergreifen müssen um sicherzustellen, dass auch private Diskriminierung aufgrund einer Behinderung bekämpft wird. Dazu gehört auch die Anpassung der nationalen Gesetzgebung.⁷²

Die Schweiz hat das Individualbeschwerdeverfahren zum Pakt I nicht anerkannt und erachtet die Bestimmungen des Paktes I als nicht direkt anwendbar.

Der WSK-Ausschuss hat sich in seinen Concluding Observations zum Staatenbericht der Schweiz 2010 besorgt gezeigt über anhaltende Diskriminierung von u.a. Menschen mit Behinderung. Er bemängelte, dass nur einige Kantone über Antidiskriminierungsgesetze verfügen und ein für die ganze Schweiz geltendes Antidiskriminierungsgesetz nicht existiere. Für den nächsten Bericht der Schweiz⁷³ verlangte der WSK-Ausschuss detaillierte Informationen über das kantona-

⁶⁷ Ibid., paras. 54/55.

⁶⁸ CRC, General Comment No. 9, 2006, CRC/C/GC/9, para.9 (b).

⁶⁹ Art. 2 Abs. 2 UNO Pakt I, Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO Pakt II.

⁷⁰ CESCR, General Comment No. 5 on persons with disabilities, 1994, para. 5.

⁷¹ Ibid., para. 6.

⁷² CESCR, General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2009, para. 11.

⁷³ Einzureichen am 30.06.2015.

le Sonderpädagogik-Konkordat⁷⁴ und dessen Übereinstimmung mit internationalen Menschenrechtsstandards.⁷⁵

Weder das akzessorische noch das selbständige Diskriminierungsverbot des Pakts II nennen Behinderung ausdrücklich. In General Comment Nr. 25 von 1996 erwähnte der Menschenrechtsausschuss erstmals das Unterscheidungsmerkmal „Behinderung“ und führte im Zusammenhang mit dem Recht zu Wählen und Abzustimmen aus, *“it is unreasonable to restrict the right to vote on the ground of physical disability or to impose literacy, educational or property requirements.”*⁷⁶ In den Concluding Observations zum Staatenbericht von Irland 2000⁷⁷ deutete der Menschenrechtsausschuss schliesslich an, dass Behinderung im Rahmen von „sonstigem Status“ als verpöntes Unterscheidungsmerkmal zu gelten hat und bekräftigt diese Interpretation seither.⁷⁸

Im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens bestünde daher die Möglichkeit einer Beschwerde wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung.⁷⁹ Allerdings hat die Schweiz das erste Fakultativprotokoll betreffend das Individualbeschwerdeverfahren nicht ratifiziert.

Der Menschenrechtsausschuss hat im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens der Schweiz bisher die Thematik der Behinderung nicht aufgenommen. Die Concluding Observations zu den Berichten der Schweiz 1996⁸⁰, 2001⁸¹ und 2009⁸² enthalten auch keine Empfehlungen zu Menschen mit Behinderung.

1.4. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)⁸³

Das Übereinkommen schützt Frauen vor Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts. Es gilt für alle Frauen (mit und ohne Behinderung), enthält jedoch keine speziellen Bestimmungen zu Behinderung und nennt Behinderung nicht als verpöntes Unterscheidungsmerkmal. Wie bei den Ausschüssen zu Pakt I und II stellte sich nach einigen Jahren auch beim Frauenrechtsausschuss das Bewusstsein für Menschen mit Behinderung ein.

Entsprechend veröffentlichte der Ausschuss zwei Allgemeine Empfehlungen zum Thema Behinderung. In der Allgemeinen Empfehlung Nr. 18 von 1991 („Frauen mit Behinderung“) forderte er die Vertragsstaaten dazu auf, ihre regelmässigen Berichte mit Informationen über Frauen mit Behinderung, insbesondere im Bereich Arbeit, Bildung und sozialer Sicherheit, zu ergänzen. Da-

⁷⁴ Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik, vom 25.10.2007, in Kraft seit 01.01.2011, zugänglich über http://edudoc.ch/record/87689/files/Sonderpaed_d.pdf (besucht am 20.04.2015).

⁷⁵ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3, paras. 7/8, 30.

⁷⁶ HR Committee, General Comment No. 25, vom 17. Juli 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, para. 10.

⁷⁷ HR Committee, Concluding Observations Ireland, 2000, A/55/40, paras. 422-451, para. 29(e); JOSEPH/SCHULTZ/CASTAN, 2004, para 23.25, S. 691.

⁷⁸ Z.B. HR Committee, Concluding Observations China, 2013, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, para. 24; HR, Committee, Concluding Observations Belgium, 2010, CCPR/C/BEL/CO/5, para. 11.

⁷⁹ Siehe dazu den seltsam anmutenden Fall *Manuel Wackenheim v. France*, Communication No. 854/1999 vom 17.07.2002. Der Ausschuss geht nach Beschwerde eines kleinwüchsigen Mannes gegen das Verbot von „Zwergenwerfen“ davon aus, dass die Unterscheidung zwischen kleinwüchsigen und „normalwüchsigen“ Menschen unter dem Stichwort „other Status“ auf objektiven Gründen beruht und zulässig ist.

⁸⁰ HR Committee Concluding Observations Switzerland, 1996, CCPR/C/79/Add.70.

⁸¹ HR Committee Concluding Observations Switzerland, 2001, CCPR/CO/73/CH.

⁸² HR Committee Concluding Observations Switzerland, 2009, CCPR/C/CHE/CO/3. Der Menschenrechtsausschuss lobte die Schweiz allerdings für die Verabschiedung des Behindertengleichstellungsgesetzes, siehe Concluding Observation para. 3(d).

⁸³ SR 0.108.

bei stützte er sich auf Art. 3 des Übereinkommens und rief in Erinnerung, dass Frauen mit Behinderung doppelter Diskriminierung ausgesetzt sind.⁸⁴

Mit Allgemeiner Empfehlung Nr. 24⁸⁵ betreffend Frauen und Gesundheit wies der Ausschuss 1999 die Staaten darauf hin, dass Frauen mit physischen oder mentalen Behinderungen besonders benachteiligt sein können und deren Situation daher besondere Aufmerksamkeit erhalten muss.

Der CEDAW-Ausschuss äussert sich seither regelmässig in seinen Concluding Comments zum Thema und fordert die Mitgliedstaaten einerseits auf, vermehrt Daten über Frauen mit Behinderung zu liefern, so z.B. 2003 in den Concluding Comments zu Luxemburg⁸⁶ und 2007 zu Pakistan⁸⁷, andererseits macht er auch konkrete Handlungsempfehlungen, wie 2003 an Kanada⁸⁸ und 2006 an Australien.⁸⁹ 2003 wurde der (gemeinsame erste und zweite) Bericht der Schweiz untersucht, Bemerkungen zu Menschen mit Behinderung erhielt die Schweiz jedoch nicht.⁹⁰ Auch die Rückmeldungen zum dritten Staatenbericht der Schweiz 2009 beschränkten sich auf die Empfehlung, das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu ratifizieren.⁹¹ Den gemeinsamen 4. und 5. Bericht hat die Schweiz am 26. Februar 2015 eingereicht,⁹² er wird voraussichtlich Ende 2016 beurteilt.

2008 hat die Schweiz das Fakultativprotokoll zum Mitteilungsverfahren⁹³ ratifiziert. Bisher sind aus der Schweiz noch keine Mitteilungen an den Ausschuss gerichtet worden.

Das Übereinkommen ist teilweise direkt anwendbar, auf bundesgerichtlicher Ebene sind bisher soweit ersichtlich jedoch keine Urteile im Zusammenhang mit Behinderung ergangen.

2. Europäische Ebene

2.1. Europäische Menschenrechtskonvention EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert in Art. 14 den Genuss der Konventionsrechte ohne Diskriminierung wegen verschiedener, nicht abschliessend erwähnter Merkmale. Obwohl das Merkmal einer Behinderung nicht ausdrücklich erwähnt ist, fallen laut der Rechtspre-

⁸⁴ CEDAW, General Recommendation No. 18 on "Disabled women", 1991.

⁸⁵ CEDAW, General Recommendation No. 24 on „Art. 12: Women and Health“, 1999.

⁸⁶ Luxemburg wird aufgefordert, im nächsten Bericht Informationen über getroffene Massnahmen zur Unterstützung von Frauen mit Behinderung, zur Verfügung zu stellen. Siehe CEDAW, Concluding Comments, Luxembourg, 2003, A/58/38 (Part I), paras. 281-324, para. 321.

⁸⁷ CEDAW, Concluding Comments, Pakistan, 2007, CEDAW/C/PAK/CO/3, paras. 42/43.

⁸⁸ Der Ausschuss zeigt sich besorgt über die hohe Zahl von u.a. Frauen mit Behinderung, die in Armut leben und fordert Kanada dazu auf, seine Massnahmen zur Armutsbekämpfung auf die Auswirkungen auf besonders gefährdete Gruppen von Frauen zu untersuchen. Siehe CEDAW, Concluding Comments, Canada, 2003, A/58/38 (Part I), paras. 325-389, paras. 357/358.

⁸⁹ Der Ausschuss legt Australien nahe, den infrastrukturellen Zugang zur Gesundheitsversorgung für Frauen mit Behinderung zu erleichtern. Siehe CEDAW, Concluding Comments, Australia, 2006, CEDAW/C/AUL/CO/5, para. 27.

⁹⁰ CEDAW, Concluding Comments, Switzerland, 2003, A/58/38 (Part I), paras. 87-141.

⁹¹ CEDAW, Concluding Comments, Switzerland, 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3, para. 49.

⁹² CEDAW, State Report Switzerland, 2015, CEDAW/C/CHE/4-5.

⁹³ Fakultativprotokoll vom 06.10.1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.1.

chung des Gerichtshofs Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung unter „sonstigen Status.“⁹⁴ Die Bestimmungen der EMRK sind direkt anwendbar und können sowohl auf nationaler Ebene als auch (nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges) vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt werden. Art. 14 ist ein akzessorisches Diskriminierungsverbot und muss zusammen mit einem in der EMRK gewährten Recht geltend gemacht werden. Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, welches ein selbstständiges Diskriminierungsverbot garantiert, wurde von der Schweiz nicht anerkannt.

Gegen die Schweiz ist in Bezug auf Diskriminierung wegen einer Behinderung, soweit ersichtlich, bisher nur ein Urteil ergangen: Im Fall *Glor gegen die Schweiz*⁹⁵ ging es um einen Mann, welcher wegen einer leichten Behinderung (Diabetes) als für den Militärdienst untauglich eingestuft wurde, obwohl er dienstwillig gewesen wäre. Entsprechend wurde er zur Zahlung des Militärpflichtersatzes verpflichtet. Der EGMR entschied auf Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.

2.2. Europarat

Am 5. April 2006 verabschiedete das Ministerkomitee des Europarats mit Empfehlung 2006(5) den Aktionsplan 2006–2015 für Menschen mit Behinderungen.⁹⁶ Er enthält 15 Massnahmen („Aktionslinien“), unter anderem zu Beteiligung am politischen, öffentlichen und kulturellen Leben, Bildung, Informationen und Kommunikation, Beschäftigung, Zugang zu Gebäuden und Transportmitteln, dem Schutz vor Gewalt und Missbrauch und dem Verständnis der Öffentlichkeit. Für jede Aktionslinie enthält der Aktionsplan konkrete Massnahmen für die Mitgliedstaaten.

Aktionslinie Nr. 12 betrifft den rechtlichen Schutz von Menschen mit Behinderung und hält fest, dass der Zugang zum Rechtssystem für Menschen mit Behinderung oft durch Barrieren erschwert wird; entsprechend bedarf es Massnahmen und positiver Förderung, inkl. der Sensibilisierung der Angehörigen der Rechtsberufe für das Thema Behinderung.⁹⁷ Konkret sollen die Mitgliedstaaten unter anderem durch die *„Einrichtung spezieller gesetzgeberischer Massnahmen, Gremien, Meldeverfahren und Rechtsmittel Schutz gegen Diskriminierung bieten“*,⁹⁸ *„sicherstellen, dass Bestimmungen, die behinderte Menschen diskriminieren, aus den allgemeinen Rechtsvorschriften entfernt werden“*⁹⁹ und *„Schulungen zum Thema Menschenrechte und Behinderung (sowohl national als auch international) für Angehörige des Vollzugspersonals, öffentliche Bedienstete, Justiz- und Gesundheitspersonal fördern.“*¹⁰⁰

Seit 1986 hat das Ministerkomitee neben der Empfehlung 2006(5) 13 weitere Empfehlungen¹⁰¹ betreffend Menschen mit Behinderung an die Mitgliedstaaten gerichtet. Die aktuellste Empfeh-

⁹⁴ Z.B. EGMR, *Glor v. Switzerland*, vom 30.04.2009, Application No. 13444/04, para. 80: „As the list of grounds of distinction given in Article 14 is not exhaustive (“or other status”...), there is no doubt that the scope of this provision includes discrimination based on disability”.

⁹⁵ EGMR, *Glor v. Switzerland*, vom 30.04.2009, Application No. 13444/04.

⁹⁶ Aktionsplan Europarat, im Anhang zur Empfehlung (2006)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Aktionsplan des Europarats zur Förderung der Rechte und vollen Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft: Verbesserung der Lebensqualität behinderter Menschen in Europa 2006-2015 vom 05.04.2006.

⁹⁷ *Ibid.*, Ziff. 3.12.

⁹⁸ *Ibid.*, Ziff. 3.12.1.

⁹⁹ *Ibid.*, Ziff. 3.12.3, ii.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Ziff. 3.12.3, iii.

¹⁰¹ Siehe auf der Website des Europarates den Link auf die Liste der Empfehlungen des Ministerkomitees unter <http://www.coe.int/de/web/portal/people-with-disabilities> (siehe in der rechten Menuliste unter „Referenztexte“).

lung CM/Rec(2013)3¹⁰² datiert vom 11. Dezember 2013 und befasst sich mit der vollen und gleichberechtigten Teilnahme an Kultur, Sport, Tourismus und Freizeitaktivitäten. Die Parlamentarische Versammlung hat seit 1992 zehn Resolutionen oder Empfehlungen¹⁰³ zum Thema Menschen mit Behinderung verabschiedet. Hinzuweisen ist insbesondere auf Resolution 1642 (2009) vom 26. Januar 2009 «L'accès aux droits des personnes handicapées et leur pleine et active participation dans la société». Darin erinnert die Parlamentarische Versammlung, dass der gleichberechtigte Zugang zum Recht in der Praxis oftmals nur ein frommer Wunsch („vœu pieux“) bleibt und fordert die Mitgliedstaaten dazu auf, die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung in ihren politischen Entscheidungen mit zu berücksichtigen. Ausserdem soll sichergestellt werden, dass Menschen mit Behinderung über Rechtsfähigkeit verfügen und ihnen gleichen Zugang zu Ausbildung und Berufsleben ermöglicht wird.

3. Schweiz

In der Schweizerischen Rechtsordnung gibt es einige wenige Bestimmungen, die Menschen mit Behinderung vor staatlichen oder privaten Benachteiligungen wegen ihrer Behinderung explizit schützen sollen.¹⁰⁴ Im Vordergrund stehen dabei die Schweizerische Bundesverfassung (BV) und das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BehiG). Sowohl die Verfassung als auch das BehiG richten sich nach der in der Invalidenversicherungsgesetzgebung-Gesetzgebung vorgesehenen Dreiteilung des Invaliditätsbegriffes und schützen Menschen mit körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen.¹⁰⁵

3.1. Bundesverfassung

3.1.1. Art. 8 Abs. 2 BV

Art. 8 Abs. 2 BV schützt Menschen mit körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen vor *rechtlicher* Diskriminierung.¹⁰⁶ Insbesondere soll die Gefahr der Stigmatisierung und des gesellschaftlichen Ausschlusses aufgrund von Abweichungen von einer angeblichen „Normalität“ verringert werden.¹⁰⁷ Durch Art. 8 Abs. 2 BV soll namentlich einer Stigmatisierung und einem

¹⁰² Recommandation CM/Rec(2013)3 du Comité des Ministres aux Etats membres en vue d'assurer la participation pleine, égale et effective des personnes handicapées à la culture, au sport, au tourisme et aux activités de loisirs.

¹⁰³ Siehe die Liste der Empfehlungen und Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung auf der Website des Europarates unter <http://www.coe.int/de/web/portal/people-with-disabilities> (siehe in der rechten Menuliste unter „Referenztexte“). Aktuell vom 30.01.2015: Resolution Res 2039 „Egalité et insertion des personnes handicapées“ und Empfehlung Rec 2064 „Egalité et insertion des personnes handicapées“, beide betreffend der Evaluation des Aktionsplans 2006-2015.

¹⁰⁴ Der Standesinitiative des Kantons Basel-Landschaft zur Ergänzung des Strafgesetzbuches um einen Art. 261^{ter}, welcher analog zur Rassismusstrafnorm (Art. 261^{bis} StGB) die öffentliche Diskriminierung von Menschen mit Behinderung verbieten sollte, wurde von beiden Räten 2011 keine Folge geleistet („11.316 – Standesinitiative Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen“).

¹⁰⁵ SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 79.

¹⁰⁶ BGE 139 II 289, E. 2.2.1, S. 293.

¹⁰⁷ MÜLLER/SCHEFER, S. 757; SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 79.

gesellschaftlichen Ausschluss wegen körperlicher oder geistiger Auffälligkeit (oder „Anormalität“¹⁰⁸) entgegengetreten werden.

Eine Ungleichbehandlung durch Anknüpfung an das Merkmal „Behinderung“ ist nicht absolut unzulässig. Die Anknüpfung begründet vorerst einen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Dieser kann aber ausgeräumt werden, wenn die Ungleichbehandlung als sachlich begründet und verhältnismässig gerechtfertigt werden kann („qualifizierte Rechtfertigung“).¹⁰⁹

Mit MÜLLER/SCHEFER¹¹⁰ sind im Rahmen der Überprüfung, ob eine Diskriminierung einer Person mit Behinderung vorliegt, neben den grundsätzlichen Voraussetzungen einer Grundrechtseinschränkung,¹¹¹ zwei Punkte zu beachten:

1. Behinderung ist nicht gleich Behinderung. Es bedarf einer Differenzierung je nach Art der Behinderung.

Aufgrund der unterschiedlichen Formen von Behinderung und der sich damit ergebenden unterschiedlichen Bedürfnisse lassen sich sowohl die Regeln zum Schutz vor Diskriminierung als auch die Voraussetzungen, unter denen eine Ungleichbehandlung wegen Behinderung zulässig sein kann, nur auf hoher Abstraktionsstufe beschreiben.¹¹² Denn ein Mensch mit Sehbehinderung wird z.B. im öffentlichen Leben vermehrt auf bauliche Hindernisse stossen, während ein Mensch mit einer Lernschwäche im Bereich der Aus- und Weiterbildung benachteiligt sein kann und weniger Probleme mit nicht-behindertengerechten Bauten hat.

2. Ungleichbehandlungen von Menschen mit Behinderung dürfen nicht mit Stereotypen gerechtfertigt werden.

Es muss stets im Einzelfall abgeklärt werden, welche (sozialen) Folgen eine Behinderung hat.¹¹³ Nur anhand der konkreten Situation und Einschätzung dürfen abweichende Regelungen für Menschen mit Behinderung getroffen werden. Beispielsweise darf von einer Kinderkrippe für die Betreuung von Kindern mit Trisomie 21 nicht grundsätzlich ein höherer Beitrag verlangt werden, ohne dass überprüft wurde, ob das jeweilige Kind tatsächlich einer intensiveren Betreuung bedarf.

3.1.2. Doppelgehalt von Art. 8 Abs. 4 BV

Art. 8 Abs. 4 schützt Menschen mit körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen vor *faktischer* Diskriminierung¹¹⁴ und spezifiziert sowohl das in Abs. 1 verankerte Gebot der allgemeinen Chancengleichheit als auch den in Abs. 2 festgeschriebenen Schutzauftrag. Art. 8 Abs. 4 BV enthält damit einen Gesetzgebungsauftrag und formuliert ausserdem ganz allgemein eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Menschen mit Behinderung.

Anders als Art. 8 Abs. 3 BV enthält Art. 8 Abs. 4 BV alleine jedoch kein subjektives justiziables Recht; der grundrechtliche Anspruch fliesst aus Art. 8 Abs. 1 und 2 BV. Um sich gegen staatliche

¹⁰⁸ BGE 130 I 352, E. 6.1.

¹⁰⁹ SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 48 und 54.

¹¹⁰ MÜLLER/SCHEFER, S. 757 ff.

¹¹¹ Siehe Art. 36 BV.

¹¹² MÜLLER/SCHEFER, S. 757/758.

¹¹³ Siehe auch BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rn. 137.

¹¹⁴ BGE 139 II 289, E. 2.2.1, S. 293.

Diskriminierungen rechtlich zur Wehr zu setzen, müssen sich Menschen mit Behinderung daher auf Art. 8 Abs. 1 und 2 BV berufen.¹¹⁵

Verlangt wird der Erlass von Massnahmen, die den biologischen Gegebenheiten behinderter Menschen Rechnung tragen und die verhindern, dass Personen, die nicht in jeder Hinsicht den allgemeinen Normen entsprechen, marginalisiert und ausgeschlossen werden.¹¹⁶ Es geht um eine rechtliche Differenzierung, um die Chancengleichheit der Menschen mit Behinderung sicherzustellen.¹¹⁷

Andererseits müssen Massnahmen gegen Benachteiligungen (insbesondere auch gegen indirekte), die Menschen mit Behinderung treffen, vorgesehen werden.¹¹⁸ Dabei geht es um Privilegierungen von Menschen mit Behinderung und nicht bloss um Kompensationsmassnahmen.¹¹⁹ Verlangt wird nicht nur die Beseitigung von Benachteiligungen, mit denen Menschen mit Behinderung aufgrund gesellschaftlicher Stereotypen und Rollenbildern konfrontiert sind. Auch die soziale Integration von Menschen mit Behinderung soll ermöglicht und vereinfacht werden und bestehende faktische Zugangshindernisse sollen beseitigt werden.¹²⁰ Abs. 4 geht insofern über den Gehalt von Abs. 2 hinaus.

Art. 8 Abs. 4 BV richtet sich nicht nur an den bundesrechtlichen Gesetzgeber, sondern verpflichtet auch Kantone und Gemeinden dafür zu sorgen, dass der Schutz von Abs. 4 auf allen Ebenen umgesetzt wird. Mit anderen Worten müssen alle Gesetze zum Schutz von Menschen mit Behinderung bei ihrer Entwicklung, Anwendung und Auslegung sowohl die Anforderungen der Absätze 1 und 2 beachten, als auch auf allfällig notwendige Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung überprüft werden (Abs. 4).¹²¹

3.1.3. Individualrechtliche Ansprüche aus Art. 8 Abs. 2 BV

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Staat in Fällen, in welchen er bei der Ausgestaltung seiner Leistungen (Infrastruktur und Dienstleistungen) Unterschiede schafft, die an eines der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten verpönten Merkmale anknüpfen, die grundrechtliche Pflicht, zur Verhinderung einer mittelbaren Diskriminierung kompensatorische Massnahmen zu treffen. Entsprechend verfügen Menschen mit Behinderung in diesen Fällen über einen individualrechtlichen Anspruch.¹²² So hat eine gehörlose Person direkt gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV einen Anspruch auf einen Gebärdendolmetscher im Verfahren vor einer Behörde. Eine Verrechnung der Kosten etwa mit Sozialleistungen erschiene nicht zulässig.¹²³

In BGE 134 I 105 führt das Bundesgericht aus, dass Art. 8 Abs. 2 BV dem Staat grundsätzlich keine Leistungspflicht zum Ausgleich eines nicht vom Staat verursachten (faktischen) Nachteils (wie eine Behinderung) auferlegt. Im Unterschied zu Art. 8 Abs. 3 BV enthält das Diskriminie-

¹¹⁵ SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, Rn. 79; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rn. 140 und 148. MÜLLER/SCHEFER, S. 761.

¹¹⁶ WALDMANN, S. 430; Erläuterungen BehiG, S. 2.

¹¹⁷ Erläuterungen BehiG, S. 3.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rn. 143 und 146.

¹²⁰ WALDMANN, S. 430, S. 539.

¹²¹ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rn. 140.

¹²² Ibid.

¹²³ MÜLLER/SCHEFER, S. 760; BGE 134 I 105, E. 5, S. 108.

rungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV kein Egalisierungsgebot.¹²⁴ Entsprechend bestehe dort kein Individualanspruch auf kompensatorische Massnahmen, wo gestützt auf eine Behinderung eine bevorzugte Behandlung, z.B. die Finanzierung von baulichen Änderungen in einer privaten Zweitwohnung, verlangt wird.¹²⁵

Im Rahmen privater Diskriminierung findet Art. 8 Abs. 2 BV keine direkte Anwendung.¹²⁶ In dem in Teilstudie 1¹²⁷ erwähnten Bundesgerichtsentscheid 5P.97/2006 wurde einem Antragsteller der Abschluss einer Spitalzusatzversicherung durch eine Versicherung verweigert, da er als Tetraplegiker ein erhöhtes Risiko für Spitalaufenthalte habe. Der Beschwerdeführer verlangte vor Bundesgericht den Abschluss der Versicherung und rügte unter anderem eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Zusatzversicherung keine staatliche Aufgabenübertragung an die Krankenkasse darstelle. Daher könne Art. 8 Abs. 2 BV nicht verletzt sein, weil die Krankenkasse in diesem Zusammenhang keine staatliche Aufgabe wahrnehme und deshalb nicht im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BV an die Grundrechte gebunden sei.¹²⁸

3.1.4. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Notwendigkeit zur Wahrung der Rechte (Art. 29 Abs. 3 BV)

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird in erster Linie durch das Prozessrecht geregelt. Unabhängig davon besteht ein solcher Anspruch unmittelbar aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV. Die unentgeltliche Prozessführung soll jeder Person, die sich von einer Rechtsverletzung betroffen sieht, den tatsächlichen Zugang zum Verfahren und die effektive Wahrung ihrer Rechte ermöglichen. Sie wird auf Gesuch hin einer bedürftigen Person, deren Rechtssache nicht aussichtslos erscheint, gewährt. Kann eine Person auf sich allein gestellt seine/ihre Sache nicht sachgerecht und wirksam vertreten, besteht ausserdem ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung.¹²⁹

Die unentgeltliche Prozessführung betrifft die Einforderung von Kostenvorschüssen und die Überbindung von Verfahrenskosten; ausserdem die Bestellung und Entschädigung eines Rechtsvertreters. Unentgeltliche Prozessführung wird nicht von Amtes wegen zugesprochen, sondern erfordert ein Gesuch der betroffenen bedürftigen Person. Nicht umfasst sind allfällige Parteientschädigungen an die obsiegende Gegenpartei. Bei einer Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der bedürftigen Person können die gewährten Auslagen schliesslich zurückgefordert werden.¹³⁰

Gemäss Bundesgericht ist eine Person „bedürftig“, wenn „*sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind.*“¹³¹ Ein Verfahren gilt als nicht aussichtslos,

¹²⁴ Siehe z.B. auch BGE 134 II 249, E. 3.1, S. 252.

¹²⁵ BGE 134 I 105, E. 5, S. 108/109.

¹²⁶ Siehe z.B. Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006. Siehe dazu auch Teilstudie 1, Kap. II.2.3.4.

¹²⁷ Teilstudie 1, Kap. II.4.4.2.

¹²⁸ Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006, E. 3.3.

¹²⁹ STEINMANN, Kommentar zu Art. 29 BV, Rn. 63 ff.

¹³⁰ Ibid., Rn. 63.

¹³¹ BGE 128 I 225, E. 2.5.1, S. 232.

„wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahr ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese.“¹³²

Ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung besteht, wenn die betroffene Person zur Wahrung ihrer Rechte darauf angewiesen ist bzw. sie zur Wahrung der Rechte notwendig erscheint. Von der Notwendigkeit wird ausgegangen, wenn die betroffene Person ihre Sache alleine nicht sachgerecht und hinreichend wirksam vertreten könnte. Die Notwendigkeit beurteilt sich nach den konkreten Umständen.¹³³ Gemäss Bundesgericht¹³⁴ zählen dazu:

- die Schwere der Betroffenheit in grundlegenden Interessen;
- die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten;
- die anwendbaren Verfahrensvorschriften;
- die Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden („in der Person des Betroffenen liegende Gründe“).

So entschied das Bundesgericht in BGE 130 I 352, dass der angefochtene Entscheid über die Einschulung in die Einführungskategorie für den Beschwerdeführer als Mensch mit Behinderung von erheblicher Tragweite war und seine Interessen daher schwer betroffen waren. Da ausserdem seine Bedürftigkeit erstellt sei, hätte ihm unentgeltliche Rechtspflege sowie Verbeiständung gewährt werden müssen.¹³⁵

Der Rechtsbeistand kann von der bedürftigen Person nicht selber gewählt werden und ein Wechsel kann nur bewilligt werden, wenn die sachgemässe Vertretung des Betroffenen aus objektiven Gründen nicht mehr gewährleistet ist.¹³⁶

3.1.5. Bundesgerichtsentscheide zu Art. 8 Abs. 2 und/oder Abs. 4 BV

Soweit ersichtlich wurden vor Bundesgericht seit dem Jahr 2000 sechs publizierte Entscheide mit direktem Bezug auf eine Diskriminierung wegen Behinderung gefällt. In allen Entscheiden handelte es sich um Fälle staatlicher Diskriminierung.

Einbürgerung

- BGE 139 I 169 (Art. 8 Abs. 2 BV): *Einbürgerungsgesuch* eines Mädchens mit geistiger Behinderung. Das intellektuelle Defizit des Mädchens war zum Zeitpunkt des Urteilsspruchs erwiesenermassen so hoch, dass es ihm nicht möglich war, einen eigenen Willen zu bilden. Auf diese Tatsache berief sich die Gemeinde Amriswil vor Bundesgericht und machte geltend, dass mangels eines eigenen Willens auch kein Wille zur Erlangung des Schweizer Bürgerrechts bestehen könne. Daher sei das durch die gesetzliche Vertreterin (Schwester) eingereichte Gesuch am Verhalten der Hauptbezugspersonen des Mädchens, namentlich der Eltern, zu messen. Diese seien weder vollständig integriert noch hätten sie Anstrengungen unternommen, die Schweizer Staatsangehörigkeit zu erlangen; folglich sei das Gesuch abzulehnen. Das Bundesgericht folgte indes dieser Argumentation nicht und bestätigte mit seinem Urteil den gegenteiligen Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts, in welchem das Einbürgerungserfordernis des „eigenen Willens zur Einbürgerung“ als diskriminierend aufgrund einer Behinderung beur-

¹³² STEINMANN, Kommentar zu Art. 29 BV, Rn. 69.

¹³³ Ibid., Rn. 70.

¹³⁴ BGE 128 I 225, E. 2.5.2, S. 232.

¹³⁵ Bger-E 2P.190/2004 vom 24.11.2004, E. 7.2 (ohne Erwägung 7 publiziert als BGE 130 I 352).

¹³⁶ STEINMANN, Kommentar zu Art. 29 BV, Rn. 72-74.

teilt wurde. Namentlich münde dieses in einen undifferenzierten Ausschluss einer ganzen Gruppe von der Einbürgerung. Demnach ist nach Auffassung des kantonalen Verwaltungsgerichts auf den mutmasslichen Willen des Mädchens abzustellen, der im konkreten Fall als vorhanden anzunehmen sei. In der Folge sei die erkannte Diskriminierung wegen der geistigen Behinderung nicht zu rechtfertigen.¹³⁷

- BGE 138 I 305 (Art. 8 Abs. 1 BV): Ein ausländischer Beschwerdeführer, der aufgrund einer Nervenverletzung auf den Rollstuhl angewiesen war, begehrte die *Einbürgerung*. Sie wurde jedoch wegen fehlender Integration abgewiesen. Obschon im erwähnten Entscheid ausdrücklich anerkannt wurde, dass bei Vorliegen einer Behinderung weniger hohe Anforderungen an die Integration aufgrund der eingeschränkten Mobilität gestellt werden dürfen, befand das Bundesgericht, „beim Beschwerdeführer seien keine hinreichenden Merkmale einer vertieften Integration in die gesellschaftlichen Verhältnisse der Wohngemeinde ersichtlich.“¹³⁸ Ausschlaggebend war für das Gericht, dass der Beschwerdeführer bewusst auf jegliche Teilnahme am öffentlichen Leben verzichtet und auch keinerlei Integrationsbestrebungen (Mitgliedschaft in einem Verein) unternommen habe.¹³⁹
- BGE 135 I 49 (Art. 8 Abs. 2 BV): *Nichteinbürgerung* wegen Sozialhilfeabhängigkeit einer behinderten Bewerberin verstösst gegen Art. 8 Abs. 2 BV. Eine Züricher Gemeinde wollte eine Bewerberin mit Behinderung nicht einbürgern, weil ihr die „Fähigkeit zur wirtschaftlichen Selbsterhaltung“ fehle. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Frau „kaum je in der Lage sein wird, ihre finanzielle Abhängigkeit aus eigenen Stücken zu beheben“. Folglich würde sie im Einbürgerungsverfahren gegenüber gesunden Bewerbern auf unbestimmte Zeit hinaus benachteiligt.

*Staatliche Dienstleistungen: Ansprüche aus Invalidenversicherung*¹⁴⁰

- BGE 139 V 547: Die Beschwerdeführerin erlitt anlässlich eines Auffahrunfalles ein Distorsions-trauma der Halswirbelsäule (umgangssprachlich „Schleudertrauma“). Die hierauf zugesprochene Rente wurde anlässlich der 6. IV-Revision überprüft und eingestellt. Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass die Rentenaufhebung bei unklaren Beschwerden gestützt auf die 6. IV-Revision einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot darstelle. Durch die 6. IV-Revision würden an von unklaren Beschwerden betroffene Personen erhöhte Beweisforderungen gestellt, um ihre Invalidität nachzuweisen. Daraus resultiere eine Ungleichbehandlung gegenüber Personen, die an klar erfassbaren Beschwerden leiden. Das Bundesgericht verneinte eine Diskriminierung mit der Begründung, dass sachliche Gründe für die Sonderstellung der unklaren Beschwerden bestünden. Aus medizinischer Sicht sei der Mechanismus, welcher den Gesundheitsschaden bewirkt, bei unklaren Beschwerden unbekannt oder zumindest ungesichert und damit bezüglich Überprüf- und Objektivierbarkeit mit den somatischen Erkrankungen nicht vergleichbar. Dies führe dazu, dass aus rechtlicher Sicht die Beschwerdebilder ohne organische Grundlage (unklare Beschwerden) zur Beweislosigkeit im Rechtssinne führten. Die Objektivierbarkeit von gesundheitlichen Beeinträchtigungen sei bei unklaren Beschwerden grundsätzlich in Frage gestellt. Die invalidisierenden Auswirkungen der unter den Begriff fallenden Schädigungen seien keiner objektiven Beurteilung zugänglich, da sie überwiegend auf subjektiven Schilderungen der Betroffenen gründeten. Aus diesen Gründen sei keine unbegründete

¹³⁷ LICCI/NAGUIB /WANTZ, Jusletter 2014, Rz. 2.

¹³⁸ BGE 138 I 305, E. 4.4.

¹³⁹ STEIGER-SACKMANN/ COPUR, Jusletter 2013, Rz. 4.

¹⁴⁰ Bei der Rentenberechnung bzw. bei der Frage der Zumutbarkeit geht es häufiger um rechtsgleiche Behandlung unter Invaliden bzw. gesundheitlich Beeinträchtigten und nicht um Benachteiligungen gegenüber Nichtinvaliden: 8C_97/2012 vom 22.02.2012; 9C_103/2012 vom 24.10.2012. Siehe dazu STEIGER-SACKMANN/COPUR, Jusletter 2013, Rz. 29.

Schlechterstellung bzw. Diskriminierung der betroffenen Versicherten in verfassungsmässigem Sinne gegeben.¹⁴¹

- BGE 135 I 161 (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV): Kostengutsprache für ein Rollstuhlzuggerät. Art. 8 Abs. 2 BV gibt keinen Anspruch auf Herstellung faktischer Gleichheit. Daher muss nicht jeder Person im Rollstuhl ein Rollstuhlzuggerät zugesprochen werden sondern nur zum Zweck einer Eingliederungsmassnahme, wenn die Person sich ohne Hilfe nicht selbständig mit dem manuellen Rollstuhl fortbewegen kann.
- BGE 134 I 105 (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV): Der 1991 geborene Sohn des Beschwerdeführers ist seit 2003 Paraplegiker und wohnt bei seiner Mutter. Da er jedes zweite Wochenende und einen Teil seiner Schulferien bei Vater und Schwester verbringt, ersuchte der Vater bei der IV um eine Kostenbeteiligung für den Umbau seines Hauses. Dies lehnte die IV ab. Das Bundesgericht entschied, dass die *Invalidenversicherung* sich an den Kosten der Anpassungen am Wohnhaus des Vaters beteiligen müsse, wenn ohne behinderungsgerechten *Umbau* der grundrechtlich geschützte Aufenthalt beim Vater völlig verunmöglicht würde. Da es sich um die zweite vom Versicherten benutzte Wohnung handle, bestehe nur Anspruch auf Anpassung in einfachster Ausführung, welche unter Berücksichtigung der dem Vater zumutbaren Hilfestellungen den Aufenthalt im Haus gerade noch ermöglicht. Indessen wird der Beschwerdeführer nicht wegen eines der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien schlechter behandelt als andere Versicherte in vergleichbarer Lage, sondern er verlangt im Gegenteil mit Rücksicht auf seine besondere Situation eine bevorzugte Behandlung, nämlich die Finanzierung von baulichen Änderungen in mehr als einer Wohnung. Damit erachtete das Bundesgericht Art. 8 Abs. 2 BV als offensichtlich nicht verletzt.

Unpublizierte Entscheide:

- 9C_644/2012 (Art. 8 Abs. 2 BV) Urteil vom 23. Oktober 2012: *Eingliederungsmassnahmen*. Solche Massnahmen sind nur geschuldet im Rahmen der Verhältnismässigkeit und soweit sie infolge der Invalidität notwendig sind. Entsprechend nicht zu übernehmen waren die Umschulungskosten eines psychisch erkrankten Ökonomen zum Juristen.¹⁴²
- 2C_396/2012 (Art. 8 Abs. 2 BV) Urteil vom 23. November 2012: *Militärwehrgeldersatz*. Der Beschwerdeführer war aus gesundheitlichen Gründen für militärdienstuntauglich erklärt worden und begehrte danach den Erlass der Ersatzabgabe. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, da der Beschwerdeführer zur Leistung des zivilen Schutzdienstes als tauglich beurteilt worden war. Wesentlich war nach Ansicht der Richter, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, seine Dienstpflicht real, d.h. durch Erbringung des Zivilschutzdienstes, zu erfüllen, um so die geschuldete Wehrgeldersatzabgabe massgeblich zu senken. In diesem Falle rechtfertigte sich kein Erlass seiner Leistungspflicht.

Ausbildung/Weiterbildung

- 2D_22/2012 (Art. 8 Abs. 2 BV) Urteil vom 17. Oktober 2012: Das Gericht hatte zu entscheiden, ob ein sehbehinderter Anwärter auf das Rechtsanwaltspatent zu einer Wiederholung der Prüfung zuzulassen sei. Dem aufgrund einer Sehschwäche in seiner Lesegeschwindigkeit eingeschränkten Kandidaten waren die Prüfungsunterlagen nicht in dem von ihm eingeforderten grösseren Schriftgrad abgegeben worden. Der Beschwerdeführer beanstandete dies während der Prüfung jedoch nicht; auch nicht auf eine entsprechende Nachfrage der Aufsichtsperson. Er

¹⁴¹ LICCI/NAGUIB/WANTZ, Jusletter 2014, Rz. 15. Siehe ausserdem Rz. 16 zum unpublizierten Entscheid 8C_142/2013 vom 20.11.2013.

¹⁴² STEIGER-SACKMANN/COPUR, Jusletter 2013, Rz. 28.

bestätigte ihr sogar, dass die Unterlagen für ihn so in Ordnung seien. Fraglich war nun, ob eine Benachteiligung im Sinn von Art. 2 Abs. 5 BehiG vorliege, die ihm ermöglichen müsse, die Prüfung zu wiederholen. Das Bundesgericht verneinte dies, da die Anwaltsprüfungen in der Kompetenz der Kantone liegen. Ausserdem hob es die Selbstverantwortung von Menschen mit Behinderung und die Anzeigepflicht in Bezug auf ihre Einschränkungen hervor. Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, er hätte sich in Gegenwart der übrigen Kandidaten mit seiner Behinderung exponieren müssen, führte zu keiner anderen Beurteilung: *„(...)abgesehen davon, dass seine Sehschwäche infolge der Benutzung der Handlupe bereits erkennbar war, ist auch nicht einzusehen, inwiefern das Bekanntwerden einer Sehbehinderung eine diskriminierende Herabsetzung darstellen soll“*.¹⁴³

- 2P.140/2002 (Art. 8 Abs. 2 BV) Urteil vom 18. Oktober 2002: Ein Junge mit Herzfehler und cerebraler Bewegungsstörung hatte die Aufnahmeprüfung in eine Bündner Mittelschule nicht bestanden. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater Beschwerde bei der Erziehungskommission des Kantons Graubünden und beantragte die Aufhebung des Prüfungsentscheids, sowie die Aufnahme seines Sohnes in die Mittelschule oder die Neuurteilung durch die Vorinstanz. Der Vater brachte vor, sein Sohn sei aufgrund seiner Behinderung diskriminiert worden, da die Erziehungsdirektion die gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht berücksichtigt hatte. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und führte aus, dass beim Nachteilsausgleich stets zu beachten sei, dass ein behinderter Kandidat mit Behinderung durch die besondere Prüfungsausgestaltung gegenüber den übrigen Kandidaten nicht bevorzugt werden darf. Ziel der Anpassungen in der Prüfungsausgestaltung ist nur der Ausgleich der aus der Behinderung resultierenden Schlechterstellung, nicht aber eine Besserstellung gegenüber den übrigen Kandidaten. Die fachlichen Anforderungen sind mit Rücksicht auf die Behinderung nicht herabzusetzen. Der Staat ist nicht verpflichtet, sämtliche faktischen Ungleichheiten zu beheben. Verschiedene Berufe wie auch zahlreiche Ausbildungen erfordern besondere Eigenschaften und Fähigkeiten, die nicht alle Menschen im gleichen Masse besitzen. Der blosse Umstand, dass einzelne Personen ohne eigenes Verschulden diese Fähigkeiten nicht besitzen, führt nicht dazu, dass die Anforderungen reduziert werden müssten.

In sechs veröffentlichten Entscheiden stand nicht die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung im Verhältnis zu Menschen ohne Behinderung, sondern vielmehr die Diskriminierung zwischen verschiedenen Behindertengruppen im Zentrum. In einem Entscheid diente das Kriterium der Behinderung als Vergleichsgruppe für eine Ungleichbehandlung von AHV-Bezügern/Bezügerinnen und IV Bezüchern/Bezügerinnen:

- BGE 138 V 176 (Art. 8 Abs. 2 BV): Im Bereich der erweiterten (überobligatorischen) Vorsorge sind die Vorsorgeeinrichtungen frei – soweit die vom BVG¹⁴⁴ festgelegten Minimalanforderungen eingehalten werden, den Anspruch auf eine reglementarische Invalidenrente auf ein gegenüber dem ordentlichen Rentenalter tieferes Alter zu beschränken. Es verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, wenn einer Versicherten die Ausrichtung der reglementarischen Invalidenrente, deren Ende mit 62 Jahren vorgesehen ist, nicht bis zum 64. Altersjahr verlängert wird.
- BGE 137 V 334 (Art. 8 Abs. 2 BV): Die Berechnung der Invalidenrente nach der gemischten Methode ist zulässig, auch, wenn Frauen dadurch häufiger benachteiligt werden als Männer.

¹⁴³ STEIGER-SACKMANN/COPUR, Jusletter 2013, Rz. 17.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.06.1982 (SR 831.40).

- BGE 137 III 16 (Art. 8 Abs. 2 BV): Keine Diskriminierung von Asbestopfern durch Verjährungsfrist. Die Ungleichbehandlung zwischen Asbestopfern und Personen, deren berufsbedingte Krankheiten noch innerhalb der Verjährungsfrist ausbrechen, erklärt sich mit Blick auf die Interessen des Schuldners, der nicht auf unbestimmte Zeit im Unklaren über seine Leistungspflicht gelassen werden soll. Der Gesetzgeber hat eine Abwägung zwischen den Interessen des Gläubigers und denjenigen des Schuldners vorgenommen und die Verjährungsfrist entsprechend festgesetzt.
- BGE 133 V 569 (Art. 8 Abs. 2 BV): Unterschiedliche Behandlung von AHV-Rentnerinnen/Rentnern und IV Bezüglern/Bezüglern in Bezug auf einen Anspruch auf lebenspraktische Begleitung. Soweit der Bundesrat in Art. 66bis Abs. 1 AHVV¹⁴⁵ bei der Bemessung der Hilflosigkeit den Bedarf an lebenspraktischer Begleitung im Bereich der AHV unberücksichtigt lässt, verstösst diese Regelung weder gegen das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot oder das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) noch gegen das Gesetz (Art. 43^{bis} Abs. 5 AHVG).¹⁴⁶
- BGE 128 V 34 (Art. 8 Abs. 2 BV): Übersetzung eines MEDAS Gutachten in die Amtssprache des Kantons. Insbesondere ging es nicht um eine Behinderung bzw. die Übersetzung des Gutachtens in eine behindertengerechte Sprache. Keine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV.
- BGE 127 V 121 (Art. 8 Abs. 2 BV): Austauschbefugnis im Rahmen der invaliditätsrechtlichen Hilfsmittelversorgung. Keine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV.
- BGE 126 V 70 (Art. 8 Abs. 2 BV): Unterscheidung aufgrund des Alters. Die Beschränkung des Anspruchs auf invaliditätsbedingte Abänderungen an Motorfahrzeugen auf volljährige Versicherte widerspricht Gesetz und Verfassung.

3.2. Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (BehiG)

Das Behindertengleichstellungsgesetz trat am 1. Januar 2004 in Kraft. Es wurde gestützt auf den in Art. 8 Abs. 4 BV verankerten Gesetzgebungsauftrag erlassen und bezweckt, Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu verringern oder zu beseitigen.¹⁴⁷ Daneben umfasst es auch das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 8 Abs. 2 BV und muss dessen Anforderungen gerecht werden d.h. dafür sorgen, dass Diskriminierungen (direkte und indirekte) wegen des verpönten Merkmals „Behinderung“ verhindert werden.¹⁴⁸

3.2.1. Geltungsbereich

Das BehiG will Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen verhindern, verringern oder beseitigen, indem es Rahmenbedingungen für den erleichterten Zugang solcher Menschen zu bestimmten Kategorien von Gebäuden, Einrichtungen und Dienstleistungen sowie Aus- und Weiterbildungsgängen setzt (Art. 1 i.V. mit Art. 2 BehiG). Es schützt insofern Menschen mit Behinderung vor staatlicher, und zu einem kleinen Teil auch vor privater Diskriminierung. Laut Art. 2 Abs. 1 BehiG ist ein Mensch mit Behinderung eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde kör-

¹⁴⁵ Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31.10.1947 (AHVV, SR 831.101).

¹⁴⁶ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.06.1982 (SR 831.40).

¹⁴⁷ Art. 1 Abs. 1 BehiG.

¹⁴⁸ EBGB, Gleichstellung von Menschen mit Behinderung 2004-2009, S. 4 f.

perliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Das BehiG regelt die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen nicht umfassend, sondern schützt vor Benachteiligung nur für zentrale Bereiche. Diese sind gemäss Art. 3 BehiG die Bereiche Bau, Dienstleistungen, Aus- und Weiterbildung und öffentlicher Verkehr:

- die öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen;
- die öffentlich zugänglichen Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs und Fahrzeuge;
- Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten;
- Gebäude mit mehr als 50 Arbeitsplätzen;
- die grundsätzlich von jedermann beanspruchbaren Dienstleistungen Privater, der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und weiterer konzessionierter Unternehmen sowie des Gemeinwesens;
- Private und staatliche Aus- und Weiterbildungsangebote;
- Arbeitsverhältnisse nach dem Bundespersonalgesetz.¹⁴⁹

Über das BehiG hinaus sind Bund und Kantone verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen.¹⁵⁰ Dennoch gibt es in den meisten Kantonen bisher kein kantonales Behindertengleichstellungsgesetz¹⁵¹ und nur der Kanton Basel-Stadt hatte bisher ein institutionalisiertes kantonales Behindertengleichstellungsbüro.¹⁵² Die Stadt Bern¹⁵³ verfügte seit 2010 im Rahmen eines Pilotprojekts über eine Fachstelle, welche nun auch institutionalisiert wurde.

Gemäss der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 2 BehiG liegt eine grundsätzliche Benachteiligung vor, wenn ein Menschen mit Behinderung rechtlich oder tatsächlich anders als nicht-behinderte Menschen behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt wird als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung behinderter und nicht-behinderter Menschen notwendig ist.

¹⁴⁹ Vom 24.03.2000 (BPG; SR 172.220.1).

¹⁵⁰ Art. 5 BehiG.

¹⁵¹ Kanton GR, „Gesetz zur sozialen und beruflichen Integration von Menschen mit Behinderung (Behindertenintegrationsgesetz, BIG)“, vom 02.09.2011, Nr. 440.100; Kanton SG „Gesetz über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung“, vom 07.08.2012, Nr. 381.4; Kanton GE, „Loi sur l'intégration des personnes handicapées“, vom 16.5.2003, Nr. K 1 36; Kanton VS, „Gesetz über die Eingliederung Behinderter Menschen“, vom 31.01.1991, Nr. 850.6. Einzelne Kantone verfügen über Gesetze betreffend Betreuung von Menschen mit Behinderung: Kanton AG, Gesetz über die Einrichtungen für Menschen mit besonderen Betreuungsbedürfnissen (Betreuungsgesetz), vom 02.05.2006, Nr. 428.500; Kanton BL, „Verordnung über die Behindertenhilfe“, vom 25.09.2001, Nr. 850.16. Übersicht abrufbar auf: <http://www.sodk.ch/fachbereiche/behindertenpolitik/kantone/> (zuletzt besucht am 08.04.2014).

¹⁵² <http://www.entwicklung.bs.ch/ueber-uns/organisation-fachstellen/fachstelle-gleichstellung-menschen-mit-behinderung.html>; EBGB, „Gleichstellung von Frauen mit Behinderung“, Dezember 2013, S. 10/11. Siehe allerdings Entscheid des Regierungsrats Basel-Stadt vom Februar 2015, die Stelle des Beauftragten für Menschen mit Behinderung Basel Stadt aufzuheben, in: Kanton Basel Stadt, Entlastungsmassnahmen 2015-2017, S. 12 (zuletzt besucht am 19.02.2015).

¹⁵³ Im Rahmen eines Pilotprojekts seit 2010, http://www.bern.ch/leben_in_bern/gesundheit/behinderung/gleichstellungbeh, seit 2014 institutionalisierte Stelle <http://www.bern.ch/stadtverwaltung/bss/av/fachstellengl> (zuletzt besucht am 19.02.2015).

Im Folgenden werden die Bestimmungen des BehiG dargestellt und zwischen Bestimmungen zum Schutz vor staatlicher und privater Diskriminierung unterschieden, wobei der Schwerpunkt bei der privaten Diskriminierung liegt.

3.2.2. Die Regelungen des BehiG im Einzelnen

A. Staatliche Diskriminierung

a. Bauten und Anlagen

aa. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Vom Geltungsbereich des BehiG erfasst sind öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen, Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten sowie Gebäude mit mehr als 50 Arbeitsplätzen (Art. 3 lit. a, c und d BehiG).

Laut Art. 2 lit. b BehiV und Art. 3 lit. a BehiG sind unter *Bauten und Anlagen* „befristet errichtete oder auf Dauer angelegte Räumlichkeiten und Einrichtungen“ zu verstehen, welche einer Baubewilligung bedürfen. Entsprechend ist das BehiG nur auf künstliche, d.h. durch Menschenhand geschaffene, Bauten und Anlagen anwendbar.¹⁵⁴ Eine Baute oder Anlage gilt gemäss Art. 2 lit. c Ziff. 1 BehiV als öffentlich zugänglich, wenn sie einem beliebigen Personenkreis offen steht. Laut der Botschaft zum BehiG geht es hier um Örtlichkeiten, zu denen grundsätzlich jede und jeder Zutritt hat, sofern sie/er die allenfalls bestehenden Voraussetzungen (Eintritts- oder Benützungsg Gebühr, schickliche Kleidung usw.) erfüllt. Öffentlich zugänglich sind damit beispielsweise Geschäfte, Banken, Restaurants, Hotels, Veranstaltungsräume, Museen, Bibliotheken, Parkhäuser, Parkanlagen, Hallen- und Strandbäder sowie Sportstadien.¹⁵⁵ Gemäss Art. 2 lit. c Ziff. 2 BehiV gelten ausserdem Bauten und Anlagen als öffentlich zugänglich, die nur einem bestimmten Personenkreis offen stehen, der in einem besonderen Rechtsverhältnis zu Gemeinwesen oder zu Dienstleistungsanbieterinnen und -anbietern steht, welche in der Baute oder Anlage tätig sind. Gemeint sind damit beispielsweise Schulen.¹⁵⁶ Davon ausgenommen sind Bauten und Anlagen, die zur Kampf- und Führungsinfrastruktur der Armee gehören. Schliesslich gelten nach Art. 2 lit. c Ziff. 3 BehiV auch Bauten und Anlagen als öffentlich zugänglich, in denen Dienstleistungsanbieterinnen und -anbieter persönliche Dienstleistungen erbringen. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um staatliche oder private Dienstleistungen handelt.

Das BehiG ist ferner auf *Wohngebäude* einer gewissen Grösse anwendbar (Art. 3 lit. c BehiG). Wohngebäude müssen mehr als acht Wohneinheiten umfassen, um in den Geltungsbereich des BehiG zu fallen.¹⁵⁷

Schliesslich ist das BehiG gemäss Art. 3 lit. d BehiG auf Gebäude mit mehr als 50 *Arbeitsplätzen* anwendbar. Wie SCHEFER/HESS-KLEIN deutlich machen, bezieht sich die Bestimmung nicht auf die Anzahl der Menschen, die tatsächlich in einem Gebäude tätig sind, sondern auf die Ausgestaltung des Gebäudes, d.h. darauf, wie viele Menschen darin arbeiten könnten.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Siehe dazu SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 45-47.

¹⁵⁵ Botschaft BehiG, S. 1778.

¹⁵⁶ Erläuterungen BehiV, S. 2.

¹⁵⁷ Botschaft BehiG, S. 1779.

¹⁵⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 58.

Für Menschen mit Behinderung muss der Zugang zu diesen Einrichtungen ohne grössere Beeinträchtigungen möglich sein (Art. 2 Abs. 3 BehiG). Eine unmittelbar aus dem BehiG fließende Pflicht zur Anpassung besteht jedoch nur für öffentlich zugängliche Bauten des Bundes: Die Kompetenz zur Regelung des Bauwesens liegt hauptsächlich bei den Kantonen. Art. 8 Abs. 2 und Abs. 4 BV geben dem Bund keine neuen Zuständigkeiten. Direkt ist das BehiG daher nur auf Bauten/Anlagen, Wohngebäude und Arbeitsgebäude des Bundes anwendbar. Bauten und Anlagen der Kantone und von Privaten sind grundsätzlich nicht von den materiellen Bestimmungen des BehiG erfasst, ausser beim Vorliegen spezifischer Teilkompetenzen des Bundes. Im Zusammenhang mit Wohnungen hat der Bund nach Art. 108 BV die Kompetenz, Wohnbauförderungen an bestimmte Auflagen zu knüpfen und ist ausserdem gemäss Art. 108 Abs. 4 BV dazu verpflichtet, die Interessen von Menschen mit Behinderung zu beachten. Entsprechend findet das BehiG so auch Anwendung auf kantonale oder private Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten. Gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV und Art. 122 BV kann der Bund Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmenden erlassen, womit die Anwendbarkeit des BehiG für private oder kantonale Gebäude mit mehr als 50 Arbeitsplätzen erstellt ist.¹⁵⁹

Eine Pflicht zur Anpassung der in Art. 3 BehiG erwähnten Einrichtungen besteht nur dann, wenn der Neubau oder die Änderung einer bestehenden Einrichtung dem ordentlichen oder einfachen kantonalen Baubewilligungsverfahren untersteht (Art. 2 lit. a BehiV). Der Bund bzw. ein Kanton oder Private sind nur im Rahmen eines Bauvorhabens verpflichtet, die Einrichtung für Menschen mit Behinderung zugänglich zu machen.¹⁶⁰ Bereits vor dem Inkrafttreten des BehiG erstellte Einrichtungen müssen nicht rückwirkend angepasst werden, sondern nur, wenn ein Umbau geplant ist, für welchen eine Baubewilligung nötig ist.

Nicht vom Geltungsbereich des BehiG erfasst sind damit kantonale oder private Wohngebäude mit weniger als acht Wohneinheiten, kantonale oder private Gebäude mit weniger als 50 Arbeitsplätzen sowie nicht öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen des Bundes. Es besteht ausserdem keine Anpassungspflicht ausserhalb eines Bauvorhabens, d.h. das BehiG gibt keine Frist zum Abbau von Zugangshindernissen zu Bauten und Anlagen vor. Ausserdem müssen Bauten, die bei ihrer Erstellung oder bei ihrer Erneuerung auf die Anforderungen des BehiG ausgerichtet wurden, danach nicht fortlaufend der technischen Entwicklung angepasst werden.¹⁶¹ Ausgenommen vom Geltungsbereich sind auch Bauten und Anlagen, die vor dem Inkrafttreten des BehiG erbaut wurden (massgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Baubewilligung erteilt wurde) und die seit Inkrafttreten des BehiG nie umfassend renoviert wurden.¹⁶²

Auf die kantonalen Regelungen betreffend Bauten kann hier nicht eingegangen werden. In Bezug auf die Feststellung des Geltungsbereichs des BehiG für Bauten und Anlagen, Wohnungen und Arbeitsgebäuden ergibt sich nicht nur aus der Kompetenzordnung im Baubereich, sondern bereits aus dem BehiG selbst eine nicht zu unterschätzende Komplexität. Es ist für potenziell durch das BehiG Verpflichtete schwer, abstrakt festzustellen, ob eine Verpflichtung vorliegt oder nicht. Entsprechend anspruchsvoller ist es für Betroffene, den Rechtsweg zu beschreiten, wenn nur mit professioneller Hilfe eruiert werden kann, ob anhand der Rechtslage möglicherweise eine Verpflichtung aus dem BehiG vorlag oder vorliegt. Für den Bereich der Arbeitsgebäude wird im erläuternden Bericht zum BehiV ausgeführt, dass es der rechtsanwendenden Behörde überlassen

¹⁵⁹ Ibid., S. 39/40.

¹⁶⁰ Siehe dazu sogleich.

¹⁶¹ Botschaft BehiG, S. 1779.

¹⁶² Erläuterungen BehiG, S. 8.

werden müsse, die konkrete Situation im Einzelfall zu würdigen um festzustellen, ob ein Gebäude in den Geltungsbereich des BehiG fällt oder nicht.¹⁶³ Es ist fraglich, ob die Komplexität der Feststellung der Anwendbarkeit des BehiG mit dem Sinn und Zweck des BehiG vereinbar ist.

Gemäss Art. 2 Abs. 3 BehiG¹⁶⁴ liegt eine Benachteiligung beim Zugang zu einer Baute, einer Anlage, einer Wohnung oder einer Einrichtung vor, wenn der Zugang für Menschen mit Behinderung aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. Entsprechend muss Menschen mit Behinderung der Zugang zum Gebäude durch bauliche Anpassung ermöglicht werden (Art. 7 Abs. 1 BehiG). Der Begriff des „Zugangs“ wird weder durch das BehiG noch durch das BehiV konkretisiert. Daher muss die Frage, ob unter Zugang auch die Benutzung eines Gebäudes zu verstehen ist, im Einzelfall geklärt werden.¹⁶⁵ In der Erläuterung zum BehiV wird dazu ausgeführt, dass der Zugang je nach Umständen auch die Benutzung eines Objektes bedeuten kann. *„Dies ist beispielsweise bei öffentlich zugänglichen Teilen von öffentlich zugänglichen Gebäuden im Sinne von Art. 3 lit. a BehiG i.V.m. Art. 2 lit. c BehiV der Fall. Mit Blick auf diese Bauten bedeutet „Zugang“ auch die Möglichkeit, die öffentlich zugänglichen Teile dieses Gebäudes und dessen dazugehörenden Annexeinrichtungen (Toiletten, Lifte usw.) zu benutzen. Bei Wohnbauten (Art. 3 lit. c BehiG) dagegen ist die Benutzung der einzelnen Wohneinheit nicht im Begriff „Zugang“ eingeschlossen. Auch hier ist es zweckmässig, der rechtsanwendenden Behörde die genaue Abgrenzung des Begriffs „Zugang“ unter Würdigung der konkreten Umstände zu überlassen.“*¹⁶⁶ Bei Wohngebäuden muss damit nur der Zugang zum Gebäude und zu den einzelnen Stockwerken und Wohnungen gewährleistet sein. Die Ausgestaltung des Wohnungsinnern ist demgegenüber nicht Gegenstand des Geltungsbereichs des BehiG.¹⁶⁷

Im Zusammenhang mit dem Zugang zu öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen konkretisiert die Botschaft, dass *„nicht sämtliche Zugänge behindertengerecht gestaltet sein müssen; es genügt, wenn der Haupteingang die Anforderungen erfüllt. Unstatthaft wäre hingegen beispielsweise der Zugang über einen Warenlift eines Hintereingangs.“*¹⁶⁸

Schliesslich gewährleisten Art. 3 lit. d BehiG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 BehiG auch nur den Zugang zu Gebäuden mit mehr als 50 Arbeitsplätzen. Das Gebäudeinnere wird durch das BehiG nicht erfasst. Hingegen ergeben sich aus den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Schutz der Arbeitnehmenden Anpassungsverpflichtungen für die Arbeitgebenden.¹⁶⁹

ab. Ansprüche

Wird ein Mensch mit Behinderung benachteiligt, weil ihr oder ihm der Zugang zu einer Baute oder Anlage aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist (Art. 2 Abs. 3 BehiG), hat sie/er Anspruch auf Unterlassung der Benachteiligung bzw. auf Beseitigung der Benachteiligung (Art. 7 Abs. 1 BehiG).

¹⁶³ Ibid., S. 3.

¹⁶⁴ Siehe für die Anforderungen des kantonalen Rechts SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 71-73, S. 76-78, S. 79-84.

¹⁶⁵ Siehe dazu BGE 134 II 249.

¹⁶⁶ Erläuterungen BehiV, S. 4; siehe auch SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 69-71.

¹⁶⁷ Botschaft BehiG, S. 1778/1779; Schefer/Hess-Klein halten diese Auslegung allerdings für zu eng, siehe SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 74.

¹⁶⁸ Botschaft BehiG, S. 1777.

¹⁶⁹ Ibid., S. 1779. Siehe dazu unten „Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Erwerbsleben“.

Während dem Baubewilligungsverfahren: Die Unterlassung einer Benachteiligung (Art. 7 Abs. 1 lit. a BehiG) kann gemäss Art. 3 lit. a, c und d BehiG im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens für Neubauten oder für die Erneuerung einer bestehenden Baute oder Anlage verlangt werden. Dabei muss es sich um eine öffentlich zugängliche¹⁷⁰ Baute oder Anlage, ein Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten oder ein Gebäude mit mehr als 50 Arbeitsplätzen handeln. Beschwerdeberechtigt sind Menschen, welche aufgrund ihrer spezifischen Behinderung benachteiligt sind („besonders berührt“) oder Behindertenorganisationen nach Art. 9 Abs. 3 lit. b BehiG. Das Verfahren ist gemäss Art. 10 Abs. 1 BehiG unentgeltlich.¹⁷¹ Schliesslich setzt eine Beschwerde ausserdem die Kenntnis über laufende Baubewilligungsverfahren voraus. Das BehiG sieht eine besondere Pflicht zur Publikation der Baugesuche bzw. zur Information der Behindertenorganisationen jedoch nicht vor. Wenige Kantone sehen kantonale Regelungen zur Sicherstellung der Information der Beschwerdeberechtigten vor.¹⁷²

Nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens: Die Beseitigung einer Benachteiligung (Art. 7 Abs. 1 lit. b BehiG) nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens kann ausnahmsweise verlangt werden, „wenn das Fehlen der gesetzlich gebotenen Vorkehrungen im Baubewilligungsverfahren nicht erkennbar war.“ Es handelt sich hier um eine Zivilklage (Leistungsklage) nach Art. 84 ZPO. Beschwerdeberechtigt sind sowohl Menschen mit Behinderung, welchen der Zugang für Menschen mit Behinderung aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist als auch Behindertenorganisationen gemäss Art. 10 Abs. 1 BehiG sowie Art. 89 ZPO.¹⁷³ Das Verfahren ist gemäss Art. 10 Abs. 1 BehiG unentgeltlich.¹⁷⁴

Verlangt sind nur verhältnismässige Anpassungsmassnahmen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Unterlassung oder Beseitigung der Benachteiligung nicht an, wenn der für Menschen mit Behinderung 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. Bei der zur Ermittlung des Missverhältnisses vorzunehmenden Abwägung aller Interessen müssen auch die in Art. 6 BehiV genannten Interessen beachtet werden. Diese Bestimmungen werden im Bereich des Bauens durch Art. 12 Abs. 1 BehiG und Art. 7 BehiV ergänzt. So ordnet die zuständige Behörde die Beseitigung der Benachteiligung beim Zugang zu Bauten, Anlagen und Wohnungen nach Art. 3 lit. a, c und d BehiG nicht an, wenn der Aufwand für die Anpassung 5% des Gebäudeversicherungswertes beziehungsweise des Neuwertes der Anlage oder 20% der Erneuerungskosten übersteigt (Art. 12 Abs. 1 BehiG).¹⁷⁵

b. Öffentlicher Verkehr

ba. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Gemäss Art. 2 Abs. 3 i.V.m Art. 3 lit. b BehiG dürfen Menschen mit Behinderung beim Zugang zu einer öffentlich zugänglichen Einrichtung oder einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs nicht

¹⁷⁰ Siehe dazu Art. 2 BehiV.

¹⁷¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 94-99.

¹⁷² Zum Beispiel Kanton Graubünden, Art. 80 Abs. 4 Raumplanungsgesetz (KRG) GR: „Die kommunale Baubehörde gibt den beschwerdeberechtigten Behindertenorganisationen den Zeitpunkt der öffentlichen Auflage der Baugesuche bekannt“; siehe dazu weiter SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 94.

¹⁷³ Zivilprozessordnung, SR 272.

¹⁷⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 96-99.

¹⁷⁵ Siehe dazu ausführlich *ibid.*, S. 84-92.

benachteiligt werden. Als öffentlich zugängliche Einrichtung und Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs gelten Einrichtungen und Fahrzeuge, welche einem der in Art. 3 lit. b BehiG genannten Bundesgesetze unterstehen.¹⁷⁶ Eine Benachteiligung beim Zugang zu einer Einrichtung oder einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs liegt vor, wenn der Zugang für Menschen mit Behinderung aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist (Art. 2 Abs. 2 BehiG). Umfasst sind damit alle Bereiche des Verkehrs, namentlich der Land-, Schiff- und Flugverkehr. Insofern trägt das BehiG der zentralen Bedeutung der individuellen Mobilität und damit des öffentlichen Verkehrs an der Teilnahme eines Menschen am gesellschaftlichen Leben Rechnung.¹⁷⁷

Im Zusammenhang mit dem Zugang zu Dienstleistungen im Rahmen des öffentlichen Verkehrs liegt eine Benachteiligung vor, wenn die Dienstleistung nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen in Anspruch genommen werden kann (Art. 2 Abs. 4 BehiG). Die Benachteiligung muss hierbei nicht auf baulichen Gründen beruhen.

Um ein behindertengerechtes öffentliches Verkehrssystem sicherzustellen, erlässt der Bundesrat gemäss Art. 15 Abs. 1 BehiG für die konzessionierten Unternehmen Vorschriften über die Gestaltung der Bahnhöfe und Haltestellen sowie der Flugplätze, der Kommunikationssysteme und der Billettausgabe sowie der Fahrzeuge.¹⁷⁸

Als einziger Bereich des BehiG besteht bzw. bestand im Rahmen des öffentlichen Verkehrs eine eigentliche Anpassungspflicht, mit Frist bis Ende des Jahres 2013 für Kommunikationssysteme und Billettausgabe bzw. 2023 für bestehende Bauten und Anlagen sowie Fahrzeuge für den öffentlichen Verkehr (Art. 22 Abs. 1 und 2 BehiG). Diese Pflicht gilt jedoch nicht absolut, Anpassungsmassnahmen sind vielmehr nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG gefordert (dazu sogleich).

bb. Ansprüche

Im Rahmen des öffentlichen Verkehrs besteht ein Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung der Benachteiligung. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BehiG kann die beim Zugang zu einer Einrichtung oder einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs (Art. 2 Abs. 3 BehiG) benachteiligte Person bei der zuständigen Behörde verlangen, dass das konzessionierte Unternehmen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt. Wer durch ein konzessioniertes Unternehmen oder das Gemeinwesen bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung benachteiligt wird, kann gemäss Art. 8 Abs. 1 BehiG beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen, dass der Anbieter/die Anbieterin der Dienstleistung die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt.

Entsprechend muss das betroffene Unternehmen diejenigen Handlungen einstellen, welche eine Benachteiligung bewirken bzw. die Benachteiligung mit positiven Massnahmen beheben.¹⁷⁹

Verlangt sind jedoch nur verhältnismässige Anpassungsmassnahmen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Beseitigung der Benachteiligung

¹⁷⁶ Eisenbahngesetz vom 20.12.1957; Bundesgesetz vom 20.03.1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen; Personenbeförderungsgesetz vom 18.06.1993, ausgenommen die Skilifte sowie Sesselbahnen und Gondelbahnen mit weniger als neun Plätzen pro Transporteinheit; Bundesgesetz vom 29.03.1950 über die Trolleybusunternehmungen; Bundesgesetz vom 03.10.1975 über die Binnenschifffahrt; Luftfahrtgesetz vom 21.12.1948.

¹⁷⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 181 ff.

¹⁷⁸ Siehe z.B. die Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 12.11.2013 (SR 151.34).

¹⁷⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 229.

nicht an, wenn der für Menschen mit Behinderung 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. Bei der zur Ermittlung des Missverhältnisses vorzunehmenden Abwägung aller Interessen müssen auch die in Art. 6 BehiV genannten Interessen beachtet werden.

Kommt das abwägende Gericht oder die abwägende Behörde zum Schluss, dass die erforderlichen Massnahmen zur Beseitigung oder Unterlassung der Benachteiligung unverhältnismässig sind, kann das konzessionierte Unternehmen oder das Gemeinwesen gemäss Art. 12 Abs. 3 BehiG verpflichtet werden, eine angemessene Ersatzlösung anzubieten. Laut der Botschaft zum BehiG sind *„Ersatzlösungen (...) dann gutzuheissen, wenn sie billiger zu stehen kommen als die wirtschaftlich nicht zumutbare vollständige Beseitigung einer Benachteiligung und sie dennoch die Situation der Behinderten zu verbessern vermögen.“*¹⁸⁰ Entsprechend dürfen Ersatzmassnahmen nur zurückhaltend angeordnet werden und ihrerseits nicht zu einer Benachteiligung führen.¹⁸¹

Bestehende Bauten und Anlagen sowie Fahrzeuge für den öffentlichen Verkehr müssen spätestens 20 Jahre nach dem Inkrafttreten des BehiG behindertengerecht sein (d.h. Ende 2023) bzw. Kommunikationssysteme und Billettausgabe müssten spätestens zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes (d.h. seit Ende 2013) behindertengerecht angeboten werden (Art. 22 BehiG und Art. 8 BehiV). Innerhalb dieser Fristen bestehen bzw. bestanden jedoch die Ansprüche aus Art. 7 Abs. 1 BehiG bereits.¹⁸² Allerdings müssen die Anpassungsfristen im Rahmen der richterlichen Verhältnismässigkeitsprüfung beachtet werden¹⁸³, wie dies in der Botschaft zum BehiG deutlich gemacht wird: *„Die Wirtschaftlichkeitsüberlegungen werden gegenüber dem Interesse an der Beseitigung einer Benachteiligung kurz nach dem Inkrafttreten mehr Gewicht haben als gegen Ende der Übergangsfrist.“*¹⁸⁴ Insofern kommen bzw. kamen Ersatzlösungen vor allem während der Zeit der laufenden Anpassungsfristen in Frage und können bzw. konnten zumindest als Zwischenlösung bis zur tatsächlichen Anpassung gesehen werden.¹⁸⁵

c. Ausbildung (Grundschule)

ca. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Obwohl laut Art. 3 lit. f BehiG sowie Art. 2 Abs. 5 BehiG das Behindertengleichstellungsgesetz auf Aus- und Weiterbildung anwendbar ist und Menschen mit Behinderung vor Benachteiligungen bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung geschützt werden sollen, lässt der blosse Wortlaut dieser Bestimmungen eine korrekte Einschätzung des Geltungsbereichs des BehiG im Zusammenhang mit der Grundschulbildung nicht zu.

Gemäss Art. 62 BV liegt die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Grundschule bei den Kantonen. Das BehiG schafft für den Bereich der Grundschule keine neue Bundeskompetenz. Die Grundschule fällt damit nicht in den Geltungsbereich des BehiG. Entsprechend sind die in Art. 20 BehiG enthaltenen und an die Kantone gerichteten Verpflichtungen deklaratorischer Natur und

¹⁸⁰ Botschaft BehiG, S. 1782.

¹⁸¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 200.

¹⁸² Botschaft BehiG, S. 1781 und 1787; SCHEFER/HESS-KLEIN, BehiG Kommentar 2014, S. 231.

¹⁸³ Art. 12 Abs. 2 BehiG.

¹⁸⁴ Botschaft BehiG, S. 1782.

¹⁸⁵ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 200/201.

konkretisieren Art. 8 Abs. 2 BV. Entsprechend der föderalistischen Kompetenzordnung ist Art. 20 BehiG im Gesetz denn auch unter dem Titel „Besondere Bestimmungen für die Kantone“ eingeordnet.¹⁸⁶

Neben dem Diskriminierungsverbot sind Art. 19 BV und Art. 62 BV von unmittelbarer Relevanz. Art. 19 BV verankert den Anspruch jedes Kindes auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Dieser muss nach Art. 62 Abs. 2 BV allen Kindern offen stehen, obligatorisch sein und staatlicher Leitung oder Aufsicht unterstehen. Für Kinder und Jugendliche mit Behinderung besteht ein Anspruch auf eine ausreichende Sonderschulung bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr (Art. 62 Abs. 3 BV).

Art. 20 Abs. 1 BehiG verpflichtet die Kantone dafür zu sorgen, dass Kinder und Jugendliche mit Behinderung eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist. Mit Art. 20 Abs. 1 BehiG werden den Kantonen keine Vorgaben gemacht, wie eine behindertengerechte Grundschulung auszugestaltet ist. Dies ist gemäss Art. 62 Abs. 2 BV alleinige Sache der Kantone.¹⁸⁷ Allerdings hat das Bundesgericht jüngst betont, dass die Kantone in der Gestaltung des Grundschulunterrichts nicht völlig frei darin sind. Vielmehr sind sie an das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) und Art. 20 Abs. 2 BehiG gebunden, welche die Kantone zur Förderung der integrativen Schulung verpflichten, soweit dies dem Kindeswohl diene und möglich sei.¹⁸⁸

Gemäss Art. 20 Abs. 2 BehiG müssen die Kantone mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule fördern, soweit dies möglich ist und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient. Das bedeutet, dass jeweils im Einzelfall abgeklärt werden muss, welche Schulform für das jeweilige Kind mit Behinderung gewählt werden muss, um seinem verfassungsmässigen Anspruch aus Art. 19 BV gerecht zu werden.¹⁸⁹

Insbesondere müssen die Kantone dafür sorgen, dass wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderte Kinder und Jugendliche und ihnen besonders nahe stehenden Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können (Art. 20 Abs. 3 BehiG).

cb. Ansprüche

Aus Art. 20 Abs. 1, 2 und 3 BehiG fliessen keine Rechtsansprüche für Einzelpersonen. Die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung einer Benachteiligung gemäss Art. 8 Abs. 2 BehiG sind auf den Bereich der Grundschule nicht anwendbar. Entsprechend kann gestützt auf Art. 20 Abs. 1 BehiG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BehiG nicht verlangt werden, die Grundschulung an Bedürfnisse von Kindern mit Behinderung anzupassen und Art. 20 Abs. 2 BehiG vermittelt keinen individuellen Anspruch auf integrative Schulung. Diese Ansprüche fliessen vielmehr direkt aus Art. 19 BV (bzw. aus Art. 8 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 19 und 62 Abs. 3 BV).¹⁹⁰ Ausgehend von den Ansprüchen, welche Kinder ohne Behinderung aufgrund von Art. 19 BV haben muss festgestellt werden, welche Leistungen der Staat für Kinder mit Behinderung erbringen muss, damit für sie ein ausreichender Grundschulunterricht sichergestellt werden kann.¹⁹¹

¹⁸⁶ Ibid., S. 328-330; Botschaft BehiG, S. 1786.

¹⁸⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 342.

¹⁸⁸ BGer-E 2C_590/2014 vom 4.12.2014, E. 5.3.1.

¹⁸⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 342-345.

¹⁹⁰ Ibid., S. 341-346.

¹⁹¹ Ibid., S. 346.

Laut den Erläuterungen zum BehiG gehört zu „*einem ausreichenden Unterricht in inhaltlicher Sicht die Ausbildung der Fähigkeiten, einen Beruf erlernen und ausüben zu können und die Anforderungen des modernen Lebens selbstständig zu meistern, wozu auch die Ausdrucksfähigkeit gehört. Für gehörlose oder stumme Menschen ist die Gebärdensprache die Ersatzsprache für die direkte Kommunikation. Sie ist zentrales Instrument für die Integration in die Gesellschaft und gehört deshalb für die Betroffenen zum Pflichtstoff ihrer Grundbildung, die durch Artikel 19 BV garantiert wird. Dasselbe gilt für die Blindenschrift, die blinden oder sehbehinderten Kindern erlaubt, mit Mitmenschen zu kommunizieren.*“¹⁹²

Laut dem Bundesgericht ist es für Kinder mit Behinderung regelmässig erforderlich, einen höheren Aufwand zu betreiben, um die behinderungsbedingten Nachteile von Kindern mit Behinderung auszugleichen und eine möglichst weitgehende gesellschaftliche Chancengleichheit herzustellen.¹⁹³

Im einzelnen Fall muss es stets darum gehen, den auf die besonderen Bedürfnisse eines behinderten Kindes zugeschnittenen Grundschulunterricht zu wählen. Dabei kann es sich um eine integrative oder separate Schulung handeln. Zwar besteht kein Anspruch auf die für das Kind ideale Lösung. Von einer Lösung, welche über die verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen des ausreichenden Grundschulunterrichts hinausgeht, darf aber nach Art. 19 BV in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 BV nur abgewichen werden, wenn ein öffentliches Interesse – etwa die finanziellen Interessen des Gemeinwesens – besteht und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt.¹⁹⁴

Grundsätzlich haben Kinder mit Behinderung den Anspruch, anhand ihrer Individualität beurteilt und nicht gestützt auf Stereotype generell einer Sonderschulung zugewiesen zu werden. Ausserdem hat jedes Kind Anspruch auf Anpassungsmassnahmen, damit die Schule und der Unterricht in jedem Einzelfall spezifisch der Behinderung des betreffenden Kindes gerecht werden. Beispielsweise müssen die Lernziele individuell angepasst werden, wenn ein Kind sie wegen seiner Behinderung nicht erreichen kann. Prüfungen müssen in ihrer Ausgestaltung und ihrem Ablauf den spezifischen Bedürfnissen so angepasst werden, dass sie dem behinderten Kind am besten entsprechen. Schliesslich sind weitere Fördermassnahmen zu treffen, wenn die Anpassungsmassnahmen nicht genügen, um dem Kind einen ausreichenden Grundschulunterricht nach Art. 19 BV zu gewährleisten.¹⁹⁵

Grundschulunterricht an einer öffentlichen Schule (bzw. an einer privaten Schule, wenn keine öffentliche Schule ausreichenden Grundschulunterricht bieten kann), ist nach Art. 62 Abs. 2 BV unentgeltlich. Von der Unentgeltlichkeit umfasst sind auch alle notwendigen Fördermassnahmen und das Schulmaterial.¹⁹⁶ Wie das Bundesgericht in einem Leitentscheid festgehalten hat, können Eltern von Kindern mit Behinderung keinesfalls zur Mitfinanzierung des Grundschulunterrichts verpflichtet werden, unabhängig davon, ob eine integrative oder separate Schulung gewählt wurde und auch wenn die Integration mittels Vollzeitassistenz geschieht.¹⁹⁷

¹⁹² Erläuterungen BehiG, S. 17.

¹⁹³ Bger-E 2C_590/2014 vom 4.12.2014, E. 4.4.2.

¹⁹⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 353-355; FOCUS 14, S. 11.

¹⁹⁵ Siehe zu den Ansprüchen ausführlich in SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 347-364.

¹⁹⁶ Ibid., S. 365.

¹⁹⁷ Bger-E 2C_590/2014 vom 4.12.2014, E. 4.1; FOCUS 14, S. 12.

d. Aus- und Weiterbildung

da. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Aufgrund der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen erfasst Art. 3 lit. f BehiG, der die Aus- und Weiterbildung dem Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes unterstellt, grundsätzlich nur Bildungsangebote im Zuständigkeitsbereich des Bundes, wie z.B. die beiden ETH. Das Behindertengleichstellungsgesetz findet folglich auf die unter kantonaler Hoheit stehenden Universitäten und Fachhochschulen keine Anwendung.¹⁹⁸ Ausserdem ist anzunehmen, dass Aus- und Weiterbildungsangebote Privater als Dienstleistungen gemäss Art. 6 BehiG vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst sind, sofern sie von jedermann beanspruchbar sind.¹⁹⁹

Gemäss Art. 2 Abs. 5 BehiG liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung insbesondere vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden oder die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung nicht angepasst sind. Es ist anzunehmen, dass Art. 2 Abs. 5 BehiG der Konkretisierung von Art. 2 Abs. 4 BehiG dient.²⁰⁰ Nach Art. 2 Abs. 4 BehiG liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme einer staatlichen Dienstleistung vor, wenn diese für Menschen mit Behinderung nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist.

Entsprechend muss das Aus- und Weiterbildungsangebot an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung angepasst werden, damit die aus der Behinderung resultierenden Nachteile ausgeglichen werden. Voraussetzung ist dabei, dass die betroffene Person für die spezifische Aus- oder Weiterbildung auch qualifiziert ist.²⁰¹ Gemäss Bundesverwaltungsgericht sind z.B. bei körperlich behinderten Prüfungskandidaten zwecks Ausgleichs der persönlichen Behinderung und zur Gleichstellung mit nicht-behinderten Kandidaten spezielle Prüfungserleichterungen geboten, wobei die Anpassung des Prüfungsablaufs auf den Einzelfall abzustimmen ist.²⁰² Auch die Lehrveranstaltungen selber müssen so konzipiert sein, dass Menschen mit Behinderung sie in Anspruch nehmen können.²⁰³ Anbieter privater Aus- und Weiterbildungsangebote dürfen Menschen mit Behinderung gemäss Art. 6 BehiG nicht wegen ihrer Behinderung diskriminieren. Dazu sei auf die Ausführungen unten zur privaten Diskriminierung verwiesen. Anders als das Gemeinwesen sind Private nicht verpflichtet, Anpassungsmassnahmen zu ergreifen. Siehe dazu die Ausführungen unten.

Der Regelungsbereich der Aus- und Weiterbildung zeigt die Komplexität des BehiG deutlich. So können Menschen, welche allenfalls Ansprüche aus dem BehiG ableiten könnten kaum zweifellos feststellen, ob ihre Situation in den Geltungsbereich des BehiG fällt. Diese Komplexität scheint darüber hinaus auch für rechtskundige Behörden und Gerichte, problematisch zu sein. So hatte das Verwaltungsgericht Zürich bis ins Jahr 2011 noch angenommen, dass das BehiG auf kantonale Aus- und Weiterbildungsangebote anwendbar ist und hatte entsprechend kostenlose

¹⁹⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 375-387; Verwaltungsgericht ZH VB.2010.00525.

¹⁹⁹ Siehe zur Argumentation ausführlich in SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 385/386.

²⁰⁰ Ibid., S. 387/388.

²⁰¹ Ibid., S. 388/389.

²⁰² BVGE 2008/26, E. 6.2.2.

²⁰³ Umfassend zu den materiellen Anforderungen siehe SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S.387-396.

Verfahren gewährt. Mit Entscheid vom 12. Januar 2011²⁰⁴ änderte das Verwaltungsgericht seine Praxis.²⁰⁵

db. Ansprüche

Art. 8 Abs. 2 BehiG regelt die Ansprüche im Bereich der staatlichen Dienstleistungen. Danach kann, wer durch das Gemeinwesen im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BehiG benachteiligt wird, beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt. In Bezug auf nicht bestandene Prüfungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus: *„Wird demnach ein Mangel im Prüfungsablauf als Benachteiligung eines behinderten Prüfungskandidaten im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BehiG qualifiziert, so führt dieser Beseitigungsanspruch nicht dazu, dass eine Prüfung als bestanden erklärt wird, weil es nicht möglich ist festzustellen, welche Leistungen der Kandidat ohne die Benachteiligung erbracht hätte. Vielmehr wird der Beseitigungsanspruch verwirklicht, indem dem Kandidaten die Möglichkeit gegeben wird, die Prüfung zu wiederholen.“*²⁰⁶ Massnahmen zur Beseitigung oder Unterlassung der Benachteiligung werden jedoch nur angeordnet, sofern sie verhältnismässig sind (Art. 11 Abs. 1 BehiG).

Die Ansprüche bei Aus- und Weiterbildungsangeboten Privater ergeben sich aus Art. 8 Abs. 3 BehiG. Wer im Sinne von Art. 6 BehiG diskriminiert wird, kann bei einem Gericht eine Entschädigung beantragen.

e. Erwerbsleben

ea. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Der Geltungsbereich des BehiG erstreckt sich nach Art. 3 lit. g BehiG nur auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse nach dem Bundespersonalgesetz (BPG).²⁰⁷ Art. 3 BPG definiert entsprechend, welche Arbeitgebende öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge abschliessen dürfen. Gestützt auf Art. 6 Abs. 5 BPG sowie Art. 6 Abs. 6 BPG können die in Art. 3 BPG genannten Arbeitgebenden jedoch Arbeitsverhältnisse mit gewissen Personenkategorien²⁰⁸ auch dem Obligationenrecht (OR) unterstellen. Nach dem Wortlaut des BehiG müsste davon ausgegangen werden, dass diese privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse dem BehiG nicht unterstehen. SCHEFER/HESS-KLEIN führen dazu jedoch aus, dass der Geltungsbereich des BehiG auf alle Arbeitgebenden nach Art. 3 BPG zu erstrecken ist, da privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nach BPG insbesondere mit schutzbedürftigen Personen wie z.B. Aushilfen oder PraktikantInnen geschlossen werden dürfen. Diese Gruppe aus dem Schutz des BehiG auszunehmen, erscheine nicht nachvollziehbar. Ausserdem könne der Bund seiner Vorbildfunktion²⁰⁹ mit dem Ausschluss einer gewissen Gruppe seiner Angestellten aus dem Schutzbereich des BehiG nicht gerecht werden.²¹⁰

Im Gegensatz zu den oben behandelten Lebensbereichen enthält das BehiG im Bereich des Erwerbslebens keine konkreten Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung. Vielmehr verlangen Art. 13 BehiG und Art. 12 BehiV vom Bund als Arbeitgeber die

²⁰⁴ Verwaltungsgericht Zürich, VB.2010.00525.

²⁰⁵ Siehe dazu auch das Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2011, BGer-E 2D_7/2011.

²⁰⁶ BVGE 2008/26, E. 6.1.

²⁰⁷ Bundespersonalgesetz vom 24.03.2000, SR 172.220.1.

²⁰⁸ Z.B. Aushilfspersonal, Praktikantinnen und Praktikanten.

²⁰⁹ Botschaft BehiG, S. 1783.

²¹⁰ Siehe dazu SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 414/415.

aktive Herstellung und Gewährleistung einer Chancengleichheit zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitssuchenden mit und ohne Behinderung. So soll der Bund als Arbeitgeber „*alles daran setzen*“, Menschen mit Behinderung gleiche Chancen wie Menschen ohne Behinderung anzubieten und die zur Umsetzung erforderlichen Massnahmen ergreifen, um das berufliche Umfeld entsprechend den Bedürfnissen seiner Angestellten mit Behinderung zu gestalten. Insbesondere die Arbeitsräume, Arbeitsplätze, Arbeitszeiten, Weiterbildungs- und Karriereplanungsmöglichkeiten sollen auf die Bedürfnisse angepasst werden.²¹¹ Ziel dieser Massnahmen muss es sein, die Integration von Menschen mit Behinderungen im beruflichen Leben zu begünstigen.²¹²

Unabhängig davon, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Anstellung handelt, sind Arbeitsverhältnisse der Kantone und der Gemeinden nicht vom Geltungsbereich des BehiG erfasst. Vielmehr ist hier auf Art. 8 Abs. 2 BV zu verweisen.²¹³

Ausserdem vom Geltungsbereich des BehiG ausgenommen sind die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse des Bundes, welche nicht mit Arbeitgebenden nach Art. 3 BPG geschlossen werden. Hier gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.²¹⁴ Ausserdem sieht das BehiG auch keine Massnahmen vor, welche die privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber verpflichten, Menschen mit Behinderungen zu beschäftigen.²¹⁵ Mit Art. 17 BehiG und Art. 18 BehiV besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Bund befristete Pilotprojekte einzelner Unternehmen durch eine Finanzhilfe unterstützt.²¹⁶ Der Bund kann auch eigene Pilotversuche durchführen. Ausserdem hat der Bund mit Art. 16 Abs. 2 lit. b und Art. 17 BehiV die Möglichkeit, Programme zur Integration von Menschen mit Behinderung in das Erwerbsleben finanziell zu unterstützen (Art. 16 Abs. 3 BehiG) oder selber durchzuführen (Art. 16 Abs. 1 BehiG). Unterstützt werden können jedoch nur Programme, die von gesamtschweizerisch oder sprachregional tätigen Behindertenorganisationen oder von Kantonen oder Gemeinden durchgeführt werden.²¹⁷ Privatpersonen und Unternehmen hingegen, die selbst Programme zur Integration Behinderter entwerfen, können keine Finanzhilfen des Bundes gestützt auf Art. 16 BehiG erhalten.²¹⁸

eb. Ansprüche

Aus Art. 13 BehiG und Art. 12 BehiV fliessen keine direkt durchsetzbaren individualrechtlichen Ansprüche. Arbeitnehmende, deren Arbeitsverhältnisse in den Geltungsbereich des BehiG fallen, können daher nicht gestützt auf das BehiG die Herstellung der Chancengleichheit verlangen. Vielmehr wird die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 328 OR) durch Art. 13 BehiG und Art. 12 BehiV konkretisiert. Betroffene Arbeitnehmende müssen sich zur Geltendmachung ihres Anspruchs auf die Ergreifung „angemessener Vorkehrungen“ daher auf Art. 328 OR stützen. Dieser ist für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar. Arbeitnehmende, deren Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich des BehiG fällt, erfahren damit im Verhältnis zu Arbeitnehmenden, deren Arbeitsverhältnis vom Geltungsbereich des BehiG ausgenommen ist, eine Besserstellung, da der Bund als Arbeitgeber

²¹¹ Ibid., S. 423 und 426.

²¹² Erläuterungen BehiV, S. 11.

²¹³ Siehe zu weiteren Abgrenzungen SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 416/417.

²¹⁴ Ibid., S. 442 ff.

²¹⁵ Botschaft BehiG, S. 1807; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 430/431.

²¹⁶ Erläuterungen BehiV, S. 14.

²¹⁷ Ibid., S. 13.

²¹⁸ Erläuterungen BehiG, S. 16; Erläuterungen BehiV, S. 13; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 431 ff.

neben den durch Art. 328 OR garantierten Schutz auch die Anforderungen des Art. 13 BehiG erfüllen muss. Der Bund hat damit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber seinen Angestellten mit Behinderung.²¹⁹

Auch bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses vermittelt das BehiG keine Rechtsansprüche. Vereinzelt finden sich im BPG.²²⁰ Ansonsten gelten sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 6 Abs. 2 BPG).

Einzig bei einer Nichtanstellung kann direkt gestützt auf Art. 14 BehiV die Begründung einer Nichtanstellung verlangt werden. Hat eine Person mit Behinderung begründeten Verdacht, dass sie wegen ihrer Behinderung nicht angestellt wurde, so kann sie vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin verlangen, dass er/sie die Gründe der Nichtanstellung schriftlich darlegt. Begründet der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin die Absage mit der Behinderung des Bewerbers, sieht das BehiG jedoch keine Möglichkeiten vor, die Begründung anzufechten geschweige denn, eine Einstellung oder Entschädigung zu verlangen. SCHEFER/HESS-KLEIN bemängeln daher zu Recht, dass „*sich ein qualifizierter Bewerber, der wegen seiner Behinderung nicht angestellt worden ist, (...) gar nicht gerichtlich zur Wehr setzen kann. Sein Anspruch auf schriftliche Begründung der Nichteinstellung nach Art. 14 BehiV bleibt diesbezüglich folgenlos.*“²²¹

f. Staatliche Dienstleistungen

fa. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Das BehiG ist anwendbar auf grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen des Gemeinwesens (Art. 3 lit. e BehiG); also der Gemeinden, der Kantone und des Bundes.²²² Menschen mit Behinderung werden vor einer Benachteiligung bei der Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen geschützt. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die Dienstleistung für Menschen mit Behinderung nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen in Anspruch genommen werden kann (Art. 2 Abs. 4 BehiG). Ziel der Bestimmung ist es sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderung ihre Lebensführung selbst bestimmen können und gleichberechtigt mit Menschen ohne Behinderung am öffentlichen, sozialen und wirtschaftlichen Leben teilhaben können.²²³

Das BehiG enthält keine Legaldefinition des Begriffs der Dienstleistung. Es ist jedoch gestützt auf den mit der Bestimmung verfolgten Sinn und Zweck, die Botschaft zum BehiG²²⁴ sowie im Lichte der BRK²²⁵ davon auszugehen, dass als staatliche Dienstleistungen sowohl das Anbieten von Diensten jeder Art als auch das Anbieten von Waren zu qualifizieren sind.²²⁶

Der Dienstleistungsbegriff des BehiG erfasst insbesondere auch Internet-Dienstleistungen. Bei entsprechenden Angeboten ist deshalb darauf zu achten, dass diese nicht ausschliesslich über die Bildsprache aufgebaut werden, die sich für sehbehinderte Personen kaum erschliessen lässt.

²¹⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 437 ff.

²²⁰ Ibid., S. 441.

²²¹ Ibid., S. 438.

²²² Botschaft BehiG, S. 1779.

²²³ Ibid., S. 1776; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 249 ff.; Botschaft BRK, S. 686 und 695.

²²⁴ Botschaft BehiG, S. 1778 und 1802.

²²⁵ Siehe Art. 9 und 19 BRK.

²²⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 251-254. Zu den privaten Dienstleistungen, siehe sogleich.

Auch im Bereich der Informatik gilt für das Gemeinwesen die Pflicht, seine Dienstleistungen behindertengerecht anzubieten.²²⁷

Die Kantone und Gemeinden erbringen verschiedene Dienstleistungen, die einem breiten Publikum angeboten werden. Zu erwähnen sind beispielsweise die Registerämter (Grundbuch, Handelsregister, Zivilstandsregister), Freizeit- und Sportanlagen, Museen, Theater usw. Die Dienstleistungen dieser Institutionen müssen Menschen mit Behinderungen grundsätzlich zugänglich sein.²²⁸

Da das BehiG keine neuen Bundeskompetenzen schafft, sind die Bestimmungen des BehiG jedoch in erster Linie auf die dienstleistungserbringenden Behörden des Bundes anwendbar (Art. 9 BehiV). Behörden der Kantone oder Gemeinden sind nur direkt aus dem BehiG verpflichtet, wenn sie Dienstleistungen erbringen, für deren rechtliche Ordnung der Bund zuständig ist (Art. 46 Abs. 1 BV); z.B. bei der Registerführung (Grundbuch²²⁹, Handelsregister²³⁰). Im Rahmen aller übrigen staatlichen Dienstleistungen sind Kantone und Gemeinden direkt aus Art. 8 Abs. 2 BV verpflichtet; z.B. beim Betrieb von Sport- und Freizeitanlagen.²³¹

Gemäss Art. 5 BehiG sind Bund und Kantone verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (Art. 2 Abs. 4 BehiG) zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen. Bestehende Benachteiligungen müssen aufgehoben oder ausgeglichen werden. Die Massnahmen sollen auch präventiv wirken und verhindern, dass Benachteiligungen überhaupt entstehen. Diese Verpflichtungen gelten jederzeit, d.h. anders als im Bereich der Bauten und Anlagen bedarf es keines besonderen Anlasses (wie z.B. ein Baugesuch).

Zu ergreifen sind sowohl negative als auch positive Massnahmen. Zum einen sind die Dienstleistungsanbieter verpflichtet, keine benachteiligenden Hindernisse zu errichten, welche Menschen mit Behinderung die Inanspruchnahme einer staatlichen Dienstleistung erschweren oder verunmöglichen würden (Anspruch auf Unterlassen, siehe dazu sogleich). Zum anderen müssen aktiv Massnahmen ergriffen werden, um die Inanspruchnahme einer staatlichen Dienstleistung zu ermöglichen und Benachteiligungen zu beseitigen bzw. zu verhindern. In Frage kommen dabei bauliche und technische Anpassungen (Art. 9 Abs. 1 und 2 BehiV) und die Bereitstellung persönlicher Hilfe (Art. 9 Abs. 3 BehiV). Im Sinne des Zwecks der BehiG müssen die getroffenen baulichen oder technischen Anpassungen dafür sorgen, dass ein Mensch mit Behinderung eine staatliche Dienstleistung unabhängig nutzen kann, ohne zwingend auf die Hilfe Dritter angewiesen zu sein.²³² Zum Beispiel muss für eine sehbehinderte Person die Dienstleistung mündlich angeboten werden²³³ und Automaten müssen so ausgerüstet sein, dass sie von einem Menschen mit Behinderung benutzt werden können. Zum Beispiel müssen Automaten auf einer für Menschen im Rollstuhl erreichbaren Höhe aufgehängt werden oder die Anweisungen akustisch an den Benutzer/die Benutzerin übermitteln können. Wenn die Inanspruchnahme einer staatlichen Dienstleistung die Benutzung technischer Hilfsmittel erfordert, welche eine Person aufgrund ihrer Behinderung nicht oder nicht selbständig benutzen kann, muss ihr durch die Mitarbeitenden der staatli-

²²⁷ Botschaft BehiG, S. 1806.

²²⁸ Ibid., S. 1802.

²²⁹ Siehe Art. 4 Grundbuchverordnung (GBV) vom 23.09.2011 (SR 211.432.1).

²³⁰ Siehe Art. 3 Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17.10.2007 (SR 221.411).

²³¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 263/264.

²³² Ibid., S. 269 ff.

²³³ Erläuterungen BehiV, S. 9.

chen Behörde persönliche Hilfe angeboten werden (Art. 9 Abs. 3 BehiV).²³⁴ Vor dem Hintergrund der hier dargestellten Verpflichtungen muss der Rückgriff auf persönliche Hilfe jedoch als „ultima ratio“ gelten. Denn schliesslich ist das Gemeinwesen verpflichtet, dafür zu sorgen, dass solche, von Menschen mit Behinderung nicht alleine bedienbaren technischen Hilfsmittel, beseitigt oder verhindert werden.

Spezifisch mit Menschen mit Sprach-, Hör- oder Sehbehinderung befassen sich Art. 14 BehiG und Art. 11 BehiV. Die staatlichen Behörden sind verpflichtet, im Verkehr mit diesen Personen, Rücksicht auf deren Anliegen zu nehmen, damit sie dieselben Informationen erhalten können wie Nichtbehinderte. Konkrete Vorkehren wie z.B. die Anwesenheit einer Gebärdendolmetscherin oder die Übersetzung von Dokumenten in Brailleschrift müssen nach Art. 11 BehiV jedoch von der betroffenen Person aktiv verlangt und vorangekündigt werden. Vor dem Hintergrund der in Art. 5 BehiG festgehaltenen Pflicht des Gemeinwesens, Massnahmen zu ergreifen um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (Art. 2 Abs. 4 BehiG) zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, muss das Gemeinwesen auf solche Anfragen vorbereitet und in der Lage sein, sie im Rahmen der für den Betrieb der Behörde üblichen Fristen zu beantworten. Ausserdem dürfen der Person mit Behinderung im Verhältnis zu einer Person ohne Behinderung, welche eine analoge Dienstleistung in Anspruch nimmt, keine Mehrkosten entstehen. Die Kosten für die erforderlichen Massnahmen müssen daher vom Staat selber übernommen werden.^{235/236}

Die erwähnten Massnahmen müssen jedoch nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit (Art. 11 BehiG und Art. 6 BehiV) getroffen werden. Die Benachteiligung muss nicht beseitigt werden, wenn der für Menschen mit Behinderung 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. Ist eine Beseitigung als unverhältnismässig (Art. 11 Abs. 1 BehiG) zu qualifizieren, muss das Gemeinwesen den benachteiligten Personen gemäss Art. 12 Abs. 3 BehiG zumindest eine angemessene Ersatzlösung anbieten.²³⁷

fb. Ansprüche

Art. 8 Abs. 1 BehiG regelt die Ansprüche im Bereich der staatlichen Dienstleistungen. Danach kann, wer durch das Gemeinwesen oder ein konzessioniertes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 4 BehiG benachteiligt wird, beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen, dass der Anbieter der Dienstleistung die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt. Ansprüche gegen konzessionierte Unternehmen, welche zwar privatrechtlich handeln, sich aber in einem bundesrechtlich monopolisierten Bereich (wie z.B. Art. 87 BV Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger oder Art. 92 BV Post- und Fernmeldewesen) befinden, werden als Gemeinwesen und nicht als private Dienstleister behandelt.²³⁸ Entsprechend definieren sich die Ansprüche hier nach Art. 8 Abs. 1 BehiG, während für private Dienstleister Art. 8 Abs. 3 BehiG einschlägig ist und nur eine Entschädigung verlangt werden kann.²³⁹

²³⁴ Zum Beispiel beim Ausfüllen von Formularen siehe weitere Beispiele in den Erläuterungen BehiV, S. 9.

²³⁵ Siehe dazu Entscheidung der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.11.2013, ZK 13 551.

²³⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 273 ff.; Erläuterungen BehiV, S. 11.

²³⁷ Ibid., S. 292 ff.; Botschaft BehiG, S. 1779/1780.

²³⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 309 ff.

²³⁹ Zu den Ansprüchen bei Benachteiligung durch konzessionierte Unternehmen ausserhalb bundesrechtlicher Monopole, siehe „B. Private Diskriminierung“.

fc. Zugang zu Verfahren der Rechtsanwendung als staatliche Dienstleistung?

Die Frage, ob Verfahren der Rechtsanwendung als Dienstleistung des Gemeinwesens i.S.v. Art. 3 lit. 3 BehiG zu definieren sind und damit eine staatliche Verpflichtung direkt aus dem BehiG besteht, Menschen mit Behinderung den Zugang zu ermöglichen, wird weder durch das BehiG noch durch die Materialien zum BehiG beantwortet. Zu beachten ist jedoch Art. 14 BehiG, welcher im Verkehr mit staatlichen Behörden des Bundes verlangt, dass Behörden Rücksicht nehmen auf die besonderen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung. Wie SCHEFER/HESS-KLEIN feststellen, sind die Verwaltungs- und Justizverfahren ein zentraler Bereich, in welchem Behörden mit der Bevölkerung verkehren und müssten damit zumindest von Art. 14 BehiG erfasst sein. Entsprechend kann die Frage, ob Verfahren der Rechtsanwendung nun Dienstleistungen sind oder nicht, nicht eindeutig bejaht oder verneint werden.²⁴⁰ Im Lichte der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien aus Art. 29 BV muss jedoch davon ausgegangen werden, dass eine staatliche Verpflichtung zur Ermöglichung des Zugangs zur Justiz für Menschen mit Behinderung besteht. Zumindest ging davon bereits das Obergericht des Kantons Bern aus und führte aus, dass *„wenn in Bezug auf das Grundbuch- und Handelsregisteramt von Dienstleistungen gemäss Art. 3 Bst. 3 BehiG ausgegangen wird, so muss dies auch für die Gerichte gelten.“*²⁴¹ Das Gericht entschied direkt gestützt auf Art. 3 lit. 3 BehiG, dass dem hörbehinderten Beschwerdeführer damit im Verfahren der Vorinstanz keine Kosten für die Einsetzung eines Gebärdendolmetschers hätten auferlegt werden dürfen.²⁴²

B. Private Diskriminierung

Den Ausführungen zum Geltungsbereich und den Ansprüchen des BehiG in Fällen staatlicher Diskriminierung folgt nun die Darstellung der Regelungen des BehiG betreffend Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch Private. Während das BehiG zwar hauptsächlich im Rahmen staatlicher Diskriminierung relevant ist, der Geltungsbereich jedoch auch hier nicht umfassend ist, ist die Geltung des BehiG im Zusammenhang mit privater Diskriminierung noch deutlich beschränkter; umfasst wird lediglich ein Bereich, nämlich der Bereich der Dienstleistungen.

a. Von Privaten angebotene Dienstleistungen

aa. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Das Behindertengleichstellungsgesetz erfasst die grundsätzlich von jedermann beanspruchbaren Dienstleistungen Privater (Art. 3 lit. e BehiG). Gemäss Art. 6 BehiG dürfen Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, Menschen mit Behinderung nicht auf Grund deren Behinderung diskriminieren.

Im Zusammenhang mit Dienstleistungen liegt eine Benachteiligung vor, wenn die Dienstleistung für Menschen mit Behinderung nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist (Art. 2 Abs. 4 BehiG).

²⁴⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 255 f.

²⁴¹ Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.11.2013, ZK 13 551, Erwägung IV. 3.

²⁴² Ibid., Erwägung IV. 4.

Eine Benachteiligung muss dann als Diskriminierung i.S. von Art. 6 BehiG qualifiziert werden, wenn sie gemäss Art. 2 lit. d BehiV²⁴³ besonders krass und benachteiligend ist und das Ziel oder die Folge hat, Menschen mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen („qualifizierte Benachteiligung“).²⁴⁴ Damit geht das BehiG im Zusammenhang mit Dienstleistungen Privater von einem engeren Diskriminierungsbegriff aus als die Bundesverfassung.²⁴⁵

Dies ist vor dem Hintergrund eines wirksamen Diskriminierungsschutzes als problematisch einzustufen. Insbesondere, da die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung auf Bundes- und Kantonsstufe nur in allgemeiner Weise geregelt ist, so dass der (gerichtlichen Umsetzung) bzw. Rechtsanwendung der Regelungen einiges Gewicht zukommt. Das damit verbundene Umsetzungsermessen stellt eine Schwäche des Gesetzes dar,²⁴⁶ welche im Zusammenhang mit privater Diskriminierung vor allem dann relevant wird, wenn die Gerichte von einem engen Diskriminierungsbegriff ausgehen.

Das Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Dienstleistungen verpflichtet die Privatpersonen nicht, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlichen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu ergreifen oder auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten. Vielmehr geht es darum, „*segregierendem Verhalten von Dienstleistungsanbietern vorzubeugen, das Menschen mit Behinderung von bestimmten Aktivitäten ausschliessen will aus Angst, dass ihre Präsenz eine bestimmte Ruhe oder die sozialen Gewohnheiten der übrigen Kunden beeinträchtigen könnte*“.²⁴⁷

Verletzungen von Art. 6 BehiG sind demnach in folgenden Konstellationen zu bejahen.²⁴⁸

- Die absichtliche Verweigerung einer Dienstleistung, weil eine Person wegen einer Behinderung als störend empfunden wird.
- Die offensichtlich unhaltbare Verweigerung einer Dienstleistung, beruhend auf stereotypen Vorstellungen über die Möglichkeiten und Eigenschaften der Person mit Behinderung.

Verweigerungen von Dienstleistungen, die mit auf den ersten Blick nachvollziehbaren Argumenten begründet werden (häufig z.B. werden allgemeine sicherheits-²⁴⁹ und feuerpolizeiliche Bestimmungen angeführt), können jedoch unverhältnismässig starke Beeinträchtigungen von Menschen mit Behinderung in ihrer Teilnahme am sozialen Leben zur Folge haben. Gemäss der Botschaft zielt Art. 6 BehiG ab auf „*besonders stossendes Verhalten, das jene Toleranz, die sich Mitglieder unserer Gesellschaft gegenseitig schuldig sind, vermissen lässt*“.²⁵⁰ Da die Tragweite des Schutzbereiches von Art. 6 BehiG aber bisher von der Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt wurde und das Bundesgericht den Begriff der Diskriminierung bei privaten Dienst-

²⁴³ Verordnung des Bundesrates vom 19.11.2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.31).

²⁴⁴ Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006, E. 4.1.

²⁴⁵ EBGB, Gleichstellung von Menschen mit Behinderung 2004-2009, S. 13.

²⁴⁶ Ibid., S. 25.

²⁴⁷ Botschaft BehiG, S. 1780.

²⁴⁸ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 229.

²⁴⁹ Für ein aktuelles Beispiel aus den Medien: Einem gehbehinderten Mann wurde der Zugang zum Autosalon Genf 2014 mit einem speziellen Dreirad verwehrt, mit Berufung auf „des mesures évidentes de sécurité vis-à-vis des enfants“: <http://www.24heures.ch/vaud-regions/vaudois-humilie-salon-auto/story/21466408> sowie die Facebook Site des betroffenen Mannes: <https://www.facebook.com/humiliationSalonAuto> (zuletzt besucht am 08.04.2014).

²⁵⁰ Botschaft BehiG, S. 1780.

leistungen eng auslegt,²⁵¹ sehen sich Menschen mit Behinderung trotz der Bestimmung schutzlos allfälliger Marginalisierung und Exklusion ausgesetzt:

So schützte das Bundesgericht die Entscheidung eines nicht rollstuhlgängigen Genfer Kinos, einem Mann im Rollstuhl den Eintritt zu verweigern. Der Mann hatte sich für das betreffende Kino entschieden, weil nur dieses den Film zeigte, den er sich ansehen wollte. Ohne Hilfe konnte er das Kino jedoch weder betreten noch verlassen. Gestützt auf die Sicherheitsvorschriften des Kinos wurde ihm daher der Zugang nicht erlaubt. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass

„(f)ondé sur des considérations sécuritaires à tout le moins compréhensibles, le comportement adopté par l'exploitant à l'égard de A. ne peut pas être tenu pour particulièrement choquant; il ne dénote ni un manque de tolérance, ni une volonté d'exclusion des personnes handicapées en fauteuil roulant. L'intimée accorde d'ailleurs à ces dernières un accès libre aux autres salles de cinéma qu'elle exploite à Genève, dans la mesure où elles sont adaptées aux personnes à mobilité réduite.“²⁵²

Die Zulässigkeit der Berufung auf „Sicherheitsbestimmungen“ führt in diesem Fall zu einer einschneidenden Beeinträchtigung des sozialen Lebens des Betroffenen. Denn anders als das Bundesgericht in seinem Urteil abschliessend ausführt, könnte der Beschwerdeführer eben diesen gewünschten Film nicht in einem anderen, rollstuhlgängigen Kino ansehen, wurde er doch nur in einem einzigen, nicht rollstuhlgängigen Kino gezeigt.²⁵³

Art. 6 BehiG wurde bewusst eng formuliert. Deshalb können sich Menschen mit Behinderung oftmals trotz Bestehen des BehiG nicht gegen Diskriminierung zur Wehr setzen. Denn als Rechtfertigungsgrund genügen bereits minimale sachliche Gründe. *„Insbesondere können Private nicht verpflichtet werden, ihre Dienstleistung den Bedürfnissen Behinderter besonders anzupassen“²⁵⁴*, damit ein Genuss überhaupt möglich ist.²⁵⁵

Auch im Rahmen von *privaten Versicherungsträgern* besteht die Gefahr, dass Menschen mit Behinderung de facto von sämtlichen Versicherungsmöglichkeiten aufgrund der Risikobewertung der Versicherungen ausgeschlossen sind.

Zwar auferlegt Art. 6 BehiG den Versicherungen im Bereich von Zusatzversicherungen, freiwilligen Taggeldversicherungen und Lebensversicherungen die Pflicht, ihre Risikoeinschätzung gestützt auf sachliche Kriterien zu treffen. In dem oben bereits erwähnten besprochenen Bundesgerichtsurteil²⁵⁶ vom Juni 2006 erscheint die Einhaltung dieser Vorgaben aber durchaus fraglich, begründet die Versicherung die Ablehnung eines Mannes mit motorisch inkompletter Tetraplegie C5 doch lediglich mit dem Hinweis, *„Tetraplegiker benötigten generell häufiger Hospitalisationen und diese dauerten im Allgemeinen länger als bei anderen Patienten.“²⁵⁷* Dies, obwohl sich der Beschwerdeführer in einem sehr guten rehabilitierten Zustand befand und die bisher bezogenen Leistungen der Krankenversicherung nicht überdurchschnittlich waren.²⁵⁸

²⁵¹ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 228.

²⁵² BGE 138 I 475, E. 3.1.1, S. 480.

²⁵³ Das Urteil wurde an den EGMR weitergezogen.

²⁵⁴ Botschaft BehiG, S. 1780.

²⁵⁵ DOK Bericht, S. 22.

²⁵⁶ Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006; . PÄRLI, HAVE, S. 51.

²⁵⁷ Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006, Sachverhalt.

²⁵⁸ Ibid.

Unter den Begriff „Dienstleistung“ fällt wohl auch das Bereitstellen von *Wohnraum* durch Private, sofern der Wohnraum öffentlich angeboten wird. In den Erläuterungen des BJ zur BehiV wird auf die in Art. 2 Vernehmlassungsentwurf BehiV noch in lit. e enthaltene Umschreibung des Begriffs verwiesen, wonach das Bereitstellen von Räumen und Einrichtungen als Dienstleistung zu qualifizieren sei. Die Umschreibung des Begriffs sei zwar als richtig, aber als unnötig eingestuft und daher entfernt worden.²⁵⁹ Nicht erlaubt ist das Verweigern des Vertragsabschlusses, die Vereinbarung von vergleichsweise strengen Vertragskonditionen wie z.B. höherer Mietzins oder höhere Kautions, ohne sachliche Gründe und mit dem Ziel oder der Folge, den Mieter/die Mieterin, herabzuwürdigen oder auszugrenzen.²⁶⁰

Allerdings definiert das BehiG den Begriff der Dienstleistung nicht. Auch ist nicht autoritativ geklärt, ob der Zugang zu und der Genuss von Gütern durch den Begriff „Dienstleistung“ erfasst sind. Entsprechend besteht hier ein gewisses Potential für die Entstehung von Schutzlücken.

ab. Ansprüche aus Diskriminierung beim Genuss einer privaten Dienstleistung

Wer im Sinne von Art. 6 BehiG durch Private diskriminiert wird, kann bei einem Gericht eine Entschädigung beantragen (Art. 8 Abs. 3 BehiG). Das Gericht trägt bei der Festsetzung der Entschädigung nach Art. 8 Abs. 3 BehiG den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung. Die Entschädigung beträgt höchstens CHF 5'000.- (Art. 11 Abs. 2 BehiG).

In Bezug auf Art. 6 BehiG führte das Bundesgericht im bereits erwähnten Urteil betreffend Zusatzversicherung für einen Tetraplegiker aus, dass das Gesetz bei Diskriminierung wegen einer Behinderung lediglich einen Anspruch auf eine Entschädigung vorsehe. Positive Leistungen können hingegen nicht verlangt werden. Da der Beschwerdeführer nur den Abschluss der Zusatzversicherung forderte, jedoch keine Entschädigung verlangte *„bewegt er sich neben den Ansprüchen, welche das BehiG vermitteln kann.“* Das Bundesgericht wies die Beschwerde damit ab und auferlegte dem behinderten Beschwerdeführer die Gerichtsgebühren von CHF 2'500.-. Zu erwähnen ist hier auch ein Urteil des Obergerichts Glarus.²⁶¹ Der Beschwerdeführer verlangte die Feststellung einer Diskriminierung nach BehiG sowie eine Entschädigung von CHF 5'000.-, da zehn in Glarus ansässige Ärztinnen und Ärzte sich geweigert hätten, ihn zu behandeln. Das Gericht führte zwar aus, dass der medizinische Behandlungsvertrag mit Allgemeinpraktikern privatrechtlicher Natur sei und damit eine allfällige Diskriminierung gemäss Art. 6 BehiG i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BehiG zu untersuchen sei. Ohne materielle Prüfung wies das Gericht die Beschwerde jedoch ohne Kostenfolge ab, da es die Voraussetzungen für eine passive einfache Streitgenossenschaft nicht als erfüllt erachtete (der Beschwerdeführer hatte mit dem dem Urteil vorangehenden Schlichtungsgesuch die zehn in der Gemeinde Glarus praktizierenden Ärztinnen und Ärzte in der gleichen Eingabe zusammen eingeklagt).

ac. Ansprüche aus Miete

Wenn Miete als Dienstleistung im Sinne des Behindertengleichstellungsgesetzes gesehen wird, bestehen hier Ansprüche aus Art. 6 BehiG auf finanzielle Entschädigung. Wenn nicht, muss ausschliesslich auf die unten behandelten allgemeinen Regeln verwiesen werden.

²⁵⁹ Erläuterungen BehiV, S. 3.

²⁶⁰ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 180.

²⁶¹ Obergericht Kanton Glarus, Entscheid vom 02.05.2014, OG.2013.00072. Siehe auch Teilstudie 8 Kap. III.3.2.2.

b. Private Aus- und Weiterbildungsangebote

Private Aus- und Weiterbildungsangebote werden in Art. 3 lit. f BehiG, anders als dies für private Dienstleistungen in Art. 3 lit. 3 BehiG der Fall ist, nicht erwähnt. In der Botschaft zum BehiG wurde Aus- und Weiterbildung noch als Dienstleistung i.S.v. lit. e verstanden,²⁶² die Einfügung von lit. f sollte laut SCHEFER/HESS-KLEIN jedoch nicht dazu führen, dass das Gesetz für die Aus- und Weiterbildungsangebote von Privaten keine Geltung mehr hat. Vielmehr werden die privaten Angebote nun von lit. f mitefasst. Die Rechtsansprüche richten sich jedoch nicht nach Art. 8 Abs. 2 BehiG, sondern nach denjenigen der privaten Dienstleistungen, d.h. Art. 6 BehiG und Art. 8 Abs. 3 BehiG.²⁶³

ba. Ansprüche aus Diskriminierung bei privaten Aus- und Weiterbildungsangeboten

Die Rechtsansprüche bei der Diskriminierung durch Private im Rahmen einer öffentlich angebotenen Aus- oder Weiterbildung richten sich nach denjenigen der privaten Dienstleistungen, d.h. Art. 6 BehiG und Art. 8 Abs. 3 BehiG. Entsprechend kann bei einem Gericht eine Entschädigung verlangt werden. Die Möglichkeit, eine positive Leistung, d.h. den Zugang zum betreffenden Ausbildungsangebot bzw. eine Anpassung des Angebots zu erhalten, ergibt sich jedoch aus Art. 8 Abs. 3 BehiG nicht. Diese Regelung kann vor dem Hintergrund von Art. 9 BRK (Zugang zu einer unabhängigen Lebensführung und die volle Teilhabe in allen Lebensbereichen) nicht mehr vertretbar sein.

c. Bewertung

Die Regelungen von Art. 6 und Art. 8 Abs. 3 BehiG vermögen vor dem Hintergrund eines wirksamen Schutzes vor Diskriminierung nicht zu überzeugen. Die tiefe Grenze von CHF 5'000.- wird für Unternehmen wohl keinen Anreiz leisten, ihre Dienstleistung gemäss Art. 6 BehiG behindertengerecht auszugestalten, da sich dies oftmals als kostspieliger herausstellt als die potentiell auszurichtenden max. CHF 5'000.-. Auch scheint eine finanzielle Entschädigung nutzlos, wenn sich der betroffene Mensch mit Behinderung eigentlich den Abschluss eines Vertrags gewünscht hatte. Da der private Dienstleister nicht zur Beseitigung der Benachteiligung verpflichtet werden kann, kann Art. 6 BehiG ausserdem nicht zur Integration von Menschen mit Behinderung in die Gesellschaft beitragen. Zu Präventionszwecken ist die tiefe Grenze von CHF 5'000.- schliesslich ungeeignet. Im Übrigen sind keine Fälle bekannt, in welchen einer betroffenen Person eine Entschädigung von CHF 5'000.- zugesprochen wurde.

Wird einer Person mit Behinderung eine Dienstleistung oder ein privates Aus- und Weiterbildungsangebot wegen der Behinderung verweigert, kann der Dienstleistungserbringer gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG entschädigungspflichtig werden. Ansonsten steht es einem Dienstleistungsbetrieb frei zu entscheiden, welche Personen er als Kundinnen oder Kunden akzeptiert, das BehiG statuiert in solchen Fällen keinen Kontrahierungszwang, Anspruch auf bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung besteht nicht. Es ist fraglich, ob diese Regelung geeignet ist, Art. 8 Abs. 2 und 4 BV effektiv Geltung zu verschaffen.

²⁶² SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 12 Rn. 57 und S. 13 Rn. 60. Siehe auch Botschaft BehiG, S. 1779, wo lit. f über die Arbeitsverhältnisse des Bundes als letzte Bestimmung von Art. 3 BehiG bezeichnet wird.

²⁶³ SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 13, Rn. 60.

d. Von Privaten mit Konzession des Bundes angebotene Dienstleistungen

da. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Wie gezeigt, sind private Unternehmen nicht verpflichtet, ihre Dienstleistungen an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung anzupassen. Anderes gilt für Betriebe, die eine Konzession des Bundes haben sowie das Gemeinwesen (Art. 3 lit. 3 BehiG).²⁶⁴ Für diese findet das verwaltungsrechtliche Benachteiligungsverbot Anwendung. Gemäss Art. 2 Abs. 4 BehiG liegt bereits eine unzulässige Benachteiligung vor, wenn die Inanspruchnahme einer Dienstleistung für Behinderte nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist.

Die Lehre geht darüber hinaus davon aus, dass auch Unternehmen, die nach Art. 7 und 8 Personalbeförderungsgesetz²⁶⁵ der Bewilligungspflicht unterstehen (z.B. Skilifte) sowie Private Unternehmen, die staatliche Aufgaben übernehmen, dem Benachteiligungsverbot unterstehen.²⁶⁶ Entsprechend müssen die unterstellten Unternehmen im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 11 Abs. 1 BehiG und Art. 12 Abs. 3 BehiG) positive Massnahmen ergreifen, um den benachteiligungsfreien Genuss der Dienstleistung zu ermöglichen.

db. Ansprüche aus Diskriminierung von Privaten mit Konzession des Bundes angebotene Dienstleistungen

Ist die Inanspruchnahme einer Dienstleistung eines bundesrechtlich konzessionierten privaten Unternehmens etc. (Art. 3 lit. e BehiG) für Menschen mit Behinderung nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich, kann gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BehiG Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Benachteiligung bei Gericht oder Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden. Anpassungen können nur im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips verlangt werden. Sie sind mit Art. 11 Abs. 1 BehiG beschränkt auf Massnahmen, deren Nutzen für Menschen mit Behinderung zu erwartenden Nutzen nicht in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Aufwand, den Interessen des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes sowie Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit steht. Im Rahmen der Interessenabwägung müssen gemäss Art. 6 Abs. 1 BehiV die Anzahl Personen, welche die Dienstleistung in Anspruch nehmen, die Bedeutung der Dienstleistung für die Menschen mit Behinderung sowie der provisorische oder dauerhafte Charakter der Dienstleistung berücksichtigt werden.

Verzichtet das Gericht auf die Anordnung einer Anpassungsmassnahme zur Beseitigung der Benachteiligung, hat das Unternehmen gemäss Art. 12 Abs. 3 BehiG eine angemessene Ersatzlösung anzubieten. Es stellt sich die Frage, ob als angemessene Ersatzlösung eine finanzielle Entschädigung gelten kann. Falls ja, wären Menschen mit Behinderung wiederum auf reine Entschädigung zurückgeworfen, ohne dass eine Änderung der Umstände erreicht würde.

Soweit ersichtlich, besteht auch hier noch keine bundesgerichtliche Praxis.

e. Privatrechtliches Erwerbsleben

Der Bereich des privatrechtlichen Erwerbslebens wird durch das BehiG nicht umfasst. Entsprechend besteht hier kein spezialgesetzlicher Schutz für Arbeitnehmende mit Behinderung und können keine besonderen Ansprüche aus dem BehiG abgeleitet werden. Hierbei handelt es sich

²⁶⁴ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 226/230 und 232 ff.

²⁶⁵ SR 745.1.

²⁶⁶ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 232; SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 4, Rn. 13 f.; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG, S. 58 f.

um eine der grössten Lücken des Diskriminierungsschutzes von Menschen mit Behinderung. Im privatrechtlichen Erwerbsleben sind Menschen mit Behinderung auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln verwiesen.²⁶⁷

3.2.3. Bundesgerichtsentscheide zum BehiG

Im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung gestützt auf das BehiG und die Bundesverfassung hat sich das Bundesgericht bisher in 9 publizierten Fällen geäußert. Nur ein Fall betraf eine Diskriminierung durch Private. Die Fälle bezogen sich auf die Bereiche „Schule“, „Bau“, „öffentlicher Verkehr“ und „Invalidenversicherung“ und „Dienstleistungen Privater“. Soweit ersichtlich, liegen bisher keine publizierten Entscheide zum Thema „Erwerbsleben“ vor:

Staatliche Diskriminierung:

- BGE 138 I 162 (Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 20 BehiG): Kindern mit Behinderung muss nicht ungeachtet von Kostenüberlegungen ein individuell optimiertes *Schulangebot* zur Verfügung gestellt werden, wenn gleichzeitig für nichtbehinderte Kinder bloss ein standardisiertes, nicht individuell optimiertes Angebot besteht. Weder Art. 8 Abs. 2 BV noch das BehiG verlangen die „bestmögliche“, sondern lediglich eine „angemessene“ Schulung. Die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) ist mindestens gleichwertig wie eine separierte Sonderschulung in einer externen Institution. Zudem ergibt sich sowohl aus Art. 8 Abs. 2 BV als auch aus Art. 20 Abs. 2 BehiG grundsätzlich eine Präferenz für die integrierte gegenüber der separierten Sonderschulung, um die Teilhabe Behinderter zu verwirklichen.²⁶⁸
- BGE 133 V 450 und BGE 133 V 472 (Art. 8 Abs. 2 BV und BehiG): Keine Verletzung des BehiG durch eine Regelung, wonach der Anspruch auf Hilflosenentschädigung nicht bereits bei jeder Form und Dauer der Inanspruchnahme lebenspraktischer Begleitung gegeben ist, sondern vielmehr einen bestimmten minimalen Schweregrad der Hilflosigkeit voraussetzt, damit eine entsprechende Entschädigung durch die *Invalidenversicherung* gerechtfertigt ist.
- BGE 139 II 289 (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV und BehiG): Das Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot für Menschen mit Behinderung gilt auch im Bereich des *öffentlichen Verkehrs* (SBB). Eine Benachteiligung liegt aber nicht schon darin, dass die Platzwahl für Menschen mit Behinderung stärker eingeschränkt ist als diejenige für Menschen ohne Behinderung. Die im Unterdeck des Speisewagens vorgesehene Zusammenlegung des Rollstuhlbereichs mit demjenigen des Verpflegungsbereichs für Mobilitätsbehinderte führt nicht zu einer verfassungs- und gesetzwidrigen Diskriminierung bzw. Benachteiligung Behinderter. Auch das Bundesverwaltungsgericht²⁶⁹ hatte dies als Vorinstanz so beurteilt. Die Beschwerde war im Übrigen im Rahmen des Verbandsbeschwerderechts des BehiG (Art. 9 BehiG) erhoben worden.²⁷⁰
- BGE 134 II 249 (Art. 8 Abs. 2 BV und BehiG): Art. 3 lit. a BehiG, *Bau*. Im Rahmen eines Anbaus an ein öffentlich zugängliches Gebäude ist nur der Anbau selbst, nicht aber das ganze restliche Gebäude (vom Umbau nicht betroffen) durch die Anforderungen des BehiG erfasst. Al-

²⁶⁷ Siehe dazu unten.

²⁶⁸ Siehe auch STEIGER-SACKMANN / COPUR, Jusletter 2013, Rn. 13.

²⁶⁹ BVGE A-1130/2011 vom 05.03.2012.

²⁷⁰ Die Beschwerden wurden von Integration Handicap und der Stiftung zur Förderung einer behindertengerechten baulichen Umwelt erhoben.

lerdings würden alle Bereiche des Gebäudes, die der Nutzung der vom bewilligungspflichtigen Bauvorhaben berührten Gebäudeteile dienen, durch das BehiG erfasst werden, also nicht nur diejenigen, die umgebaut würden.

- BGE 132 I 82 (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV und BehiG): Im Zusammenhang mit der Beseitigung von architektonischen Hindernissen bei *Bauten* gibt das BehiG mangels Bundeskompetenz im Baubereich grundsätzlich nur allgemeine Voraussetzungen. Detailliertere Bestimmungen müssen im kantonalen Baurecht vorgesehen sein.
- BGE 131 V 9 (Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 BV sowie Art. 2 und 3 BehiG): Die IV muss einem dreieinhalbjährigen Kindergartenkind mit Trisomie 21 nicht ein Kommunikationsgerät als *Hilfsmittel* abgeben, da ein Hilfsmittel nur zum Ausgleich eines behinderungsbedingten Defizits dienen darf, nicht jedoch zum Spracherwerb, wofür das Kind das Gerät benutzen würde. Ob die Ungleichbehandlung überhaupt auf dem verpönten Merkmal Behinderung basiert, lässt das Bundesgericht offen. Vielmehr müsste die Abgabe unter dem Aspekt der Sonderschulung beurteilt werden.
- BGE 130 I 352 (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV und Art. 20 BehiG): Eine behinderungsbedingte *Nichteinschulung in die Regelschule* ist qualifiziert zu rechtfertigen, kann aber mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar sein; massgebend ist das Wohl des behinderten Kindes im Rahmen des effektiv Möglichen. Wenn das Verwaltungsgericht gestützt auf die verschiedenen Abklärungen und Stellungnahmen (namentlich des Kinderspitals Zürich, des Schulpsychologen sowie des Hausarztes) zum Schluss gekommen ist, der Beschwerdeführer könne nicht in eine Einführungs-kategorie eingeschult werden, hat es weder die Beweise willkürlich gewürdigt noch im Einzelfall an ein diskriminierendes Element angeknüpft.

Private Diskriminierung:

- BGE 138 I 475 (Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 6 BehiG): *Dienstleistung Privater*. Oben bereits mehrfach erwähnter Fall des Rollstuhlfahrers, welchem der Zugang zu einem Kino in Genf verweigert wurde.

Ausserdem bestehen einige relevante unpublizierte Entscheide des Bundesgerichts.²⁷¹ In Zusammenhang mit der Diskriminierung von Privaten ist das oben bereits erwähnte Urteil 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006 hervorzuheben: Dem an Tetraplegie leidenden Beschwerdeführer wurde der Abschluss einer Spitalzusatzversicherung durch einen privaten Versicherer verweigert. Das Bundesgericht wies die Beschwerde auf Abschluss einer Spitalkrankenversicherung mit der Begründung ab, es gebe im Falle einer privaten Diskriminierung keinen gesetzlichen Anspruch auf Abschluss einer Zusatzversicherung, sondern das Gericht könne dem Beschwerdeführer gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG ausschliesslich eine Entschädigung in der Maximalhöhe von CHF 5'000.- zusprechen. Da der Beschwerdeführer den Abschluss einer Versicherung und nicht eine Entschädigung verlangt hatte, müsse das Bundesgericht nicht prüfen, ob ein Anspruch gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG bestehe.

Um den Zugang für Menschen mit Gehbehinderung zu einer Kapelle im Kanton Jura ging es in 1C_394/2010 und 1C_404/2010 vom 10. Juni 2011. Um die Kapelle auch für Menschen mit Gehbehinderung zugänglich zu machen, ersuchte die Bourgeoise von Delémont um die Erteilung einer Baubewilligung. Die bestehende Treppe zur Kapelle sollte durch eine neue ersetzt werden und daneben ein Lift erstellt werden, welcher zu einer neu zu erstellenden Tür in die Kapelle führen sollte. Ausserdem sollte der Zugang zur WC-Anlage, welche sich in einem separaten Gebäu-

²⁷¹ Z.B. 1C_280/2009; 2C_930/2011. Siehe für eine Zusammenstellung weiterer unpublizierter Urteile http://www.egalite-handicap.ch/rechtsprechung_neu.html.

de nördlich der Kapelle befindet, ermöglicht werden. Dazu sollten zwei Treppen im Freien mit zwei Treppenliften ausgestattet werden. Gegen das publizierte Baugesuch erhoben Patrimoine Suisse und die Association suisse des paralysés Einsprachen. Patrimoine Suisse präsentierte einen eigenen, günstigeren Vorschlag zur Ermöglichung des Zugangs zur Kapelle, welcher ihrer Meinung nach dem Denkmalschutz besser gerecht werde. Laut dem Vorschlag sollte ein neuer Lift installiert werden, welcher direkt in die Kapelle führt. Dazu müsste der Beichtstuhl neu im Erdgeschoss der Kapelle platziert werden. Durch eine Reduktion der Fläche des bestehenden Kiosks könnten ausserdem die für Menschen mit Gehbehinderung zugänglichen Toiletten im Erdgeschoss der Kapelle Platz finden. Die Association suisse des paralysés schloss sich diesem Vorschlag an. Das Bundesgericht bemerkte zunächst grundsätzlich, dass die Bourgeoisie von Delémont nicht durch das BehiG verpflichtet gewesen wäre, die Zugänglichkeit der Kapelle für Menschen mit Behinderung zu verbessern.²⁷² Anschliessend wog es die hier betroffenen Interessen der Beteiligten ab: Zugänglichkeit, Kosten, Denkmalschutz und Durchführung von Kulturhandlungen (v.a. Möglichkeit des ungestörten Ablegens der Beichte direkt in der Kapelle). Die angefochtene Lösung, einen Lift zu installieren, dessen Eingang sich ca. 8 Meter neben dem Haupteingang der Kapelle befindet, erachtete das Bundesgericht angesichts der konkreten Situation nicht als Beeinträchtigung (Art. 2 Abs. 3 BehiG) von Menschen mit Behinderung (Art. 11 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 2 BehiV). Ausserdem sei auch die von den Beschwerdeführenden bevorzugte Lösung eines neuen Lifts, welcher direkt in die Kapelle führt, nicht weniger separierend; schliesslich führe auch diese Lösung zu einem neuen Eingang speziell für Menschen mit Gehbehinderung. Die Einsprachen wurden daher abgelehnt.

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts werden in Teilstudie 8 behandelt. Hingewiesen sei hier jedoch zumindest auf zwei interessante Entscheide:

BVGE 2008/26 vom 15. Juli 2008: Ein junger Mann mit Cerebralparese beantragte mit der Anmeldung zur Passerelle Berufsmaturität eine seinen Bedürfnissen angepasste Ausgestaltung der Prüfungen, welche ihm jedoch nicht gewährt wurde. Ausserdem wurde er erst am Abend vor der Prüfung über die Gewährung eines „Notetakers“ informiert. Während der Prüfung wurde er alleine im Prüfungssaal gelassen und konnte nicht um Hilfe zum Verlassen des Saals bitten; er musste in die Hose urinieren. Entsprechend erzielte er schlechte Noten. Das Bundesverwaltungsgericht hiess seine Beschwerde gut und führte aus, dass bei körperlich behinderten Prüfungskandidaten zwecks Ausgleichs der persönlichen Behinderung und zur Gleichstellung mit nicht-behinderten Kandidaten spezielle Prüfungserleichterungen geboten sind, wobei die Anpassung des Prüfungsablaufs auf den Einzelfall abzustimmen ist. Wird ein Mangel im Prüfungsablauf als Benachteiligung eines behinderten Prüfungskandidaten im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BehiG qualifiziert, ist dem Kandidaten die Möglichkeit zu geben, die Prüfung zu wiederholen. Wird einem behinderten Prüfungskandidaten bei einer Physikprüfung die Assistenz zum Aufzeichnen von Formeln und Skizzen lediglich für die Hälfte der Prüfungszeit zur Verfügung gestellt, und wird dies zu spät mitgeteilt, stellt dies eine Benachteiligung im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Bst. a BehiG dar. Es ist zwar nicht zu beanstanden, einen Prüfungskandidaten während der Prüfung allein in einem Raum zu lassen. Da von Kandidaten mit Behinderungen jedoch nicht dieselbe Mobilität erwartet werden kann und darf wie von Kandidaten ohne Behinderung, sind bei ihnen andere Massstäbe zu berücksichtigen. Sieht sich ein Prüfungskandidat gezwungen, in seine Hose zu urinieren, weil er den Prüfungsraum infolge seiner Behinderung nicht verlassen kann, verletzt dies Art. 7 BV. Das Bundesgericht entschied, dass der Beschwerdeführer die Prüfungen wiederholen dürfe.

²⁷² Das BehiG ist nicht direkt auf Bauten und Anlagen von Kantonen und Privaten anwendbar. Siehe dazu oben.

BVGE A-5603/2011 vom 10. Dezember 2012: Das Bundesamt für Verkehr (BAV) genehmigte ein Gesuch der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), den Perron 3 (Mittelperron, 216 Meter lang) am Bahnhof Thörishaus auf 171 Metern zu erhöhen. Die restlichen 45 Meter sollten auf der niedrigeren Höhe bleiben und durch eine 4 Meter lange Rampe mit dem erhöhten Teil verbunden sein. Der Perron 3 wird für Güterzüge benutzt, allerdings im Falle eines Notfallszenarios als sog. „Rückfallbahnhof“ für Bern auch für Personenzüge benutzt. Gegen die erteilte Genehmigung gelangte die Behindertenorganisation „Procap“ an das Bundesverwaltungsgericht und verlangte die Erhöhung des gesamten Perrons, da sich für mobilitätsbehinderte Menschen Probleme mit dem Ein- und Aussteigen ergeben, wenn sie nicht auf der erhöhten Länge des Perrons, sondern auf dem niedrigeren Teil des Perrons ein- oder aussteigen würden. Die SBB brachte dagegen vor, dass eine Erhöhung des gesamten Perrons einige teure Anpassungsmassnahmen nach sich ziehen würde, wie z.B. die Erneuerung einer Weiche in der Höhe von ca. CHF 400'000.-. Durch diese Massnahmen sei die Interoperabilität von Infrastruktur und Fahrzeugen gefährdet. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte in einem ersten Schritt die Beschwerdelegitimation der Organisation „Procap“ gemäss Art. 9 BehiG. Obwohl das hier relevante, in Art. 18i Eisenbahngesetz (EBG)²⁷³ geregelte vereinfachte Plangenehmigungsverfahren in Art. 9 BehiG nicht ausdrücklich aufgeführt werde, zeige eine teleologische Auslegung, dass der Gesetzgeber den Behindertenorganisationen u.a. ein Beschwerderecht zugestehen wolle, sofern Bauten und Anlagen, welche dem Betrieb der Eisenbahnen dienen, erstellt oder geändert werden. Auch die systematische Auslegung zeige, dass das Beschwerderecht den Behindertenverbänden dann gewährt werden soll, wenn in konkreten Fällen die Interessen behinderter Personen betroffen seien. Dies sei neben der Erstellung und Änderung von Eisenbahnanlagen (Plangenehmigungsverfahren gemäss Art. 18 ff. EBG) bei Fragen der Sicherheit von Eisenbahnanlagen der Fall.²⁷⁴ Im Sinne einer Interessenabwägung seien die Interessen mobilitätsbehinderter Personen an einer autonomen und barrierefreien Nutzung der öffentlichen Verkehrsmittel mit dem Interesse der SBB an der Interoperabilität von Infrastruktur und Fahrzeugen abzuwägen. Das Gericht kam zum Schluss, dass den Interessen der Behindertengleichstellung und dem Interesse der Interoperabilität durch den Austausch einer Weiche weitestgehend Rechnung getragen werden kann. Die dadurch entstehenden Kosten von CHF 400'000.- erachtete das Gericht als verhältnismässig. Ausserdem rechtfertige die ausserordentliche Rolle des Bahnhofs Thörishaus in einem Notfall die beidseitige Erhöhung des Mittelperrons auf voller Länge zusätzlich. Entsprechend entschied das Gericht, dass der Mittelperron der Station Thörishaus auf seiner gesamten Länge, und nicht bloss im Mittelteil, erhöht werden müsse.²⁷⁵

3.3. Allgemeine materielle Regeln zum Schutz von Menschen mit Behinderung vor privater Diskriminierung

Abgesehen von den Bestimmungen über Dienstleistungen im Behindertengleichstellungsgesetz finden sich keine weiteren expliziten Regeln, die Diskriminierung unter Privaten im Arbeits- oder Mietverhältnis oder im Dienstleistungsbereich verbieten. Gänzlich von Behindertengleichstellungsgesetz ausgenommen sind Beleidigungen und Beschimpfungen von Menschen mit Behinderung.

²⁷³ Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (EBG), SR 742.101.

²⁷⁴ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.12.2012, A-5603/2011, E. 1.

²⁷⁵ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.12.2012, A-5603/2011, E. 2 bis 9.

In der Privatrechtsordnung ist die Vertragsfreiheit zentral. Jede Person kann grundsätzlich frei entscheiden, ob und mit wem sie oder er welchen Vertrag eingeht und niemand ist gezwungen, einen für ihn oder sie ungünstigen Vertrag anzunehmen. Jedoch gilt die Vertragsfreiheit nicht grenzenlos. Ein Vertrag darf nicht gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen. Verträge, welche gegen zwingendes Recht oder gegen die guten Sitten verstossen, sind nichtig. Ebenso ist die Übervorteilung der schwächeren Vertragspartei durch Ausbeutung einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen verboten. Diese allgemein formulierten Grenzen der Vertragsfreiheit können damit in Fällen von privater Diskriminierung herangezogen werden und als Diskriminierungsverbote fungieren.²⁷⁶

3.3.1. Allgemeine zivilrechtliche Rechtsprinzipien

A. Verbot sittenwidrigen Verhaltens („Bundesgerichtlicher Kontrahierungszwang“)

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens kann das Eingehen eines Dienstleistungsvertrags laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung²⁷⁷ in ganz speziellen Konstellationen erzwungen werden. Kumulativ müssen laut der sogenannten Post-Entscheidung folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- 1) „Ein Unternehmer (bietet) seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich an“;
- 2) es handelt sich um „Güter oder Dienstleistungen (...), die zum Normalbedarf gehören“ wobei dazu Güter und Leistungen zählen, „die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden“;
- 3) „dem Interessenten (fehlen) aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs“, wobei von einer derartigen Machtkonstellation dann auszugehen ist, „wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten“; und
- 4) „wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.“²⁷⁸

Für Menschen mit Behinderung wird dieser mögliche Kontrahierungszwang vor allem im Zusammenhang mit dem Abschluss von Versicherungen relevant. Gestützt auf die Voraussetzungen des Bundesgerichts darf z.B. der Anbieter einer Zusatzkrankenversicherung den Vertragsabschluss nur gestützt auf eine objektive Risikoprüfung verweigern (siehe dazu unten). Denkbar wäre wohl auch die Anwendbarkeit auf Freizeitsituationen, z.B. wenn einer Rollstuhlfahrerin der Zugang zu den wenigen rollstuhlgängigen Clubs einer Stadt verwehrt wird. Allerdings wird in solchen Situationen oftmals der Grund „Sicherheitsvorschriften“ angefügt und damit ein sachlicher Grund zumindest fingiert.

²⁷⁶ HAUSAMMANN, S. 18.

²⁷⁷ BGE 129 III 35. Siehe dazu auch Teilstudie 1, Kap. II.4.4.2 und Teilstudie 8, Kap. 3.3.2.G.

²⁷⁸ BGE 129 III 35, E. 6.3, S. 45 f.

b. Ansprüche aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens

Sind die bundesgerichtlichen Voraussetzungen aus BGE 129 III 35 erfüllt, kann der Abschluss eines Vertrags verlangt werden.

B. Der Grundsatz von Treu und Glauben, Art. 2 Abs. 1 ZGB und das Rechtsmissbrauchsverbot, Art. 2 Abs. 2 ZGB

a. Geltungsgebiet und materielle Anforderungen

Im Rahmen von Vertragsverhandlungen kann es zwischen den potenziellen Vertragsparteien zu einer rechtlichen Sonderverbindung kommen, die durch ein erhöhtes Mass an Vertrauen begründet wird. Eine solche Sonderverbindung besteht, wenn das Verhalten des Vertragsanbieters dazu führt, dass der Interessent / die Interessentin damit rechnen darf, dass der Vertrag abgeschlossen wird, wenn er / sie sich ordentlich verhält. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, indem der Vertrag doch nicht abgeschlossen wird, kommt es zu einer Haftung aus culpa in contrahendo.

Dies könnte für Menschen mit Behinderung z.B. im Erwerbsleben von Relevanz sein:., wenn beispielsweise ein Mensch mit Behinderung nach dem Vorstellungsgespräch nicht angestellt wird, weil er behindert ist. Auch im Zusammenhang mit Wohnen könnte dies zum Tragen kommen. Ein Vermieter zeigt während der Verhandlungen über den Mietvertrag grundsätzliche Bereitschaft, der Familie mit geistig behindertem Kind eine Wohnung zu vermieten, lehnt schliesslich den Vertragsabschluss aber mit Bedenken wegen der Nachbarschaft ab.

Soweit ersichtlich, sind auf bundesgerichtlicher Ebene jedoch noch keine publizierten Urteile im Zusammenhang mit Behinderung gestützt auf Art. 2 Abs. 1 ZGB ergangen.

Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn ein Recht schikanös oder zweckfremd ausgeübt wird. Im Rahmen von privaten Rechtsverhältnissen kann Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn der Abschluss eines Vertrags auf diskriminierende Weise verweigert wird und damit z.B. das Recht auf Vertragsfreiheit schikanös ausgeübt wird. Denkbar sind Situationen, in denen ein Taxifahrer einen Rollstuhlfahrer nicht mitnimmt; wenn ein geistig behinderter Mann im Kleidergeschäft oder eine körperlich behinderte Frau im Restaurant nicht bedient werden.

Rechtsmissbräuchlich sind Verstösse gegen das behindertengleichstellungsrechtliche Benachteiligungsverbot (Art. 2 Abs. 4 BehiG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BehiG), gegen das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 6 BehiG), den Grundsatz sittenwidrigen Verhaltens, den Vertrauensschutz (siehe oben) und den Persönlichkeitsschutz²⁷⁹ (siehe sogleich).

Soweit ersichtlich, sind auf bundesgerichtlicher Ebene jedoch noch keine publizierten Urteile im Zusammenhang mit Behinderung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ergangen.

b. Ansprüche aus Vertrauenshaftung (culpa in contrahendo) / rechtsmissbräuchlicher Leistungsverweigerung

Wird erwecktes Vertrauen durch ein objektiv nicht zu erwartendes diskriminierendes (treuwidriges, Art. 2 Abs. 1 ZGB) Verhalten enttäuscht, führt dies zu einer Haftung wegen Verletzung des Vertrauensschutzes. Wird also ein Vertrag mit einer behinderten Person nicht abgeschlossen, obwohl das Verhalten der potenziellen Vertragspartei einen Vertragsabschluss in Aussicht ge-

²⁷⁹ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 241.

stellt hat, muss der durch den verweigerten Vertragsabschluss entstandene materielle und immaterielle Schaden finanziell ersetzt werden. Ein Anspruch auf Vertragsschluss besteht jedoch nicht.

C. Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ZGB

Der Schutz der Persönlichkeit bezweckt, Menschen vor Ungleichbehandlungen zu schützen, die auf Anknüpfung an deren wesentlichen Werten, deren physischer, affektiver oder sozialer Persönlichkeit beruhen. Für Menschen mit Behinderung kann der Persönlichkeitsschutz z.B. im Arbeitsleben relevant sein, aber auch im Zusammenhang mit Beschimpfungen und Beleidigungen im Alltag.

Nicht jede Ungleichbehandlung verstösst jedoch gegen den Persönlichkeitsschutz, vielmehr bedarf es der Erfüllung zweier Voraussetzungen. Erstens muss die Beeinträchtigung der Persönlichkeit eine gewisse Intensität erreichen. Von einer Persönlichkeitsverletzung wird erst gesprochen, wenn die Benachteiligung durch unterschiedliche Behandlung eine Herabwürdigung oder eine Ausgrenzung zum Ziel oder zur Folge hat. Zweitens muss sich die Verletzung gegen eine ganz bestimmte Person richten. Bei allgemeinen Verunglimpfungen von Personengruppen muss der Nachweis erbracht werden können, dass dadurch einer ganz bestimmten Person ein Nachteil zugefügt worden ist.²⁸⁰

Schliesslich ist eine Persönlichkeitsverletzung nur widerrechtlich, wenn sie gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB nicht durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

a. Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung, Art. 28a ZGB

Ist eine Person in ihrer Persönlichkeit verletzt, kann sie vor Gericht die Beseitigung der Verletzung verlangen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Dazu muss die Verletzung gegenwärtig sein, zum Urteilszeitpunkt noch andauern und überhaupt behebbar sein. Die klagende Person muss ausserdem ein konkretes Verhalten der verletzenden Person verlangen, z.B. den Abschluss eines wegen einer Behinderung verweigerten Vertrags oder die Anpassung eines Vertrags mit diskriminierenden Inhalten.²⁸¹ Ist das Persönlichkeitsrecht der klagenden Person von einer zukünftigen und ernsthaften Gefahr bedroht, besteht die Möglichkeit, die Unterlassung des zukünftigen schädigenden Verhaltens zu verlangen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Da hier präventive Zwecke verfolgt werden, wird dem Anspruch nur mit grosser Zurückhaltung entsprochen.²⁸² Ist die persönlichkeitsverletzende Handlung bereits abgeschlossen, wirkt sich aber weiterhin störend aus, kann die Feststellung ihrer Widerrechtlichkeit verlangt werden (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).²⁸³

Sind der betroffenen Person finanziell bezifferbare Unkosten entstanden, kann sie zudem auf Schadenersatz (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 OR) klagen. Ersetzbar ist nur rein materieller Schaden; im Übrigen sind die Voraussetzungen von Art. 41 OR zu erfüllen, d.h., es bedarf eines Verschuldens der beklagten Person (absichtliches oder fahrlässiges Handeln sowie ein Kausalzusammenhang).²⁸⁴ Gestützt auf Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR kann schliesslich eine finanzielle Entschädigung für erlittenen seelischen Schaden verlangt werden, wenn die betroffene Person infolge einer widerrechtlichen Verletzung ihrer Persönlichkeit eine physische, psychische

²⁸⁰ HAUSAMMANN, S. 18.

²⁸¹ MEILI, Kommentar zu Art. 28a ZGB, Rn. 4/5.

²⁸² Ibid., Rn. 2.

²⁸³ Ibid., Rn. 6-8.

²⁸⁴ Ibid., Rn. 16.

oder moralische Beeinträchtigung erlitten hat.²⁸⁵ Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Verletzung eine gewisse Schwere erreicht hatte und nicht anderweitig, z.B. durch eine Entschuldigung, wiedergut gemacht worden ist.²⁸⁶ Für Verletzungen, die „wegen ihrer Intensität das Mass überschreiten, was eine Person nach der heute geltenden Auffassung ohne besonderen Rechtsschutz zu erdulden hat“,²⁸⁷ wird eine finanzielle Entschädigung zugesprochen.

Wird der erlittene materielle oder immaterielle Schaden durch Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung abgedeckt, kommt ein Entschädigungsanspruch aus culpa in contrahendo nur subsidiär zur Anwendung.

Soweit ersichtlich, sind weder auf bundesgerichtlicher noch kantonaler Ebene bisher publizierten Urteile im Zusammenhang mit Behinderung gestützt auf Art. 28 ZGB ergangen.

b. Bewertung

Die Bejahung einer privatrechtlichen Persönlichkeitsverletzung bedarf einer gewissen Intensität (Herabwürdigung oder Ausgrenzung), während bei einer staatlichen Diskriminierung keine bestimmte Intensität vorausgesetzt wird. Hier geht es vielmehr um das Fehlen sachlicher Gründe. Der Schutz vor privaten Persönlichkeitsverletzungen untersteht damit weit strengeren Voraussetzungen, welche nur schwer erfüllt werden können. Entsprechend ist hier eine weitere Schutzlücke auszumachen.

Ausserdem schützt Art. 28 ZGB jeweils nur eine ganz bestimmte betroffene Person, welche herabgewürdigt wurde. Auf ganze Gruppen findet Art. 28 ZGB keine Anwendung. Dies führt dazu, dass systematischen und wiederkehrenden Persönlichkeitsverletzungen von Angehörigen einer bestimmten Gruppe, wie z.B. Menschen mit Behinderung, mit Hilfe von Art. 28 ZGB nicht effektiv begegnet werden kann, sich vielmehr jede betroffene Person einzeln an ein Gericht wenden muss.

Im Übrigen besteht keine spezifische (strafrechtliche) Norm, mit welcher sich Menschen mit Behinderung gegen Beleidigungen wehren können. Auch hier ist die betroffene Person auf Art. 28 ZGB und Art. 49 OR verwiesen.

3.3.2. Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Erwerbsleben

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften enthalten keine spezifischen Bestimmungen zum Schutz von Angestellten mit Behinderung. Relevant sind daher die allgemeinen Fürsorgepflichten des Arbeitgebenden nach Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG.²⁸⁸

A. Art. 328 Abs. 1 OR (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers) und Art. 6 Abs. 1 ArG

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Arbeitnehmende sind während des Arbeitsverhältnisses vor Verletzungen ihrer Persönlichkeit geschützt. Es ist davon auszugehen, dass von diesem arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz

²⁸⁵ Botschaft Änderung ZGB, BBl 1982 II 636, S. 681.

²⁸⁶ MEILI, Kommentar zu Art. 28a ZGB, Rn. 17.

²⁸⁷ Botschaft Änderung ZGB, BBl 1982 II 636, S. 681.

²⁸⁸ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

auch der Schutz vor Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung erfasst ist.²⁸⁹ Ein entsprechendes Urteil des Bundesgerichts liegt, soweit ersichtlich, bisher jedoch nicht vor.

Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin muss die Persönlichkeit jedes Arbeitnehmenden schützen und im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitenden und Dritten (KundInnen, LieferantInnen) abwehren. Diese Schutzpflicht der Arbeitgebenden verpflichtet diese, bereits Sticheleien und Mobbing, die mangels Intensität noch nicht unter Art. 28 ZGB fallen, zu unterbinden.²⁹⁰ Entsprechend hat die Arbeitgeberin die Pflicht, Verhaltensweisen entgegenzutreten, welche gegenüber Menschen mit Behinderungen verletzend, abwertend oder ausgrenzend wirken.²⁹¹ Gestützt auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten in Art. Art. 321d OR ist sicherzustellen, dass nicht einzelne MitarbeiterInnen wegen einer Behinderung ausgegrenzt, belästigt oder schlecht behandelt werden.²⁹²

Aus Art. 328 OR folgt, dass Menschen mit Behinderung sowohl im privaten als auch im öffentlichen Arbeitsverhältnis insbesondere vor verletzenden, abwertenden und ausgrenzenden Verhaltensweisen, wie z.B. eine Kündigung wegen der Behinderung, zu schützen sind.²⁹³ Ausserdem ist der Arbeitgeber verpflichtet, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um den Arbeitnehmer mit Behinderung im Arbeitsverhältnis zu integrieren.²⁹⁴

Die Arbeitgebende sind gemäss Art. 6 ArG verpflichtet, die Gesundheit und die persönliche Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen. Gestützt auf Art. 2 Abs. 1 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz²⁹⁵ muss der Arbeitgebende alle Massnahmen treffen die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten. Die Achtung der persönlichen Integrität des Arbeitnehmenden umfasst dabei unter anderem den Schutz vor Diskriminierung. In der Wegleitung des SECO zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz wird der Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung in diesem Zusammenhang jedoch nicht genannt.²⁹⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN gehen jedoch davon aus, dass die Bestimmung im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV Behinderung mitumfasst.²⁹⁷ Art. 328 Abs. 2 OR schliesslich beinhaltet die Verpflichtung der Arbeitgebenden, die zum Schutze von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmenden erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu treffen. Im Zusammenhang mit besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmenden, wie z.B. Arbeitnehmende mit Behinderung, werden besonders strenge Anforderungen an die zu treffenden Massnahmen gestellt.²⁹⁸

b. Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR und Art. 6 ArG

Die Verletzung der Persönlichkeit aufgrund fehlender Schutzgewährung von Seiten des Arbeitgebenden stellt eine Vertragsverletzung dar und kann vor Arbeitsgericht eingeklagt werden.

²⁸⁹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, S. 524; SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 18. Siehe dazu auch Teilstudie 1, Kap. II.4.2.

²⁹⁰ HAUSAMMANN, S. 19.

²⁹¹ Botschaft BehiG, S. 1829 f.; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLF, Art. 328 OR, S. 536.

²⁹² HAUSAMMANN, S. 19.

²⁹³ PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 146; BVGE vom 29.04.2008, 2008/25, E. 6.3.

²⁹⁴ Ibid., S. 142.

²⁹⁵ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge ArGV 3) vom 18.08.1993 (SR 822.113).

²⁹⁶ Wegleitung SECO, S. 302-4.

²⁹⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 18.

²⁹⁸ REHBINDER/STÖCKLI, Kommentar zu Art. 328 OR, Rn. 17/18.

Von Bedeutung ist hier insbesondere der Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Vertragsregeln muss der Arbeitgeber den Beweis erbringen, die Persönlichkeitsverletzung ohne Verschulden verursacht zu haben. Schadenersatz kann nur für finanziellen Schaden verlangt werden, während erlittene seelische Unbill durch eine finanzielle Genugtuung entschädigt werden kann, sofern die Schwere der Verletzung dies rechtfertigt (Art. 97 OR, Art. 49 OR).

Im Übrigen darf auch die Arbeitsleistung verweigert werden (Art. 324 OR). Liegt eine Verletzung von Art. 6 ArG vor, kann unter Umständen gemäss Art. 54 ArG Anzeige an die zuständige Arbeitsbehörde gemacht werden.²⁹⁹

c. Bewertung

Auch die hier zur Verfügung stehenden Ansprüche ermöglichen es der betroffenen Person mit Behinderung in den meisten Fällen wohl nicht, die von ihr eigentlich gewünschte Leistung zu erhalten. Schliesslich steht im Zusammenhang mit Diskriminierung wegen einer Behinderung in der Arbeitswelt die Zugangsverweigerung sowie Anpassungsverweigerung im Zentrum. Gestützt auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen kann die Beseitigung dieser Hindernisse jedoch nicht verlangt werden. Wie im Bereich des BehiG ist der/die Betroffene auf eine finanzielle Entschädigung verwiesen. Im Ergebnis bleiben die Hindernisse damit bestehen und die von Art. 8 Abs. 4 BV angestrebte Integration von Menschen mit Behinderung wird nicht erreicht.

B. Bearbeitung von Personendaten, Art. 328b OR

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Bereits im Rahmen der Eignungsabklärung im Bewerbungsgespräch (Vertragsanbahnung) wird der Bewerber/die Bewerberin vor unzulässigen Fragen geschützt.

Im Bewerbungsgespräch müssen aktuelle oder vergangene Krankheiten und Beeinträchtigungen, welche die Erfüllung des Arbeitsvertrages wesentlich erschweren, offengelegt werden und entsprechende Fragen wahrheitsgetreu beantwortet werden. Betreffend Behinderungen, die keinen Einfluss auf die geforderte Arbeitsleistung und das einzugehende Arbeitsverhältnis haben, besteht hingegen keine Informationspflicht, entsprechend muss der Arbeitgebende auf die Abfrage verzichten bzw. kann der/die Bewerber/in auf die Beantwortung verzichten oder die Frage unrichtig beantworten.³⁰⁰

b. Ansprüche

In Übereinstimmung mit dem bereits oben Gesagten, kann gestützt auf die hier relevanten arbeitsrechtlichen Bestimmungen Schadenersatz oder Genugtuung verlangt werden. Eine Anstellung kann indessen nicht erwirkt werden.

c. Bewertung

Bei diskriminierender Nichtanstellung wird jedoch oft mangels bezifferbaren finanziellen Schadens nur Genugtuung verlangt werden können. Wie oben dargestellt wird diese nur unter strengen Voraussetzungen zugesprochen. Entsprechend steht dem/der abgelehnten Bewerber/in mit

²⁹⁹ PORTMANN, Kommentar zu Art. 328 OR, Rn. 52-55.

³⁰⁰ PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 131.

Behinderung wohl in den meisten Fällen keine Möglichkeit zu, sich gegen eine Absage wirksam zur Wehr zu setzen.

C. Missbräuchliche Kündigung, Art. 336 OR

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unter anderem dann missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Insofern wird der Persönlichkeitsschutz beschränkt.³⁰¹

Die Lehre geht davon aus, dass die Entlassung eines Arbeitnehmenden wegen einer Behinderung missbräuchlich sein kann.³⁰² Diese Einschätzung drängt sich im Lichte des Diskriminierungsverbots von Art. 8 Abs. 2 BV auf.³⁰³ Verunmöglicht die Behinderung allerdings die vertraglich vereinbarte Tätigkeit und allfällige Integrationsbemühungen der Arbeitgebenden können nicht zur Verbesserung der Situation beitragen, ist eine Kündigung wegen Behinderung nicht missbräuchlich.³⁰⁴

b. Ansprüche aus Art. 336 OR: rechtsmissbräuchliche Kündigung

Die Entlassung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin wegen seiner/ihrer Behinderung kann aufgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR missbräuchlich sein. Eine missbräuchliche Kündigung kann nicht angefochten werden. Geltend gemacht werden kann lediglich eine Entschädigung, die durch das Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird und den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 366a OR). Die Kündigung bleibt bestehen.

Im Zusammenhang mit Art. 328 OR, Art. 336 OR und Art. 6 ArG und einem behinderten Arbeitnehmer/einer behinderten Arbeitnehmerin erging auf bundesgerichtlicher Ebene bisher, soweit ersichtlich, noch kein Urteil.³⁰⁵

3.3.3. Diskriminierungsschutz im Mietrecht

A. Persönlichkeitsverletzung, Art. 27/28 ZGB und Treu und Glauben Art. 2 Abs. 2 ZGB

Wird der Abschluss eines Mietvertrags wegen einer Behinderung verweigert, kann unter Umständen Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) verletzt sein. Wie oben ausgeführt, ergibt sich aus einer Sonderbeziehung zwischen Interessent/in und Vermieter/in eine Haftungsgrundlage für culpa in con-

³⁰¹ HAUSAMMANN, S. 18; PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 141. Siehe dazu Urteil des Kantonsgerichts Schaffhausen 2009/172-41-cs vom 27.09.2012: Ein Arbeitnehmer mit ADS erhielt die Kündigung, da seine Arbeitgeberin sein Verhalten für nicht mehr tragbar hielt. Das Gericht wies die Beschwerde ab und führt aus, dass sich der Arbeitnehmer in diesem Fall auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR stützen könnte und die Kündigung damit nicht missbräuchlich war (E.2.6).

³⁰² STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLF, Art. 328 OR, S. 536; SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 18; PÄRLI, Vertragsfreiheit, S. 524 ff.

³⁰³ SCHEFER/HESS-KLEIN, Jusletter 2011, S. 18; HAUSAMMANN, S. 20.

³⁰⁴ PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 142.

³⁰⁵ Verwiesen sei zumindest auf BGE 125 III 70, in welchem das Bundesgericht die Kündigung einer Frau zu beurteilen hatte, welche sich auf Antrag ihrer unmittelbaren Vorgesetzten einer psychiatrischen Begutachtung unterziehen musste und später die Kündigung erhielt. Da die Anordnung der psychiatrischen Untersuchung nicht kausal für die Kündigung gewesen sei, wies das Bundesgericht das Vorbringen der Frau, durch die Anordnung und die Kündigung schwer in ihrer Persönlichkeit verletzt worden zu sein, ab.

trahendo. Denkbar wäre auch, dass das Verweigern eines Mietvertrags wegen Behinderung eine Verletzung der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB darstellt, wenn z.B. die Verweigerung eines Vertragsabschlusses ohne rationale Begründung, nur auf eine Behinderung gestützt auf diskriminierende herabwürdigende Weise kommuniziert wird.³⁰⁶

Ein offen diskriminierender Vertragsinhalt könnte eine persönlichkeitsverletzende oder sittenwidrige (Art. 20 OR) Handlung darstellen. Von einem diskriminierenden Vertragsinhalt kann z.B. gesprochen werden, wenn ein Mieter mit geistiger Behinderung eine höhere Kautions als die anderen Mieter des Hauses hinterlegen muss oder wenn eine gehbehinderte Mieterin im Rollstuhl einen höheren Mietzins bezahlen muss, um die stärkere Abnutzung des Bodens auszugleichen. Die Frage, ob ein diskriminierender Vertrag eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, ist jedoch umstritten.³⁰⁷

Während des Mietverhältnisses müssen Vermieterin und Mieter ihre mietvertraglichen Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben ausüben und erfüllen und gegenseitig um die Achtung der Persönlichkeit besorgt sein. Diskriminierende Äusserungen des Vermieters gegenüber einem Mieter mit Behinderung gelten als treuwidrig und verletzen die Persönlichkeit.³⁰⁸

Im Mietverhältnis ausserdem relevant sind Vorschriften, die, mit oder ohne diskriminierendes Motiv, eine Benachteiligung der behinderten Mieterin oder der behinderten Kinder des Mieters zur Folge haben, jedoch vom Vermieter nicht aufgrund eines überwiegenden Interesses seinerseits oder der Nachbarschaft sachlich begründet werden können. Als Beispiel zu nennen ist hier eine Hausregel, die es geistig behinderten Kindern verbietet, zu gewissen Tageszeiten im Garten zu spielen, um die Lärmbelastung der anderen Mieter zu minimieren.³⁰⁹

Im Rahmen der Überprüfung, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, müssen jeweils die sich im Einzelfall entgegenstehenden Interessen abgewogen werden. Zu beachten ist dabei, dass der ordnungsgemässe Gebrauch der Mietsache für die Nachbarschaft nicht stark beeinträchtigt werden darf. Diskriminierende Motive können aber in keinem Fall rechtmässige Gründe für eine benachteiligende Regelung sein. Leben beispielsweise (behinderte) Kinder in einem Haus, müssen Nachbarn gewisse Lärmimmissionen hinnehmen.³¹⁰

B. Mängel während der Mietdauer, Art. 256 ff. OR

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist die Vermieterin verpflichtet, die Mietsache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch gehören auch subjektive Elemente, die sich aus der Person der Mieterin/des Mieters oder der Mitbewohner ergeben. Wird eine Wohnung z.B. an eine blinde Person vermietet, kann davon ausgegangen werden, dass die Wohnung den Bedürfnissen einer blinden Person entspricht. Gleiches gilt z.B. für eine Person im Rollstuhl.

Ist die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder ausgeschlossen, weist die Mietsache einen Mangel auf. Von einem schwerer Mangel gemäss Art. 258

³⁰⁶ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 177/178.

³⁰⁷ Ibid., S. 181.

³⁰⁸ Ibid., S. 184 und NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Äusserungen und Gewalt, S. 419.

³⁰⁹ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 184/185.

³¹⁰ Ibid.

i.V.m. Art. 259b lit. a OR wird gesprochen, wenn der vorausgesetzte Gebrauch erheblich beeinträchtigt oder ausgeschlossen ist. Dies liegt unter anderem vor, wenn die psychische und physische Integrität der Mieter und ihrer Familien durch regelmässige diskriminierende Angriffe (Persönlichkeitsverletzungen durch Beschimpfung, Gewalt gegen Personen, Sachbeschädigungen, systematisch diskriminierendes Verhalten) gefährdet ist oder durch die Angriffe die Nutzung der Mietsache oder von Teilen der Mietsache nicht mehr möglich ist. Ein mittlerer Mangel gemäss Art. 258 Abs. 3 lit. a i.V.m. Art. 259 b lit. b und Art. 259d OR liegt vor, wenn der vorausgesetzte Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt, aber nicht ausgeschlossen ist.³¹¹

Für Mieter mit Behinderungen können die Regelungen zu Mietmängeln relevant sein. Zu denken ist beispielsweise an einen Nachbarn, der die geistig behinderte Mieterin regelmässig massiv verbal beleidigt, den Nachbarn, der den Treppenlift des gehbehinderten Mieters beschmiert oder den Vermieter, der der rollstuhlfahrenden Mieterin nach Abschluss des Mietvertrags die Entfernung der Türschwellen untersagt.

b. Ansprüche aus Mängeln während der Mietdauer, Art. 256 ff. OR

Anspruch auf Beseitigung des Mangels

Gestützt auf Art. 259a Abs. 1 lit. a OR kann die/der Mieter/in vom Vermieter/der Vermieterin die Beseitigung von Mängeln, die er/sie nicht selber zu verantworten oder zumindest mit zu verantworten hat, verlangen.³¹² Im Zusammenhang mit Mängeln, die aufgrund diskriminierendes Verhaltens entstanden sind bedeutet das, dass der Vermieter die diskriminierende Person zur Rede stellen und das Unterlassen künftiger diskriminierender Handlungen verlangen muss.³¹³ Die betroffene Person muss dabei beweisen können, blosses Opfer zu sein und sich nicht z.B. durch gegenseitige Provokation an der Entstehung des Mangels beteiligt zu haben.³¹⁴

Anspruch auf Rücktritt oder fristlose Kündigung des Mietvertrags

Wenn ein schwerwiegender Mangel bereits seit Abschluss des Mietvertrags vorliegt, kann der Mieter gestützt auf Art. 107-109 OR vom Vertrag zurücktreten, wenn der/die Vermieter/in den Mangel nicht innert angemessener Frist behoben hat.³¹⁵ Ausserdem sieht Art. 259b lit. a OR i.V.m. Art. 266g OR die Möglichkeit der fristlosen Kündigung des Mietvertrags vor, wenn die Weiterführung des Mietverhältnisses für den betroffenen Mieter/die betroffene Mieterin in unzumutbar ist.³¹⁶

Schadenersatz und Genugtuung

Gestützt auf Art. 259e OR kann die Mieterin/der Mieter für erlittenen Schaden Schadenersatz verlangen, wenn der Vermieter seine Pflicht, gegen die Diskriminierung einzuschreiten, verletzt hat.

Allenfalls könnte auch erlittene seelische Unbill (Art. 99 Abs. 3 OR) finanziell abgegolten werden. Relevant ist hier die Bestimmung der Genugtuung gemäss Art. 49 OR.³¹⁷

³¹¹ Ibid., S. 186/187.

³¹² WEBER, Kommentar zu Art. 259a OR, Rn. 1 ff.

³¹³ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 187.

³¹⁴ WEBER, Kommentar zu Art. 259a OR, Rn. 2-4.

³¹⁵ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 187.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 188.

c. Bewertung

Die mietrechtlichen Bestimmungen scheinen mit der Pflicht des Vermieters zumindest Potenzial für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung durch Nachbarn zu bieten und wohl zu einem gewissen Grad auch vor Diskriminierung durch Vermieter/innen.

Soweit ersichtlich, gibt es jedoch noch keine Rechtsprechung, welche die wirksame Anwendbarkeit der eben erwähnten Bestimmungen auf Fälle von Diskriminierung wegen Behinderung tatsächlich zeigen.

C. Kündigung gegen Treu und Glauben, Art. 271/271a OR

a. Geltungsbereich und materielle Anforderungen

Eine Kündigung eines Mietvertrags, die gegen Treu und Glauben verstösst, ist anfechtbar. Ein solcher Verstoss liegt etwa dann vor, wenn einer Mieterin oder einem Mieter allein wegen eines Persönlichkeitsmerkmals gekündigt wird, ohne dass sie oder er sich mietrechtlich etwas vorwerfen lassen muss.³¹⁸ Treuwidrig müssten damit sämtliche Kündigungen sein, die offen diskriminierend sind und als Ergebnis oder zum Ziel haben, Menschen mit Behinderung auszuschliessen. Spricht der Vermieter/die Vermieterin eine Kündigung aus, ohne vorher versucht zu haben, die Situation abzuklären oder lediglich gestützt auf Bagatellen, ist von einer diskriminierenden Kündigung auszugehen. Denkbar wäre beispielsweise, dass einer Familie mit einem geistig behinderten Kind der Mietvertrag mit der Begründung gekündigt würde, die Nachbarn hätten sich regelmässig beim Vermieter über den „ungewöhnlichen“ Lärm beschwert, ohne dass der Vermieter mit der betroffenen Familie persönlich gesprochen hat. Schliesslich unzulässig sind Kündigungen, die nur ausgesprochen werden, weil eine behinderte Mieterin Anpassungen an ihrer Wohnung vornehmen möchte und den Vermieter um entsprechende Zustimmung bittet.³¹⁹

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. f OR ist eine Kündigung insbesondere „wegen Änderungen in der familiären Situation des Mieters, aus denen dem Vermieter keine wesentlichen Nachteile entstehen“ treuwidrig.³²⁰ Heiratet eine Mieterin beispielsweise einen gehbehinderten Mann, der auf den Rollstuhl angewiesen ist, müsste der Vermieter die zusätzliche Abnutzung der Böden in der ehelichen Wohnung dulden.

Bisher können diese Einschätzungen jedoch nicht durch bundesgerichtliche Beurteilungen bestätigt werden.

b. Ansprüche aus Kündigung Mietvertrag gegen Treu und Glauben, Art. 271/Art. 271a OR

Eine treuwidrige Kündigung kann angefochten und aufgehoben werden (bzw. ist nichtig).³²¹

Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht bisher noch keinen Fall betreffend einer treuwidrigen Kündigung aufgrund einer Behinderung gefällt bzw. sich in diesem auch nicht ausdrücklich mit dem Merkmal der Behinderung befasst. Im Jahr 1994³²² hat das Bundesgericht jedoch ausgeführt, dass eine Kündigung wegen der Hautfarbe einer Mieterin/eines Mieters als treuwidrig einzustufen wäre.

³¹⁸ HAUSAMMANN, S. 21.

³¹⁹ NAGUIB/FUCHS, Diskriminierungsrecht, Wohnen, S. 191/192.

³²⁰ Ibid., S. 189; WEBER, Kommentar zu Art. 271/271a OR, Rn. 22.

³²¹ WEBER, Kommentar zu Art. 271/271a OR, Rn. 29.

³²² BGE 120 II 105, E. 3a.

Ausserdem kann der Mieter/die Mieterin auch eine Erstreckung des Mietverhältnisses beantragen (Art. 272 OR), wenn die Beendigung der Miete für ihn/sie oder seine/ihre Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre.

Beide Anträge müssen innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der örtlich zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht werden.

3.3.4. Dienstleistungen Privater

Grundsätzlich kann man sich gegen die Verweigerung einer Dienstleistung nur wehren, wenn in der Art der Dienstleistungsverweigerung eine Persönlichkeitsverletzung im Sinn von Art. 28 ZGB vorliegt. Wird einer Person mit Behinderung eine Dienstleistung wegen der Behinderung verweigert, kann der/die DienstleistungserbringerIn unter Umständen gemäss Art. 6 BehiG entschädigungspflichtig werden. Ansonsten steht es einem Dienstleistungsbetrieb frei zu entscheiden, welche Personen er als Kundinnen oder Kunden akzeptiert, das BehiG sowie die allgemeinen privatrechtlichen Regeln statuieren in solchen Fällen keinen Kontrahierungszwang.

Wie bereits oben erwähnt, kann das Eingehen eines Dienstleistungsvertrags laut Bundesgericht in BGE 129 III 35 nur in ganz speziellen Konstellationen erzwungen werden, dies gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens. Dieser auf Güter und Dienstleistungen ausgerichtete bundesgerichtliche Kontrahierungszwang ist wohl relevant für Versicherungsverträge und im Rahmen der Aus- und Weiterbildung, in den Bereichen Wohnen, Arbeit und Freizeit wird er wohl mangels Erfüllung der Voraussetzungen jedoch kaum jemals Anwendung finden.

A. Zusatzkrankenversicherungen

Wie in Teilstudie 1 bereits ausgeführt, besteht im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung eine Versicherungspflicht sowie eine Aufnahmepflicht der Versicherungen, wobei die versicherten Personen wählen können, bei welcher Krankenkasse sie versichert sein möchten. Im Bereich der Zusatzversicherung ist hingegen nicht das Krankenversicherungsgesetz (KVG),³²³ sondern das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)³²⁴ anwendbar, bei dem grundsätzlich die Vertragsfreiheit gilt und kein Aufnahmehzwang besteht. In diesem Bereich werden von den Versicherungen vorzugsweise nur Personen mit sog. guten Risiken aufgenommen.³²⁵ Daher kommt es nicht selten vor, dass Menschen mit Behinderung der Abschluss einer Zusatzversicherung verweigert wird bzw. sie eine höhere Prämie bezahlen müssen³²⁶ und sie sich damit einem erheblichen Diskriminierungspotenzial gegenüber sehen.

Da im Rahmen von privaten Dienstleistungen kein Kontrahierungszwang besteht, können sich Menschen mit Behinderung gegen die Verweigerung des Vertragsabschlusses nur wehren, wenn in der Art der Dienstleistungsverweigerung eine Persönlichkeitsverletzung im Sinn von Art. 28 ZGB vorliegt oder wenn die oben erwähnten besonderen Voraussetzungen erfüllt sind.

Zu den Voraussetzungen eines Kontrahierungszwangs bei Zusatzkrankenversicherungen äusserte sich das Bundesgericht im bereits erwähnten Entscheid 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006. Insbesondere liegen die Voraussetzungen zum Kontrahierungszwang bei Dienstleistungen laut

³²³ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18.03.1994 (KVG; SR 832.10).

³²⁴ Vom 02.04.1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

³²⁵ Teilstudie 1, Ziff. II.4.2.2.

³²⁶ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 223.

Bundesgericht nicht vor, wenn die *Risikoprüfung* „nach anerkannten versicherungsmathematischen Kriterien“ vorgenommen wurde. Dies dürfte in der Praxis bedeuten, dass kaum je ein Kontrahierungszwang angenommen werden kann, fällt es doch dem betroffenen Menschen mit Behinderung schwer zu beweisen, dass die Risikoprüfung nicht nach anerkannten versicherungsmathematischen Kriterien vorgenommen wurde.³²⁷ Überdies erachtete die Vorinstanz dieses Entscheids³²⁸ die Voraussetzung des Vorliegens einer Dienstleistung, „die zum Normalbedarf gehört“ d.h. einer Leistung, „die heute praktisch jedermann zur Verfügung steht und im Alltag in Anspruch genommen wird“ als durch eine Zusatzkrankenversicherung nicht erfüllt.³²⁹ Sie argumentierte, dass der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes³³⁰ am 1. Januar 1996 beabsichtigt hatte, die obligatorische Grundversicherung so auszugestalten, dass weite Kreise der Bevölkerung eben keine Zusatzversicherung mehr benötigten.³³¹ Diese Argumentation führt im Ergebnis dazu, dass Zusatzkrankenversicherungen damit nie dem bundesgerichtlichen Kontrahierungszwang unterstehen können. Leider äusserte sich das Bundesgericht aus formellen Gründen zu dieser Frage nicht.³³²

B. Übrige Dienstleistungen

a. Unterhaltung und Freizeit

Menschen mit Behinderung sind hier auf den Persönlichkeitsschutz aus Art. 28 ZGB verwiesen. Die Persönlichkeit müsste z.B. als verletzt erachtet werden, wenn einem Menschen mit Behinderung eine Dienstleistung verweigert wird, weil er oder sie als störend betrachtet wird, da er von der „Normalität“ abweicht. Dabei ist nicht entscheidend, ob hinter der Ablehnung feindliche Absicht steht oder nicht.³³³

b. Aus- und Weiterbildung: Nicht-staatliche Schulen, Universitäten und Kinderbetreuung

Neben dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sind Menschen mit Behinderung bei Zugangsdiskriminierung auch hier auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) verwiesen. Ausserdem von Relevanz kann der auf dem Grundsatz des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens entwickelte bundesgerichtliche Kontrahierungszwang³³⁴ sein, wenn einer Person mit Behinderung mangels Alternativen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um eine bestimmte Aus- oder Weiterbildung zu erhalten.³³⁵

C. Bewertung

Grundsätzlich besteht bei der Verweigerung einer Dienstleistung nur dann die Möglichkeit, sich zur Wehr zu setzen, wenn in der Art der Dienstleistungsverweigerung eine Persönlichkeitsverletzung im Sinn von Art. 28 ZGB vorliegt. Wird einer Person mit Behinderung eine Dienstleistung wegen der Behinderung verweigert, kann der Dienstleistungserbringer gemäss Art. 6 BehiG ent-

³²⁷ Teilstudie 1, Ziff. II.4.2.2.

³²⁸ Verwaltungsgericht Kanton Glarus, Urteil VG.2005.00028 vom 31.01.2006.

³²⁹ Ibid., E. 6.

³³⁰ KVG, SR 832.10.

³³¹ Verwaltungsgericht Kanton Glarus, Urteil VG.2005.00028 vom 31.01.2006, E. 6b.

³³² Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006, E. 2.

³³³ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 244.

³³⁴ Vgl. BGE 129 III 35, siehe dazu auch oben.

³³⁵ COPUR/NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Bildung, S. 99.

schädigungspflichtig werden. Ansonsten steht es einem Dienstleistungsbetrieb frei zu entscheiden, welche Personen er als Kundinnen oder Kunden akzeptiert, das BehiG statuiert in solchen Fällen keinen Kontrahierungszwang.

Wird der Abschluss einer Zusatzkrankenversicherung gewünscht, vermag das BehiG keinen ausreichenden Schutz zu bieten. Ausserdem ist in solchen Fällen Art. 8 Abs. 2 BV nicht direkt anwendbar. Ausserdem scheint es, dass private Versicherungen mit sachlicher Begründung (Risikoabklärung) Menschen mit Behinderung relativ einfach ablehnen können. Ein privatrechtlicher Kontrahierungszwang ergibt sich zwar aus der bereits erwähnten Post-Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 129 III 35), das Bundesgericht bezeichnet diesen allerdings als „ausnahmsweise“.³³⁶ Dies könnte darauf hindeuten, dass das Bundesgericht einen solchen nur sehr selten annehmen würde. Im Zusammenhang mit Zusatzversicherungen hat sich das Bundesgericht mit der Frage, ob Zusatzkrankenversicherungen nach Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes überhaupt je unter den Kontrahierungszwang fallen könnten, noch nicht geäußert.

III. VERFAHRENSRECHT

Neben fehlenden oder ungenügenden materiellen Schutzbestimmungen können auch verfahrensrechtliche Vorschriften, welche die speziellen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung nicht berücksichtigen, dazu führen, dass diese Menschen beim Zugang zur Justiz behindert werden.

1. Verfahren nach Behindertengleichstellungsgesetz bei staatlicher Diskriminierung

1.1. Geltendmachung der Ansprüche nach Art. 8 Abs. 1 und 2 BehiG

1.1.1. Individualbeschwerderecht

Beschwerden gemäss Art. 8 Abs. 1 BehiG richten sich auf die Beseitigung oder Unterlassung einer Benachteiligung, welche einer Person mit Behinderung die Inanspruchnahme einer Dienstleistung des Gemeinwesens oder eines innerhalb eines bundesrechtlichen Monopols konzessionierten Unternehmens erschwert oder verunmöglicht. Das Bundesgericht geht hierbei von einem weiten Begriff der persönlichen Betroffenheit nach Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG³³⁷ aus. Laut Urteil 1C_394/2010 vom 10. Juni 2011 genügt es, wenn die beschwerdeführende Person diejenige Art von Behinderung hat, die den Genuss der konkreten Dienstleistung verunmöglicht oder erschwert. Ein besonders naher örtlicher Bezug ist grundsätzlich nicht erforderlich.³³⁸

Beschwerden sind an die zuständige Verwaltungsbehörde oder das zuständige Gericht zu richten. Die Verfahren sind nach Art. 10 Abs. 1 BehiG unentgeltlich. Beschwerden gemäss Art. 7 BehiG zielen je nach Stadium des Baubewilligungsverfahrens auf die Unterlassung bzw. in Ausnahmefällen auf die Beseitigung einer Benachteiligung.

³³⁶ Bger-E 5P.97/2006 vom 01.06.2006, E. 2.

³³⁷ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.06.2005 (SR 173.110).

³³⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG, 67.

Entscheide, welche in den Geltungsbereich des BehiG fallen, können vor Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) angefochten werden. Für Verfahren vor Bundesgericht richten sich die Gerichtskosten nach dem Bundesgerichtsgesetz (Art. 10 Abs. 3 BehiG); die Gerichtsgebühr beträgt in diesen Fällen CHF 200-1'000.- und wird nicht nach dem Streitwert bemessen (Art. 65 Abs. 4 lit. d BGG). Neben der Unentgeltlichkeit der Verfahren nach Art. 7 und 8 BehiG sieht das BehiG keine weiteren Verfahrenserleichterungen vor.

Beschwerden nach Art. 8 Abs. 2 BehiG richten sich auf die Beseitigung oder Unterlassung einer Benachteiligung, welche einer Person mit Behinderung die Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildungsangeboten des Bundes verunmöglicht oder erschwert. Erste Beschwerdeinstanz ist das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 VGG).³³⁹ Vor Bundesgericht werden Ansprüche mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) geltend gemacht bzw. bei Entscheiden über Prüfungen mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG).³⁴⁰ Ein Verbandsbeschwerderecht nach Art. 9 BehiG steht Behindertenorganisationen im Zusammenhang mit diesen Aus- und Weiterbildungsangeboten nicht zu.

Beschwerden nach Art. 8 Abs. 3 BehiG richten sich auf den Erhalt einer Entschädigung. Im Bereich von Bildungsangeboten Privater verfügen Behindertenorganisationen über ein Verbandsbeschwerderecht nach Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG, da es sich um eine private Dienstleistung nach Art. 6 BehiG handelt.

Zu den allgemeinen Verfahrensvorschriften siehe Teilstudie 1.

1.1.2. Verbandsbeschwerderecht

Während den Behindertenorganisationen im Rahmen von Beschwerden gestützt auf Art. 7 BehiG (Bauten, Einrichtungen und öff. Verkehr) ein Verbandsbeschwerderecht zusteht (Art. 9 Abs. 3 BehiG), besteht im Rahmen von Beschwerden gestützt auf Art. 8 BehiG nur dann ein Verbandsbeschwerderecht, wenn es sich um eine Benachteiligung aufgrund einer privaten Dienstleistung handelt.³⁴¹ Gegen Schlechterstellung bei Dienstleistungsangeboten des Gemeinwesens oder konzessionierter Unternehmen verfügen die Behindertenorganisationen über kein allgemeines Beschwerderecht.³⁴²

1.2. Geltendmachung der Rechtsansprüche betreffend Grundschule

Art. 20 BehiG, welcher den Grundschulunterricht regelt, ist entsprechend der föderalen Kompetenzordnung nur auf Bildungsangebote des Bundes anwendbar. Die Regelung der Grundschule liegt gemäss Art. 62 BV in der Kompetenz der Kantone. Daher gelten die in Art. 8 Abs. 2 BehiG festgehaltenen Rechtsansprüche bei Benachteiligung nicht für den Bereich der Grundschule. Auch Art. 9 und 10 BehiG sind daher im Bereich der Grundschule nicht anwendbar. Die hier relevanten Ansprüche ergeben sich direkt aus Art. 19 BV. Entsprechend müssen die Ansprüche mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) geltend gemacht werden

³³⁹ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht, SR 173.32.

³⁴⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 403-406.

³⁴¹ Siehe dazu sogleich „2. Spezifische Regelungen für das Verfahren bei privater Diskriminierung“.

³⁴² Siehe Art. 9 Abs. 3 lit. d BehiG zum Verbandsbeschwerderecht gegen Verfügungen über Konzessionsverteilungen; SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 309 f.

bzw. bei Entscheiden über Prüfungen mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG).³⁴³ Da Art. 10 BehiG nicht anwendbar ist, ist das Verfahren im Zusammenhang mit der Grundschule nicht kostenlos. Auch ein Verbandsbeschwerderecht nach Art. 9 BehiG steht Behindertenorganisationen im Zusammenhang mit der Grundschule nicht zu.³⁴⁴

2. Verfahren nach Behindertengleichstellungsgesetz bei privater Diskriminierung

Die Artikel 7, 8 und 9 BehiG regeln das Beschwerderecht. Das BehiG kennt neben den Bestimmungen zum Individual- und Verbandsbeschwerderecht keine besonderen Verfahrensvorschriften im Zusammenhang mit privater Diskriminierung, entsprechend kommen die allgemeinen Regeln gemäss ZPO zur Anwendung.

2.1. Geltendmachung der Rechtsansprüche nach Art. 8 Abs. 3 BehiG

2.1.1. Individualbeschwerderecht

Wenn Private Dienstleistungen öffentlich anbieten, sie aber im Einzelfall diskriminierend verweigern, kann die betroffene Einzelperson vor Gericht eine Entschädigung beantragen (Art. 8 Abs. 3 BehiG i.V.m. Art. 6 BehiG).

Für die Beschwerde- und Klagelegitimation gelten die üblichen Regeln (Art. 8 ZGB). Wer ein subjektives Recht nach Art. 8 Abs. 3 BehiG geltend machen will, muss nachweisen, dass er/sie im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BehiG behindert ist und dass er/sie auf Grund dieser Behinderung im konkreten Fall persönlich benachteiligt oder diskriminiert ist.³⁴⁵

Das Verfahren vor Schlichtungsstelle und Gericht ist kostenlos (Art. 113 Abs. 2 lit. b, Art. 114 Abs. lit. b ZPO). Bis zu einem Streitwert von CHF 30 000.- ist ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Anders als für Verfahren nach GIG (Art. 243 Abs. 1 lit. a ZPO) muss für Verfahren nach BehiG nicht unabhängig vom Streitwert ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen sein.

2.1.2. Verbandsbeschwerderecht

Das BehiG sieht in Art. 9 BehiG i.V.m. Art. 5 BehiV ein Verbandsbeschwerderecht vor. Danach können Behindertenorganisationen gesamtschweizerischer Bedeutung mit eigener Rechtspersönlichkeit, die sich seit mindestens 10 Jahren nach ihrem statutarischen Zweck hauptsächlich für die besonderen Belange der Behinderten einsetzen und im Anhang zur BehiV aufgeführt sind, Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die sich auf eine grosse Zahl von Behinderten auswirken, geltend machen.

Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG gibt damit im Bereich privater Dienstleistungen ein Verbandsbeschwerderecht. Klageberechtigte Organisationen (Art. 5 BehiV) haben die Möglichkeit, im Zivilverfahren die Feststellung einer Diskriminierung zu erwirken. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 10 BehiG).

³⁴³ SCHEFER/HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014, S. 367.

³⁴⁴ Ibid., S. 366.

³⁴⁵ Botschaft BehiG, BBl 175 2001, S. 1781 (Ausführungen zu Art. 7 des Entwurfs, im Gesetz Art. 8).

Dieses Recht ergänzt das zivilprozessrechtliche Beschwerderecht. Auch hier besteht lediglich die Möglichkeit, eine Entschädigung von max. CHF 5000.- zu erwirken.

Die Verbandsbeschwerde kann ergriffen werden, um eine Benachteiligung einer unmittelbar betroffenen, individuellen Person zu bekämpfen oder um gegen eine potenzielle Benachteiligung von abstrakt betroffenen Personen vorzugehen. Die oben bereits erwähnten Bundesgerichtsurteile betreffend der Verwehrung des Zugangs zu einem Kino für einen Mann im Rollstuhl (BGE 138 I 475) und betreffend der Platzierung eines Zugwagens für Menschen im Rollstuhl (BGE 139 II 289) beruhen jeweils auf einer Verbandsbeschwerde. Bei BGE 138 I 475 handelte es sich um eine konkret betroffene Person, deren individuelles Anliegen durch den Verband unterstützt werden konnte. Im Fall des BGE 139 II 289 handelte es sich wiederum um die Vertretung von Anliegen abstrakt betroffener Menschen mit Behinderung.

Das Bundesgericht scheint die Anforderung der Auflistung im Anhang zur BehiV für die Beschwerdelegitimation zumindest im Rahmen von öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen nicht streng auszulegen. Zu erwähnen sind hier die Bundesgerichtsentscheide 1C_394/2010 und 1C_404/2010.³⁴⁶ Es handelte sich um zwei Verbandsbeschwerden der Patrimoine Suisse und der Association suisse des paralysés. Obwohl die Association suisse des paralysés nicht im Anhang des BehiG aufgeführt ist, ging das Kantonsgericht Jura³⁴⁷ als Vorinstanz stillschweigend von deren Beschwerdelegitimation aus. Das Bundesgericht führte zur Beschwerdelegitimation aus, dass es für die Beschwerdelegitimation genügt, dass jedes Mitglied einzeln zur Beschwerde legitimiert wäre. Da es sich um einen Verein zur Integration von Menschen mit Gehbehinderung handelt und die Kapelle einen wichtigen Pilgerort darstellt, war die Beschwerdelegitimation vorliegend gegeben.³⁴⁸

3. Allgemeine Regeln

Gemäss der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. So muss ein Mensch mit Behinderung beweisen, dass ein bestimmtes Verhalten seine Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) verletzt hat, ein Mietmangel bestand, der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz verletzt wurde etc. Diese Beweislastregeln könnten problematisch sein für Menschen mit Behinderung. Im Zusammenhang mit der diskriminierenden Nichtanstellung eines Menschen mit Behinderung ergibt sich ausserdem das Problem, dass die Arbeitgeberin die Absage nicht schriftlich begründen muss und damit der Beweis praktisch unmöglich wird. Schliesslich wird auch der entstandene finanzielle Schaden von geringer Höhe sein, sodass einzig Genugtuung angestrebt werden kann.³⁴⁹

Im Übrigen geht dem Gerichtsverfahren gemäss Art. 197 ZPO ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Grundsätzlich müssen die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen, Ausnahmen können wegen Alter, Krankheit oder anderen wichtigen Gründen gemacht werden (Art. 204 ZPO). Diese Regelung könnte Menschen mit Behinderung zu Gute kommen.

³⁴⁶ Siehe oben. Es handelte sich um die Erteilung einer Baubewilligung für die Erstellung eines Lifts, um Menschen mit Behinderung den Zugang zu einer Kapelle in Delémont, Kanton Jura, zu ermöglichen.

³⁴⁷ Tribunal Cantonal, République et Canton du Jura, 15.07.2010, ADM 123/2004.

³⁴⁸ BGer-E 1C_394/2010 und 1C_404/2010, E. 2.3.

³⁴⁹ PÄRLI/STUDER, Diskriminierungsrecht, Arbeit und Existenzsicherung, S. 132.

Im Zusammenhang mit Streitigkeiten wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung kann die Schlichtungsbehörde nur dann einen Urteilsvorschlag unterbreiten, wenn der Streitwert CHF 5'000.- nicht übersteigt. In allen anderen Fällen muss daher der Gang zum Gericht angetreten werden. Der Streitwert richtet sich nach der Höhe des Schadenersatzes / der Genugtuung, die verlangt wird (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Wird der Abschluss eines Vertrags eingeklagt, so setzt das Gericht/die Schlichtungsstelle den Streitwert fest, wenn sich die Parteien nicht auf eine Geldsumme einigen können (Art. 91 Abs. 2 ZPO).³⁵⁰

3.1. Privatrechtliches Erwerbsleben

3.1.1. Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR und Art. 6 ArG

Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- ist ein vereinfachtes Verfahren vorzusehen (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Ein vorgängiger Schlichtungsversuch ist zwingend sowohl für das vereinfachte als auch das ordentliche Verfahren (Art. 197 ZPO).

Das Verfahren vor Schlichtungsstelle und Gericht ist kostenlos (Art. 113 Abs. 2 lit. d, Art. 114 Abs. lit. c ZPO). Die eigenen Anwaltskosten sowie die der Gegenpartei im Falle einer Klageabweisung müssen allerdings selber getragen werden. Der Beweis für den erlittenen Schaden obliegt dem Arbeitnehmenden (also dem Menschen mit Behinderung).

Bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO), das heisst, der Richter/die Richterin hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, und er/sie würdigt die Beweise nach freiem Ermessen. Im ordentlichen Verfahren gilt der Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

3.1.2. Missbräuchliche Kündigung, Art. 336b OR

Wer eine Entschädigung wegen diskriminierender und damit missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss innerhalb der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache erheben. Wenn sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen können, hat der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin 180 Tage Zeit, um den Anspruch auf Entschädigung geltend zu machen (Art. 336b OR).³⁵¹

3.2. Diskriminierungsschutz im Mietrecht

3.2.1. Kündigung Mietvertrag gegen Treu und Glauben, Art. 271 OR

Der Antrag auf Anfechtung der Kündigung oder Erstreckung des Mietverhältnisses muss innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der örtlich zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht werden. Das Begehren bedarf keiner bestimmten Form, Schriftform ist somit nicht erforderlich. Ausserdem muss der Antrag keine Begründung enthalten. Die Beweislast trägt gemäss Art. 8 ZGB der Mieter/die Mieterin.

Für Streitigkeiten in Mietsachen ist unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren vorgesehen, sofern die Hinterlegung von Mietzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist, (Art. 243 Abs. 2 lit. c

³⁵⁰ NAGUIB, Diskriminierungsrecht, Güter und Dienstleistungen, S. 245.

³⁵¹ HAUSAMMANN, S. 21.

ZPO), ansonsten gilt das vereinfachte Verfahren bis zum Streitwert von CHF 30'000.-. Vorgesehen ist vorerst ein kostenloses Schlichtungsverfahren. Sowohl für die Schlichtungsbehörde als auch für das Gericht gilt sodann im Mietverfahren der Untersuchungsgrundsatz, sofern Streitigkeiten aus Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO betroffen sind, bzw. bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- (Art. 247 Abs. 2 ZPO). Für alle übrigen gilt der Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 ZPO).

IV. GESAMTFAZIT UND PROBLEMBEREICHE

Nachfolgend werden die wesentlichen im Rahmen der vorliegenden Teilstudie herausgearbeiteten Problemfelder dargestellt..

MATERIELLES RECHT

Folgende grundsätzliche Problembereiche konnten identifiziert werden:

Komplexität des Geltungsbereichs des BehiG: Da das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) nur im Rahmen der bestehenden Bundeskompetenzen erlassen werden konnte, beansprucht es auch innerhalb der vom Gesetz erfassten Bereiche nicht umfassende Geltung. Vielmehr ist der Geltungsbereich durch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen sowie durch politische und finanzielle Überlegungen zerstückelt (z.B. die Regelungen betreffend Bau, Bildung, öffentlicher Verkehr) und daher ohne juristische Kenntnisse kaum zu eruieren. Es ist für potenziell durch das BehiG Verpflichtete und Berechtigte in allen Regelungsbereichen schwer festzustellen, ob eine Verpflichtung bzw. ein Rechtsanspruch vorliegt oder nicht. Entsprechend anspruchsvoll ist es für Betroffene, den Rechtsweg zu beschreiten. In der Regel kann nur mit professioneller Hilfe eruiert werden, ob anhand der Rechtslage möglicherweise eine Verpflichtung aus dem BehiG vorlag oder nicht. Die Komplexität der Feststellung der Anwendbarkeit des BehiG und deren Unvorhersehbarkeit können kaum mit dem Sinn und Zweck des BehiG und der Verfassung vereinbar sein.

Schutz vor staatlicher und privater Diskriminierung durch BehiG ungleichmässig geregelt: Während das BehiG den Zugang zur Justiz in Fällen staatlicher Diskriminierung in verschiedenen Lebensbereichen ermöglicht, besteht in Fällen privater Diskriminierung der Zugang zur Justiz nur im Zusammenhang mit Dienstleistungen. Insbesondere der Bereich des privatrechtlichen Erwerbslebens wird durch das BehiG ausgeschlossen. Entsprechend besteht hier kein spezialgesetzlicher Schutz für Arbeitnehmende mit Behinderung und können keine besonderen Ansprüche aus dem BehiG abgeleitet werden.

Erwerbsleben durch das BehiG lückenhaft erfasst: Das privatrechtliche Erwerbsleben ist vom BehiG nicht erfasst. Unabhängig davon, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Anstellung handelt, sind auch Arbeitsverhältnisse der Kantone und der Gemeinden nicht vom Geltungsbereich des BehiG erfasst. Ausserdem vom Geltungsbereich des BehiG ausgenommen sind privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, welche Arbeitgebende nach Art. 3 Bundespersonalgesetz (BPG) mit gewissen Personenkategorien (Aushilfen und PraktikantInnen) schliessen können. Schliesslich sind auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse des Bundes, welche nicht mit Arbeitgebenden nach Art. 3 BPG geschlossen werden, vom Geltungsbereich des BehiG ausgenommen. Hier gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

Unterschiedlich strenge Anforderungen an staatliche und private Diskriminierung / Enger Diskriminierungsbegriff des BehiG und des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes: Das Vorliegen

einer privaten Diskriminierung wird sowohl nach BehiG als auch nach den allgemeinen Regeln des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter strengeren Voraussetzungen beurteilt als das Vorliegen staatlicher Diskriminierung:

- Das BehiG geht im Zusammenhang mit Dienstleistungen Privater von einem engeren Diskriminierungsbegriff aus als die Bundesverfassung. Denn Diskriminierung von Privaten gilt gemäss Art. 2 lit. d Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV) als eine qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende Behandlung mit dem Ziel oder der Folge, Menschen mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen.
- Die Bejahung einer privatrechtlichen Persönlichkeitsverletzung (z.B. Art. 28 ZGB) bedarf einer gewissen Schwere der Verletzung (Herabwürdigung oder Ausgrenzung), während bei einer staatlichen Diskriminierung nach der Bundesverfassung keine bestimmte Intensität vorausgesetzt wird. Hier geht es vielmehr um das Fehlen sachlicher Gründe.

„Präjudizienarmut“ - Zur privaten Diskriminierung sowohl gestützt auf das BehiG als auch gestützt auf die allgemeinen Regeln gibt es so gut wie keine Rechtsprechung: Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass auf bundesgerichtlicher Ebene deutlich mehr Urteile gesprochen wurden, die Fälle staatlicher Diskriminierung zum Inhalt hatten, als Fälle privater Diskriminierung. Dies könnte u.a. daran liegen, dass für staatliche Diskriminierung explizite Regeln aufgestellt wurden, während für private Diskriminierung die anwendbaren Normen innerhalb der Rechtsordnung zusammengetragen werden müssen. Der Mangel an Präjudizien führt ausserdem dazu, dass Betroffene kaum eine Basis haben, aufgrund welcher sie einschätzen können, ob eine Beschwerde erfolgreich sein könnte.

Umsetzungsermessen: Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung ist auf Bundes- und Kantonebene nur in allgemeiner Weise geregelt, so dass der (gerichtlichen) Umsetzung bzw. Rechtsanwendung der Regelungen einiges Gewicht zukommt. Beispielsweise ist es für den Bereich der Arbeitsgebäude der rechtsanwendenden Behörde überlassen, die konkrete Situation im Einzelfall zu würdigen um festzustellen, ob ein Gebäude in den Geltungsbereich des BehiG fällt oder nicht. Das damit verbundene Umsetzungsermessen stellt eine gewisse Schwäche des Gesetzes dar, welches durch die bisher eher geringe Rechtsanwendung verstärkt wird.

Fehlende Sensibilisierung, fehlende Kenntnis des Rechts und der eigenen Rechte: Einige NGOs im Behindertenbereich kritisieren, dass die zuständigen Behörden das Behindertengesetz oft nicht anwenden bzw. beachten, obwohl sie dies von Amtes wegen tun müssten. Die in der vorliegenden Studie untersuchten Urteile geben Anlass zur Vermutung, dass Baubewilligungen oder Bewilligungen im öffentlichen Verkehr erteilt werden, ohne dass die Anforderungen des BehiG erfüllt werden, weil die zuständige Behörde die Anforderungen nicht bedacht hatte bzw. keine Kenntnis hatte. Von grundsätzlicher Problematik ist ausserdem, dass Menschen mit Behinderung selber ihre Rechte meist nicht kennen und nicht wissen, dass in gewissen Situationen eine Diskriminierung vorliegt, gegen welche vorgegangen werden kann. Diese Einschätzungen werden in der sozialwissenschaftlichen Erhebung zu dieser Studie bestätigt.

Rechtsfolgen bei privater Diskriminierung nicht bedürfnisgerecht: Mit Ausnahme des selten relevanten bundesgerichtlichen Kontrahierungszwangs (BGE 129 III 35) und der treuwidrigen Kündigung eines Mietvertrags (Art. 271/271a OR) bleibt Menschen mit Behinderung in allen untersuchten Bereichen nur ein Anspruch auf finanzielle Entschädigung. Ein Vertragsabschluss (z.B. Arbeitsvertrag oder Mietvertrag) oder der Bezug einer Leistung kann nicht erwirkt werden.

Allgemeine Verunglimpfungen von Menschen mit Behinderung sind weder durch das BehiG noch den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz umfasst: Das BehiG enthält keine Bestimmungen,

welche Beleidigungen oder Beschimpfungen von Menschen mit Behinderung verbieten. Art. 28 ZGB schützt jeweils nur eine ganz bestimmte betroffene Person vor Herabwürdigung. Auf ganze Gruppen findet Art. 28 ZGB keine Anwendung. Dies führt dazu, dass systematischen und wiederkehrenden Persönlichkeitsverletzungen einer bestimmten Gruppe, wie z.B. Menschen mit Behinderung, nicht effektiv begegnet werden kann. Vielmehr muss sich jede betroffene Person einzeln an ein Gericht wenden.

Kein Anspruch auf Anstellung: Im Zusammenhang mit dem Erwerbsleben können Menschen mit Behinderung sowohl gestützt auf das BehiG als auch auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen bei diskriminierender Nichtanstellung oder Kündigung, lediglich Schadenersatz oder Genugtuung verlangen. Eine Anstellung kann nicht erwirkt werden. Bei diskriminierender Nichtanstellung wird ausserdem oft mangels Schadens nur Genugtuung verlangt werden können.

Fehlende Transparenz bei nicht publikationspflichtigen Baugesuchen: Eine Beschwerde setzt die Kenntnis über laufende Baubewilligungsverfahren voraus. Das BehiG sieht jedoch keine besondere Pflicht zur Publikation der Baugesuche bzw. zur Information der Behindertenorganisationen vor. Nur wenige Kantone sehen kantonale Regelungen zur Sicherstellung der Information der Beschwerdeberechtigten vor.

Keine Beweislasteichterung für Verfahren nach BehiG: Im BehiG ist keine Beweislasteichterung vorgesehen, weder für staatliche noch für private Diskriminierung. Es gelten die allgemeinen Beweislastregeln. Entsprechend muss der Mensch mit Behinderung, welcher die diskriminierende Tatsache behauptet, diese auch beweisen. Diese Regelung stellt für Opfer von Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung einen gewichtigen Nachteil dar.

Diskriminierungsschutz gegen staatliche Diskriminierung aus dem Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)

Gestaffelte Wirksamkeit des BehiG: Die Anforderungen an die Inklusion von Menschen mit Behinderung in das öffentliche Leben müssen nicht in allen Bereichen des BehiG automatisch umgesetzt werden. Während für den öffentlichen Verkehr eine Umsetzungsfrist bis 2023 festgesetzt wurde, müssen Bauten und Anlagen nur angepasst werden, wenn ein Umbau oder Anbau geplant ist. Die dienstleistungserbringenden Behörden des Bundes sind allerdings seit Inkrafttreten des BehiG am 1. Januar 2004 verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen.

Staatliche Dienstleistungen, allgemeine Anpassungen und konkrete individuelle Vorkehren: Staatliche Dienstleistungen müssen durch bauliche oder technische Anpassungen so ausgestaltet werden, dass ein Mensch mit Behinderung eine staatliche Dienstleistung nutzen kann, ohne zwingend auf die Hilfe Dritter angewiesen zu sein. Zum Beispiel muss für eine sehbehinderte Person die Dienstleistung mündlich angeboten werden und Automaten müssen so ausgerüstet sein, dass sie von einem Menschen mit Behinderung benutzt werden können. Konkrete Vorkehren wie z.B. die Anwesenheit einer Gebärdendolmetscherin oder die Übersetzung von Dokumenten in Brailleschrift müssen jedoch von der betroffenen Person aktiv verlangt und vorangekündigt werden. Wenn also eine Person mit Behinderung nicht weiss, dass sie konkrete Vorkehrungen verlangen kann, liegt es in der Kulanz der Behörde, die Person darauf hinzuweisen. Die Kosten für diese erforderlichen Massnahmen müssen vom Staat selber übernommen werden.

Aus dem BehiG fliessen auch für erfasste Arbeitsverhältnisse grundsätzlich keine direkt durchsetzbaren individualrechtlichen Ansprüche: Arbeitnehmende, deren Arbeitsverhältnisse in den Geltungsbereich des BehiG fallen, können nicht gestützt auf das BehiG die Herstellung der

Chancengleichheit verlangen. Zwar wird die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 328 OR) durch Art. 13 BehiG und Art. 12 BehiV konkretisiert. Arbeitnehmende müssen sich dennoch auf Art. 328 OR stützen. Weder Art. 7 BehiG (Ansprüche im Bereich Bauten, Anlagen und öffentlicher Verkehr) noch Art. 8 BehiG (Ansprüche bei Dienstleistungen) erwähnen die Arbeitsverhältnisse.

Einzig bei einer Nichtanstellung kann direkt gestützt auf Art. 14 BehiV die Begründung der Nichtanstellung verlangt werden, jedoch ohne Anfechtungsmöglichkeit: Hat eine Person mit Behinderung begründeten Verdacht, dass sie wegen ihrer Behinderung nicht angestellt wurde, so kann sie vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin verlangen, dass er/sie die Gründe der Nichtanstellung schriftlich darlegt. Begründet der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin die Absage mit der Behinderung des Bewerbers/der Bewerberin, sieht das BehiG jedoch keine Möglichkeiten vor, die Begründung anzufechten, geschweige denn, eine Einstellung oder Entschädigung zu verlangen.

Diskriminierungsschutz gegen private Diskriminierung aus dem Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)

Keine Verpflichtung zur aktiven Beseitigung von Benachteiligungen: Weder mittels des BehiG noch mittels der meisten der allgemeinen privatrechtlichen Rechtsgrundlagen kann ein Handeln erwirkt werden.³⁵² Werden die Voraussetzungen des BehiG durch einen privaten Dienstleister nicht erfüllt, (z.B. wenn einer Person mit Behinderung eine Dienstleistung oder ein privates Aus- und Weiterbildungsangebot wegen der Behinderung verweigert wird), kann der Dienstleistungserbringer gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG entschädigungspflichtig werden (max. CHF 5'000.-). Auch im Zusammenhang mit den untersuchten privatrechtlichen Regeln kann meist nur eine finanzielle Entschädigung verlangt werden. Eine Verhaltensänderung gegenüber Menschen mit Behinderung bzw. Inklusion von Menschen mit Behinderung wird dadurch nicht begünstigt. Vielmehr ändert sich die Situation für den betroffenen Menschen mit Behinderung auch nach einer finanziellen Entschädigung nicht. Trotz Diskriminierungsverbot und „drohender“ Entschädigungspflicht steht es einem Dienstleistungsbetrieb weiterhin frei zu entscheiden, welche Personen er als Kundinnen oder Kunden akzeptiert, das BehiG und die privatrechtlichen Regeln statuieren in solchen Fällen keinen Kontrahierungszwang. Die von Art. 8 Abs. 2 und 4 BV angestrebte Inklusion von Menschen mit Behinderung kann so kaum erreicht werden.

Die Rechtsansprüche bei der Diskriminierung durch Private im Rahmen einer öffentlich angebotenen Aus- oder Weiterbildung (Art. 3 lit. f BehiG i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BehiG) richten sich nach denjenigen der privaten Dienstleistungen: Entsprechend kann bei einem Gericht eine Entschädigung verlangt werden. Die Möglichkeit, eine positive Leistung, d.h. den Zugang zum betreffenden Ausbildungsangebot bzw. eine Anpassung des Angebots zu erhalten, ergibt sich jedoch aus Art. 8 Abs. 3 BehiG nicht.

Unklarer Begriff der Dienstleistungen / Tragweite von Art. 6 BehiG: Das BehiG definiert nicht, was unter Dienstleistung zu verstehen ist. Auch durch die Rechtsprechung wurde die Tragweite des Schutzbereiches von Art. 6 BehiG bisher noch nicht abschliessend geklärt. Entsprechend bestehen Lebensbereiche, welche potenziell den spezialgesetzlichen Garantien des BehiG unterstehen könnten, bisher jedoch gestützt auf die allgemeinen privatrechtlichen Normen behandelt werden. Beispielsweise könnte das private Vermieten von Wohnraum durch das BehiG erfasst sein, wenn es sich bei der Vermietung um eine Dienstleistung handeln würde. Auch nicht autori-

³⁵² Ein Vertragsschluss kann hingegen nur im Rahmen des äusserst selten anzunehmenden bundesgerichtlichen Kontrahierungszwangs und der treuwidrigen Kündigung einer Mietwohnung (Art. 271/271a OR) erwirkt werden.

tativ geklärt ist, ob der Zugang und Genuss von Gütern durch den Begriff „Dienstleistung“ des BehiG erfasst sind.

Diskriminierungsschutz gegen private Diskriminierung aus allgemeinen privatrechtlichen Regeln

Bundesgerichtlicher Kontrahierungszwang für Menschen mit Behinderung nur in ganz spezifischen Situationen überhaupt relevant: Der durch das Bundesgericht entwickelte privatrechtliche Kontrahierungszwang ist auf den Grossteil der hier untersuchten Lebensbereiche nicht anwendbar: Erwerbsleben, Jobsuche, Wohnungssuche, Freizeitangebot. Dies, weil hier die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs nicht erfüllt werden können bzw. sachliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses, wie z.B. Sicherheitsvorschriften, angefügt werden können. Von Relevanz könnte der bundesgerichtliche Kontrahierungszwang allenfalls bei Zusatzkrankenversicherungen sein, wobei auch dies durch ein Urteil des Verwaltungsgerichts Kanton Glarus³⁵³ in Frage gestellt wurde.

Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR und Art. 6 ArG:

- Menschen mit Behinderung sind sowohl im privaten als auch im öffentlichen Arbeitsverhältnis insbesondere vor verletzenden, abwertenden und ausgrenzenden Verhaltensweisen, wie z.B. eine Kündigung wegen der Behinderung, zu schützen. Ausserdem ist der Arbeitgeber verpflichtet, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um den Arbeitnehmer mit Behinderung im Arbeitsverhältnis zu integrieren.
- *Jedoch können der Zugang zum Erwerbsleben und Anpassungen des Arbeitsplatzes nicht verlangt werden:* Gestützt auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen kann die Beseitigung von Hindernissen nicht verlangt werden. Wie im Bereich des BehiG ist der/die Betroffene auf eine finanzielle Entschädigung verwiesen.
- *Auch keine wirksame Handhabe bei Entlassung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin wegen seiner/ihrer Behinderung:* Eine missbräuchliche Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) kann nicht angefochten werden und ist auch nicht nichtig. Geltend gemacht werden kann lediglich eine Entschädigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird und den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 366a OR). Die Kündigung bleibt bestehen.
- *Und keine wirksame Handhabe bei Absagen im Erwerbsleben aufgrund einer Behinderung:* Das OR gibt Menschen mit Behinderung keine wirksame Handhabe, um sich gegen diskriminierende Stellenabsagen zu wehren. Obwohl ein Bewerber/eine Bewerberin nicht verpflichtet ist, Auskunft über eine Behinderung zu geben, solange die Behinderung keinen Einfluss auf die Erfüllung des Arbeitsvertrags hat, können wohl nicht alle Behinderungen „versteckt“ werden. Gegen Absagen wegen einer Behinderung kann sich nur wehren, wer einen bezifferbaren finanziellen Schaden erlitten hat (Art. 49 OR). Eine Anstellung kann nicht erwirkt werden.

Die mietrechtlichen Bestimmungen scheinen zumindest Potenzial für einen gewissen Schutz vor Diskriminierung durch Nachbarn zu bieten und wohl zu einem gewissen Grad auch vor Diskriminierung durch Vermieter/innen: Soweit ersichtlich, gibt es jedoch noch keine Rechtsprechung, welche die wirksame Anwendbarkeit der relevanten Bestimmungen auf Fälle von Diskriminierung wegen Behinderung tatsächlich zeigen.

³⁵³ Verwaltungsgericht Kanton Glarus, Urteil VG.2005.00028 vom 31.01.2006, E. 6b: Seit Inkrafttreten des KVG können Zusatzkrankenversicherungen nicht mehr als „Dienstleistungen, die zum Normalbedarf gehören d.h. Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung steht und im Alltag in Anspruch genommen werden“, gelten.

VERFAHRENSRECHT

Zugang zu Verfahren der Rechtsanwendung als staatliche Dienstleistung? Bisher nicht abschliessend³⁵⁴ geklärt ist die Frage, ob Verfahren der Rechtsanwendung als Dienstleistung des Gemeinwesens i.S.v. Art. 3 lit. 3 BehiG zu definieren sind und damit eine staatliche Verpflichtung direkt aus dem BehiG besteht, Menschen mit Behinderung den Zugang ohne Kostenfolge (z.B. für Gebärdendolmetscherin, Übersetzung Dokumente in Brailleschrift) zu ermöglichen. Entsprechend sind Menschen mit Behinderung ohne eindeutige Verpflichtung der Gerichtsbehörden heute noch auf deren freiwilliges Entgegenkommen angewiesen.

Keine spezialisierten niederschweligen Streitschlichtungsstellen: Anders als im Zusammenhang mit der Gleichstellung von Frau und Mann gibt es für Menschen mit Behinderung keine spezialisierten paritätischen Schlichtungsstellen. In Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz sind beispielsweise sowohl die Interessen von Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden als auch Gleichstellungsinteressen vertreten. Menschen mit Behinderung sind jedoch auf die allgemeinen Schlichtungsstellen zum Mietrecht etc. angewiesen, bei deren Zusammensetzung nicht auf die Vertretung der spezifischen Interessen von Menschen mit Behinderung geachtet wird. Daher ist es fraglich, inwieweit diese Schlichtungsstellen auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung ausgerichtet und sensibilisiert sind.

Kein umfassendes Verbandsbeschwerderecht (Art. 9 BehiG und Art. 5 BehiV): Die Beschwerde- und Klagelegitimation von Behindertenorganisationen gilt nicht für alle im BehiG geregelten Bereiche. Während den Behindertenorganisationen im Rahmen von Beschwerden gestützt auf Art. 7 BehiG (Bauten, Anlagen und öffentlicher Verkehr) ein Verbandsbeschwerderecht zusteht, besteht im Rahmen von Beschwerden gestützt auf Art. 8 BehiG (Dienstleistungen) nur dann ein Verbandsbeschwerderecht, wenn es sich um eine Benachteiligung aufgrund einer privaten Dienstleistung handelt. Gegen Schlechterstellung bei Dienstleistungsangeboten des Gemeinwesens oder konzessionierter Unternehmen verfügen die Behindertenorganisationen über kein allgemeines Beschwerderecht. Ausserdem verfügen Behindertenorganisationen im Bereich der öffentlichen Grundschule, der staatlichen Aus- und Weiterbildung und der vom BehiG erfassten Arbeitsverhältnisse über kein Beschwerderecht gemäss Art. 9 BehiG.

Das (Kosten)risiko trägt meist der Geschädigte, d.h. der Mensch mit Behinderung: Die Parteikosten sind von der Unentgeltlichkeit des Verfahrens nach BehiG nicht umfasst. Es erscheint daher für Menschen mit Behinderung nicht nur finanziell wenig sinnvoll, ein Verfahren anzustrengen, an dessen Ende nach Art. 8 Abs. 3 BehiG eine Entschädigung von maximal CHF 5'000.- erreicht werden kann. Denn neben dem finanziellen Risiko trägt der Mensch mit Behinderung auch die Last, während des Verfahrens exponiert zu werden und schlussendlich doch nicht zu obsiegen.

Keine Beweislastumkehr: In allen untersuchten Bereichen (Arbeit, Wohnen, Dienstleistungen, Beleidigungen) muss der Geschädigte die Diskriminierung beweisen. Eine Beweislastumkehr besteht nach BehiG nicht; die Beweislastregel nach Art. 8 ZGB ist anwendbar.

Wahl des Verfahrens abhängig vom Streitwert: Anders als für Verfahren nach GIG (Art. 243 Abs. 1 lit. a ZPO) muss für Verfahren nach BehiG nicht unabhängig vom Streitwert ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen sein. Ein vereinfachtes Verfahren ist nur bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- vorzusehen (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

³⁵⁴ Siehe zumindest Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.11.2013, ZK 13 551.

Unentgeltlichkeit der Verfahren nach Art. 7 und 8 BehiG: Das Verfahren vor Schlichtungsstelle und Gericht ist kostenlos (Art. 113 Abs. 2 lit. b, Art. 114 Abs. lit. b ZPO). Von der Unentgeltlichkeit ausgenommen sind jedoch Verfahren im Bereich der öffentlichen Grundschule.

Keine besonderen Fristen: Beschwerden müssen in allen untersuchten Bereichen innerhalb von 30 Tagen eingereicht werden. Menschen mit Behinderung können nicht von besonderen Fristen profitieren.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

- BIGLER-EGGENBERGER, MARGRITH / KÄGI-DIENER, REGULA, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 3. Auflage. Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014.
- BLATTER, GABRIELA / GLOCKENGIESSER, IRIS / HESS-KLEIN, CAROLINE / MERLINI, PAOLA, Assistenz in der Regelschule: Neue Leitentscheide, in: focus – Integration Handicap, Nr. 14, April 2015. Zit: FOCUS 14.
- HAUSAMMANN, CHRISTINA, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008.
- JOSEPH, SARAH / SCHULTZ, JENNY / CASTAN, MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, Oxford 2004.
- KÄLIN, WALTER / KÜNZLI, JÖRG / WYTENBACH, JUDITH / SCHNEIDER, ANNINA / AKAGÜNDÜZ, SABIHA, 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 14. Oktober 2008.
- LICCI, SARA / NAGUIB, TAREK / WANTZ, NADINE, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Diskriminierungsschutzrecht 2013, in: Jusletter 1. September 2014. Zit: LICCI / NAGUIB / WANTZ, Jusletter 2014.
- MEILI, ANDREAS, Kommentar zu Art. 28a ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel 2014.
- MÜLLER, JÖRG PAUL / SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008.
- NAGUIB, TAREK / PÄRLI, KURT / COPUR, EYLEM / STUDER, MELANIE, Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern, 2014. Zit: Diskriminierungsrecht. Zit: AUTOR, Diskriminierungsrecht, Titel Buchkapitel.
- NAGUIB, TAREK, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, in: AJP 2009, S. 993-1017. Zit: NAGUIB, AJP 2009.
- PÄRLI, KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Habilitationsschrift der Universität St. Gallen, Bern 2009. Zit: PÄRLI, Vertragsfreiheit.
- PÄRLI, KURT, Verweigerter Abschluss einer Zusatzversicherung (Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006) in: HAVE, Haftung und Versicherung, 1/2007, S. 46-51. Zit: PÄRLI, HAVE.

- PORTMANN, WOLFGANG, Art. 328 OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel 2011. Zit.: PORTMANN, Kommentar zu Art. 328 OR.
- REHBINDER, MANFRED / STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 328 OR, in: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Bern 2010. Zit: REHBINDER/STÖCKLI, Kommentar zu Art. 328 OR.
- SCHEFER, MARKUS / HESS-KLEIN, CAROLINE, Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen. In: Jusletter vom 19. September 2011. Zit. SCHEFER / HESS-KLEIN, Jusletter 2011.
- SCHEFER, MARKUS / HESS-KLEIN, CAROLINE, Droit de l'égalité des personnes handicapées. Bern 2013. Zit.: SCHEFER / HESS-KLEIN, Kommentar BehiG.
- SCHEFER, MARKUS / HESS-KLEIN, CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht. Bern 2014. Zit.: SCHEFER / HESS-KLEIN, Kommentar BehiG 2014.
- SCHMAHL, STEFANIE, UN-Kinderrechtskonvention, 1. Auflage 2012.
- SCHWEIZER, RAINER J., Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen/Zürich 2014, S. 184 ff. Zit.: SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 2 BV.
- STEIGER-SACKMANN, SABINE / COPUR, EYLEM, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Diskriminierungsschutzrecht 2012, in: Jusletter 8. Juli 2013. Zit: STEIGER-SACKMANN / COPUR, Jusletter 2013.
- STEINMANN, GEROLD, Art. 29 BV, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 3. Auflage. Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014. Zit.: STEINMANN, Kommentar zu Art. 29 BV.
- STREIFF, ULLIN / VON KÄNEL, ADRIAN / RUDOLPH, ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.
- 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.
- WEBER, ROGER, Kommentar zu 259a OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel 2011. Zit.: WEBER, Kommentar zu Art. 259a OR.
- WEBER, ROGER, Kommentar zu Art. 271/271a OR, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel 2011.

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligung behinderter Menschen, Bern, 2000. Zit.: Erläuterungen BehiG.
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuterungen zur Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV), Bern, 2003. Zit.: Erläuterungen BehiV.
- BUNDESRAT, Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, BBI 1982 II 636. Zit.: Botschaft Änderung ZGB, BBI 192 II 636.
- BUNDESRAT, Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBI 2013 661. Zit.: Botschaft BRK.
- BUNDESRAT, Botschaft zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen. 00.094, BBI 2001 1715. Zit.: Botschaft BehiG.
- BUNDESRAT, Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BBI 2013 9703.
- BUNDESRAT, Erläuternder Bericht zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Entwurf, 22. Dezember 2010. Zit.: Erläuternder Bericht BRK.
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNG EBGB, Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen: Frauen. Bern, 2013.
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNG EBGB, Gleichstellung von Menschen mit Behinderung 2004-2009, Entwicklungen und Herausforderungen, November 2009. Zit.: EBGB, Gleichstellung von Menschen mit Behinderung 2004-2009.
- GLEICHSTELLUNGSRAT EGALITÉ HANDICAP/FACHSTELLE EGALITÉ HANDICAP, Fünf Jahre Behindertengleichstellungsgesetz. Wirkungsanalyse & Forderungen. Dachorganisationenkonferenz der privaten Behindertenhilfe DOK, Bern, 2009. Zit.: DOK Bericht.
- KANTON BASEL STADT, Entlastungsmassnahmen 2015-2017, abrufbar unter: http://www.medienmitteilungen.bs.ch/entlastungsmassnahmen_2015-17_def.pdf.
- KANTON BASEL-LANDSCHAFT, Standesinitiative 11.316 vom 17.11.2011, „Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen“.
- SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, Gesundheitsschutz, Plan genehmigung, 8. Überarbeitung, 2011, abrufbar unter: <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 3.4.2014). Zit.: Wegleitung seco.

NORMTEXTE

Bund

Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.06.2005 (BGG; SR 173.110).

Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG; SR 221.229.1).

Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10).

Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11).

Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40).

Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20).

Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3).

Bundspersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101).

Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren.

Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108.1).

Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).

Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II; SR 0.103.2).

Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I; SR 0.103.1).

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW; SR 0.108).

Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107).

Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge ArGV 3) vom 18. August 1993 (SR 822.113).

Verordnung des Bundesrates vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiV; SR 151.31).

Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV, SR 831.101).

Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 12. November 2013 (SR 151.34).

Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK; SR 0.111).

Kantonal

Kanton Aargau, Gesetz über die Einrichtungen für Menschen mit besonderen Betreuungsbedürfnissen (Betreuungsgesetz), vom 02. Mai 2006, Nr. 428.500.

Kanton Basel-Landschaft, Verordnung über die Behindertenhilfe, vom 25. September 2001, Nr. 850.16.

Kanton Genf, Loi sur l'intégration des personnes handicapées, vom 16. Mai 2003, Nr. K 1 36.

Kanton Graubünden, Gesetz zur sozialen und beruflichen Integration von Menschen mit Behinderung (Behindertenintegrationsgesetz, BIG) vom 02. September 2011, Nr. 440.100.

Kanton St. Gallen Gesetz über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung, vom 07. August 2012, Nr. 381.4.

Kanton Wallis, „Gesetz über die Eingliederung Behinderter Menschen“, vom 31. Januar 1991, Nr. 850.6.

Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik, vom 25. Oktober 2007, in Kraft seit 1. Januar 2011, zugänglich über http://edudoc.ch/record/87689/files/Sonderpaed_d.pdf.

URTEILE

EGMR

EGMR, Glor v. Switzerland, vom 30. April 2009, Application no. 13444/04

Bundesgericht

Bundesgericht, publiziert

BGE 139 I 169

BGE 139 II 289

BGE 139 V 547

BGE 138 I 162

BGE 138 I 305

BGE 138 I 475

BGE 138 V 176

BGE 137 III 16
BGE 137 V 334
BGE 136 I 178
BGE 135 I 49
BGE 135 I 161
BGE 134 I 105
BGE 134 II 249
BGE 133 III 167
BGE 133 V 450
BGE 133 V 472
BGE 133 V 569
BGE 132 I 82
BGE 131 V 9
BGE 130 I 352
BGE 129 III 35
BGE 128 I 225
BGE 128 V 34
BGE 127 V 121
BGE 126 V 70
BGE 125 III 70
BGE 120 II 105
BGE 120 V 312

Bundesgericht, unpubliziert

2C_590/2014 vom 4. Dezember 2014
8C_142/2013 vom 20. November 2013
2C_396/2012 vom 23. November 2012
9C_103/2012 vom 24. Oktober 2012
9C_644/2012 vom 23. Oktober 2012
2D_22/2012 vom 17. Oktober 2012
2C_930/2011 vom 1. Mai 2012
8C_97/2012 vom 22. Februar 2012
1C_394/2010 und 1C_404/2010 vom 10. Juni 2011
2D_7/2011 vom 19. Mai 2011

1C_280/2009 vom 24. November 2009

2P.190/2004 vom 24. November 2004 (ohne Erwägung 7 publiziert als BGE 130 I 352)

5P.97/2006 vom 1. Juni 2006

2P.140/2002 vom 18. Oktober 2002

Bundesverwaltungsgericht

BVGE 2008/25 vom 29. April 2008

BVGE 2008/26 vom 15. Juli 2008

BVGE A-1130/2011 vom 05. März 2012

BVGE A-5603/2011 vom 10. Dezember 2012

Kantonale Gerichte

Verwaltungsgericht Kanton Glarus vom 31. Januar 2006, VG.2005.00028

Tribunal Cantonal, République et Canton du Jura vom 15. Juli 2010, ADM 123/2004

Obergericht Kanton Bern, Entscheid der 2. Zivilkammer vom 26. November 2013, ZK 13 551

Obergericht Kanton Glarus vom 2. Mai 2014, OG.2013.00072

Verwaltungsgericht Kanton Zürich vom 12.01.2011, VB.2010.00525

MATERIALIEN

CESCR

CESCR, General Comment No. 5 on persons with disabilities, 1994.

CESCR, General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2009.

CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3.

CEDAW

CEDAW, General Recommendation No. 18 on „Disabled women“, 1991.

CEDAW, General Recommendation No. 24 on „Art. 12: Women and Health“, 1999.

CEDAW, Concluding Comments, Switzerland, 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3.

CEDAW, Concluding Comments, Pakistan, 2007, CEDAW/C/PAK/CO/3.

CEDAW, Concluding Comments, Australia, 2006, CEDAW/C/AUL/CO/5.

CEDAW, Concluding Comments, Luxembourg, 2003, A/58/38 (Part I).

CEDAW, Concluding Comments, Canada, 2003, A/58/38 (Part I).

CEDAW, Concluding Comments, Switzerland, 2003, A/58/38 (Part I).

CEDAW, State Report Switzerland, 2015, CEDAW/C/CHE/4-5.

CRC

CRC, General Comment No. 9, 2006, CRC/C/GC/9.

CRC, Concluding Observations Switzerland, 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4.

CRC, Concluding Observations Switzerland, 2002, CRC/C/15/Add.182.

HRC

HR Committee, General Comment No. 25, 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.

HR Committee, Concluding Observations China, 2013, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3.

HR, Committee, Concluding Observations Belgium, 2010, CCPR/C/BEL/CO/5.

HR Committee Concluding Observations Switzerland, 2009, CCPR/C/CHE/CO/3.

HR Committee Concluding Observations Switzerland, 2001, CCPR/CO/73/CH.

HR Committee, Concluding Observations Ireland, 2000, A/55/40.

HR Committee Concluding Observations Switzerland, 1996, CCPR/C/79/Add.70.

Individualbeschwerdeverfahren

HR Committee, Manuel Wackenheim v. France, vom 17. Juli 2002, Communication No. 854/1999.

CRPD

CRPD, General Comment Nr. 1, Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1.

CRPD, General Comment Nr. 2, Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2.

CRPD, Concluding Observations Australia, 2013, CRPD/C/AUS/CO/1.

CRPD, Concluding Observations Paraguay, 2013, CRPD/C/PRY/CO/1.

CRPD, Concluding Observations China, 2012, CRPD/C/CHN/CO/1.

Individualbeschwerdeverfahren

H.M. v. Sweden, Communication No. 3/2011, vom 19. April 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

Europarat

Ministerkomitee

Recommandation CM/Rec(2013)3 du Comité des Ministres aux Etats membres en vue d'assurer la participation pleine, égale et effective des personnes handicapées à la culture, au sport, au tourisme et aux activités de loisirs, vom 11. Dezember 2013.

Aktionsplan Europarat, Anhang zur Empfehlung (2006)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Aktionsplan des Europarats zur Förderung der Rechte und vollen Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft: Verbesserung der Lebensqualität behinderter Menschen in Europa 2006-2015, vom 5. April 2006.

Parlamentarische Versammlung:

Resolution 2039 (2015) « Egalité et insertion des personnes handicapées », vom 30. Januar 2015.

Empfehlung 2064 (2015) « Egalité et insertion des personnes handicapées », vom 30. Januar 2015.

Resolution 1642 (2009) «L'accès aux droits des personnes handicapées et leur pleine et active participation dans la société», vom 26. Januar 2009.