

Das Behindertendiskriminierungsverbot ist ein zahnloser Tiger

Rechtsanwendung im Umgang mit Behinderung und Behinderten

1. Einleitung

Jede Gesellschaft entscheidet sich bewusst oder unbewusst, wie sie mit ihren schwächsten Mitgliedern, insbesondere mit behinderten Menschen, umgeht und sie schützt. Der Schutz kann einerseits direkt durch eigentliche Schutzbestimmungen und andererseits indirekt durch Sozialversicherungsleistungen erfolgen. Direkte Schutzbestimmungen finden sich überall in der Rechtsordnung. Zu nennen sind etwa das Sterilisationsverbot dauernd Urteilsunfähiger oder die strafrechtlichen Sanktionen, etwa das Aussetzungsverbot oder das Verbot von sexuellen Handlungen mit Abhängigen. Während die eigentlichen Schutzbestimmungen den behinderten Menschen direkt vor Übergriffen schützen, bewirken die Sozialversicherungsleistungen einen indirekten Schutz. Sie verhindern bei den von einer Behinderung betroffenen Menschen Armut und ermöglichen eine Teilnahme an der Gesellschaft.

Die Schweiz kennt beide Arten des Schutzes, den direkten und den indirekten. Seit 1999 ist ein neuer Schutzmechanismus hinzugekommen. Die Bundesverfassung verbietet seit Inkrafttreten der Totalrevision der Bundesverfassung unter anderem eine Diskriminierung von behinderten Personen. Das Behindertendiskriminierungsverbot stellt Neuland dar, weil die Schweiz im Vergleich zu den angelsächsischen und einigen nördlichen Staaten keine ausgeprägte Tradition im Schutz vor Diskriminierung kennt. Die Beseitigung der Benachteiligungen, die Menschen mit Behinderung im Alltag erfahren, regeln neben dem Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) von 2002 und der Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV) zahlreiche andere Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts. Der Bundesrat hat sodann mit Botschaft vom 19. Dezember 2012 im Parlament beantragt, die UNO-Behindertenrechtskonvention zu ratifizieren. Am 15. April 2014 hat die Schweiz in New York das Übereinkommen

über die Rechte von Menschen mit Behinderungen BRK vom 13. Dezember 2006 als 144. Staat ratifiziert. Es ist am 15. Mai 2014 für die Schweiz in Kraft getreten.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit dem verfassungsmässigen Behindertendiskriminierungsverbot (Kapitel 2), dem Geltungsbereich des eidgenössischen Behindertengleichstellungsgesetzes (Kapitel 3), den Rechtsansprüchen gemäss des eidgenössischen Behindertengleichstellungsgesetzes (Kapitel 4) sowie der UNO-Behindertenrechtskonvention (Kapitel 5).

2. Verfassungsrechtliches Behindertendiskriminierungsverbot

Das Behindertendiskriminierungsverbot stellt wie die anderen Diskriminierungsverbote von Art. 8 Abs. 2 BV ein qualifiziertes Rechtsgleichheitsgebot dar in dem Sinne, dass eine Ungleichbehandlung auf Grund der persönlichen Eigenschaft „Behinderung“ grundsätzlich verfassungswidrig ist. Eine Ungleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Personen ist nur beim Vorliegen zwingender Gründe zulässig. Eine ungleiche Behandlung von Personen mit verschiedenen Behinderungen untereinander demgegenüber beurteilt sich nicht nach Art. 8 Abs. 2 BV, sondern nach dem allgemeinen Gleichheitsgebot und ist bereits dann zulässig, wenn sachliche Gründe bestehen.

Diskriminierungsrechtlich geschützt sind Personen, die in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt sind und für welche die Beeinträchtigung je nach ihrer Form schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat. Als Behinderte gelten nach dem Behindertengleichstellungsgesetz Personen, denen es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Der verfassungsmässige Diskriminierungsbegriff umfasst sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Gesetzesnorm eine offensichtliche Benachteiligung von Behinderten im Vergleich zu Nichtbehinderten statuiert. Eine indirekte Diskriminierung setzt demgegenüber eine „neutral“ formulierte Gesetzesnorm voraus, die in ihren tatsächlichen Auswirkungen Behinderte besonders stark benachteiligt, ohne dass dies qualifiziert begründet wäre.

Im Gegensatz zum Geschlechterdiskriminierungsverbot, das explizit eine tatsächliche Gleichstellung fordert und sogar einen gegenüber Privatpersonen durchsetzbaren Anspruch auf gleichen Lohn vorsieht, gilt das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot nur gegenüber dem Staat und Privaten, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, und vermittelt keinen Gleichstellungsanspruch. Die faktische Gleichstellung der behinderten mit den nichtbehinderten Personen soll durch den Gesetzgeber erfolgen. Der in Art. 8 Abs. 4 BV zu Gunsten der Behinderten statuierte Gesetzgebungsauftrag enthält lediglich einen programmatischen Gehalt. Diese Verfassungsbestimmung stellt keine Grundlage für direkte Ansprüche dar, die auf gerichtlichem Wege abgeleitet werden können.

Verfassungsrechtlich muss deshalb in jedem Einzelfall zwischen der indirekten Diskriminierung und der Gleichstellung unterschieden werden. Die Abgrenzung zwischen indirekter Diskriminierung und Gleichstellung kann nach dem Kriterium erfolgen, ob zusätzlich zur bestehenden Rechtsordnung eine neue Gleichstellungsnorm geschaffen werden muss. Das Behindertengleichstellungsgesetz demgegenüber regelt sowohl die direkte und die indirekte Diskriminierung als auch die Gleichstellung. Die Frage nach der Tragweite des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes geht letztlich in der Frage nach der richtigen Anwendung des Behindertengleichstellungsgesetzes auf.

Die Ausklammerung der faktischen Gleichstellung führt letztlich dazu, dass das verfassungsmässige Behindertendiskriminierungsverbot ein „zahnloser Tiger“ ist. Diese Wertung wird durch den Befund bestätigt, dass das Bundesgericht in seiner mehr als zehnjährigen Praxis sehr selten eine Diskriminierung von behinderten Menschen festgestellt hat. Eine Verletzung des Behinderten-Diskriminierungsverbotes wurde vom Bundesgericht insbesondere in den folgenden Fällen verneint:

- BGE 139 II 289 E. 2.3: Das Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot für Behinderte gilt auch im Bereich des öffentlichen Verkehrs. Eine Benachteiligung liegt aber nicht schon darin, dass die Platzwahl Behinderter stärker eingeschränkt ist als diejenige Nichtbehinderter.
- BGE 138 I 475 E. 3 (Kinozutritt) und Urteil BGer vom 01.06.2006 (5P.97/2006) (Spitalzusatzversicherung): Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV besteht insbesondere kein Anspruch auf Abschluss derselben Verträge, wie sie Nichtbehinderte abschliessen können.
- BGE 138 I 305 E. 3.4: Allein die Vermutung des Beschwerdeführers, die Stimmbürger könnten sein Einbürgerungsgesuch infolge seiner Erscheinung (Rollstuhl, Schwierigkeiten beim Artikulieren, spastische Bewegun-

- gen) abgelehnt haben, ist nicht geeignet, den negativen Einbürgerungsentcheid als diskriminierend hinzustellen.
- BGE 138 I 162: Es besteht zwar ein grundsätzlicher Vorrang der integrierten gegenüber der separierten Sonderschulung. Im vorliegenden Fall durfte die Vorinstanz willkürfrei zum Schluss gelangen, dass die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) mindestens gleichwertig ist, wie eine separierte Sonderschulung in einer externen Institution.
 - BGE 133 V 450 und 472: Die vom BSV vorgenommene Konkretisierung der Anwendungsfälle der lebenspraktischen Begleitung erweist sich grundsätzlich als sachlich gerechtfertigt.
 - BGE 131 V 9: Nichtabgabe eines Kommunikationsgeräts an Versicherte mit Trisomie 21 verletzt BV 8 II nicht.
 - BGE 130 I 352: Ein schwerbehindertes Kind muss nicht in eine Einführungs-kategorie aufgenommen werden, die auf normal begabte Kinder mit verzögerter Entwicklung ausgerichtet ist.
 - BGE 126 II 377: Die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung eines invalid gewordenen Ausländers verletzt BV 8 II nicht.
- Eine Verletzung des Behindertendiskriminierungsverbotes wurde vom Bundesgericht in den folgenden Fällen bejaht:
- BGE 135 I 49: Die Nichteinbürgerung wegen Sozialhilfeabhängigkeit einer behinderten Bewerberin verletzt das Behindertendiskriminierungsverbot.
 - BGE 134 I 105: Es besteht eine Ersatzpflicht der IV für die Kosten der Anpassungen am Wohnhaus eines Paraplegikers, wenn ohne behinderungsgerechten Umbau der grundrechtlich geschützte Aufenthalt des Kindes beim Vater völlig verunmöglicht würde.

3. Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes

Allgemeines

Das Behindertengleichstellungsgesetz bezweckt die Gleichstellung der Personen mit Behinderung durch die Beseitigung von Benachteiligungen in den Lebensbereichen Bauten und Anlagen, öffentlicher Verkehr und Dienstleistungen. Zudem sieht das Behindertengleichstellungsgesetz diverse Schutz- und Gleichstellungsmassnahmen zu Gunsten des Bundespersonals und allgemeine Förderungsmassnahmen, die der Bund zu ergreifen hat, vor.

Bauten und Anlagen

Allgemeines

Das Behindertengleichstellungsgesetz ist auf öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen, Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten, Gewerbebauten mit mehr als 50 Arbeitsplätzen sowie Bundesbauten und -anlagen anwendbar. Vier oberirdisch in Erscheinung tretende Baukörper, die nicht zusammengebaut, sondern räumlich voneinander getrennt sind und je über einen eigenen Zugang und ein eigenes Treppenhaus mit Aufzug verfügen, bilden je eigenständige Wohngebäude i.S.v. Art. 3 lit. c BehiG, auch wenn die vier Gebäude unterirdisch über eine Unterniveaugarage miteinander verbunden sind, Fahrzeuge eine gemeinsame Ausfahrt benutzen und gemeinsame Werkanschlüsse bestehen.

Der Bundesrat ist gehalten, für Bauten und Anlagen, die der Bund erstellt oder mitfinanziert, Vorschriften über Vorkehrungen zu Gunsten Behinderter zu erlassen. Für bestehende und für neue Bauten, Anlagen, Kommunikations- und Billettausgabesysteme sowie Fahrzeuge können unterschiedliche Vorschriften erlassen werden. Die Norm SIA 500 „Hindernisfreie Bauten“ ist massgeblich für die Verwaltungseinheiten, die für das Immobilienmanagement zuständig sind, Wohnbauten erstellen oder mitfinanzieren oder Finanzhilfen oder Abgeltungen ausrichten.

Das Behindertengleichstellungsgesetz beschränkt sich hinsichtlich der Beseitigung architektonischer Hindernisse bei Bauten grundsätzlich darauf, allgemeine Voraussetzungen festzusetzen, welche – mit Rücksicht auf die übliche Kompetenzverteilung – detaillierte Normen des materiellen kantonalen Baurechts erfordern. Das Behindertengleichstellungsgesetz überlässt es den Kantonen insbesondere, konkrete Bauregelungen zu treffen, die das Behindertendiskriminierungsverbot und den Gleichstellungsauftrag umsetzen. In der eigenen Bauordnung kann die Gemeinde strengere Vorschriften als das kantonale Recht vorsehen.

Strassenbau und Nutzungsbeschränkungen

Die Kantone entscheiden über den Bau und die Benutzung der Kantons- und Gemeindestrassen. Das Behindertengleichstellungsgesetz enthält bezüglich des Strassenbaus nur grundsätzliche Regeln, die einer kantonalen Umsetzung bedürfen. Die Signalisationsverordnung erlaubt taktil-visuelle Markierungen auf den für die Fussgänger bestimmten Verkehrsflächen, einschliesslich Fussgängerstreifen, um die Sicherheit für blinde und sehbehinderte Personen zu erhöhen sowie deren Orientierung zu erleichtern. Die kantonalen Strassenbauvorschriften

nehmen unterschiedlich Bezug auf behinderungsspezifische Bedürfnisse. Regelmässig wird die SIA-Norm 500 (Hindernisfreies Bauen) bzw. die Vorgängernorm SN 521 500 (Behindertengerechtes Bauen) als verbindlich erklärt. Von dieser Norm darf nur aus „wichtigen Gründen“ abgewichen werden.

Die SIA-Norm verlangt namentlich eine Trennung von Fussgänger- und Fahrbereich durch einen ununterbrochenen Absatz von mindestens 3 cm Höhe. Die einschlägigen Normen sehen ein Längsgefälle von maximal 6 % und ein Quergefälle von maximal 2 % vor. Ausnahmsweise darf das Längsgefälle bei bestehenden Anlagen und wo unvermeidbar maximal 12 % betragen. Ein Gefälle von 6 % für eine Garagenzufahrt ist behindertengerecht.

Die Kantone oder die Gemeinden sind befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Der Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr kann auf Strassen, die nicht dem allgemeinen Durchgangsverkehr geöffnet sind, vollständig untersagt oder zeitlich beschränkt werden. Andere Beschränkungen oder Anordnungen, insbesondere Parkierungsvorschriften, können unter anderem erlassen werden, soweit die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen dies erfordern.

Öffentlicher Verkehr

Das Behindertengleichstellungsgesetz ist ferner auf öffentlich zugängliche Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs, insbesondere Bauten, Anlagen, Kommunikationssysteme, Billettbezug, und Fahrzeuge anwendbar. Um ein behindertengerechtes öffentliches Verkehrssystem sicherzustellen, hat der Bundesrat für die SBB sowie für weitere Unternehmen, die einer bundesrechtlichen Konzession bedürfen, Vorschriften über die Gestaltung der Bahnhöfe und Haltestellen sowie der Flugplätze, der Kommunikationssysteme und der Billettausgabe sowie der Fahrzeuge zu erlassen. Der Bundesrat hat den diesbezüglichen Vollzugsauftrag mit Erlass der Verordnungen vom 12. November 2003 über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (VBöV) und vom 22. Mai 2006 über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (VaböV) erfüllt.

Dienstleistungen

Das Behindertengleichstellungsgesetz ist sodann auf öffentlich angebotene Dienstleistungen von Privaten und Dienstleistungen des Gemeinwesens, der SBB und anderen konzessionierten Unternehmen anwendbar.

4. Rechtsansprüche des Behindertengleichstellungsgesetzes

Allgemeines

Die Bestimmungen des Behindertengleichstellungsgesetzes enthalten sowohl programmatische Gleichstellungsnormen als auch individuell durchsetzbare Rechtsansprüche. Zu unterscheiden sind die Rechtsansprüche des einzelnen Behinderten und die Rechtsansprüche von Behindertenorganisationen.

Behindertenorganisationen von gesamtschweizerischer Bedeutung, die seit mindestens zehn Jahren bestehen, können Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die sich auf eine grosse Zahl Behinderter auswirken, geltend machen. Integration Handicap etwa ist berechtigt zur Klage auf Feststellung einer Diskriminierung in einem Zivilverfahren und gegebenenfalls zur Erhebung einer Beschwerde in Zivilsachen.

Die Rechtsansprüche des Behindertengleichstellungsgesetzes bestehen in einem Feststellungs-, Unterlassungs-, Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch. Einzelpersonen mit Behinderungen können Unterlassungs-, Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch geltend machen. Zugelassene Behindertenorganisationen sind in den gesetzlich erwähnten Sachbereichen befugt, Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu erheben. Ihnen steht der Entschädigungsanspruch aber nicht zu; dafür können sie einen Feststellungsanspruch erheben, wenn Private Behinderte in Bezug auf öffentlich angebotene Dienstleistungen diskriminieren.

Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

Allgemeines

Das Behindertengleichstellungsgesetz statuiert für die in seinem Geltungsbereich geregelt Sachbereiche einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Eine drohende Benachteiligung ist zu unterlassen, eine bestehende Benachteiligung ist zu beseitigen. Kein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch besteht in Bezug auf öffentlich angebotene Dienstleistungen von Privaten. Diese fallen zwar in den sachlichen Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes, doch hat der Gesetzgeber bewusst statt des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs (nur) einen Entschädigungsanspruch statuiert.

Drohende oder bestehende Benachteiligung

Was als Benachteiligung zu qualifizieren ist, hat der Gesetzgeber in Bezug auf die dem Behindertengleichstellungsgesetz unterliegenden Sachbereiche wie folgt geregelt:

- Eine Benachteiligung beim Zugang zu einer Baute, einer Anlage, einer Wohnung, einer Einrichtung oder einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs liegt vor, wenn der Zugang für Behinderte aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist.
- Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung liegt vor, wenn diese für Behinderte nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist.
- Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung liegt 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 Behinderter nicht angepasst sind.

Eine Benachteiligung im Falle eines Neubaus oder einer Erneuerung einer Baute oder Anlage ist während des Baubewilligungsverfahrens zu rügen oder ausnahmsweise nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens im Rahmen eines Zivilverfahrens geltend zu machen, wenn das Fehlen der gesetzlich gebotenen Vorkehrungen im Baubewilligungsverfahren nicht erkennbar war.

Die Zugangsbenachteiligung bei Bauten und Anlagen erstreckt sich nicht nur auf den eigentlichen Zugang, sondern auch auf die Benützbarkeit öffentlich zugänglicher Räume. Gestützt auf das Behindertengleichstellungsgesetz kann jedoch nicht die Beseitigung aller vorbestehenden architektonischen Hindernisse in einem Gebäude bzw. einer Anlage verlangt werden.

Der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch erstreckt sich nicht auf Bauteile, die vom Bauvorhaben nicht direkt betroffen sind. So kann nicht verlangt werden, dass der Eingang umgebaut wird, wenn eine (nicht öffentlich zugängliche) neue Küche installiert oder das Dach saniert wird. Ein solcher Rechtsanspruch kann sich nur aus den kantonalen Bauvorschriften, die für die Ausstattung des Gebäudeinneren bzw. der einzelnen Wohnungen massgeblich sind, ergeben. Für Bauvorhaben von untergeordneter Bedeutung wird, wie beispielsweise im Kanton Zürich, das Anzeige- und nicht das Baubewilligungsverfahren angewendet. Dabei dürfen keine zum Rekurs berechtigten Interessen Dritter berührt werden. Wird beispielsweise ein öffentlich zu-

gängliches Gebäude nur im Innern sanft saniert, werden Interessen Dritter, respektive von Menschen mit Behinderung dann berührt, wenn erforderliche und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechende Anpassungen wie beispielsweise solche an Sanitäranlagen vorgenommen werden. In solchen Fällen ist das reguläre Baubewilligungsverfahren anzuwenden.

Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Allgemeines

Kein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch besteht dann, wenn der für die konkret betroffene behinderte Person zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht, insbesondere zum wirtschaftlichen Aufwand, zu Interessen des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes sowie zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit.

Zur Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis vorliegt, muss in der Interessenabwägung namentlich berücksichtigt werden:

- die Zahl der Personen, welche die Baute oder die Anlage benutzen oder die Dienstleistung in Anspruch nehmen;
- die Bedeutung der Baute, der Anlage oder der Dienstleistung für Menschen mit Behinderung;
- der provisorische oder dauerhafte Charakter der Baute, der Anlage oder der Dienstleistung.

Sind die Interessen der behinderten Personen gegen die Interessen des Umweltschutzes, des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege abzuwägen, so sind zusätzlich zu berücksichtigen:

- die Bedeutung der Baute oder der Anlage aus der Sicht des Umweltschutzes, des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege und
- das Ausmass, in dem die verlangten Anpassungen die Umwelt oder die Bausubstanz, die Struktur und das Erscheinungsbild der Baute oder der Anlage aus der Sicht des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege beeinträchtigen.

Die Unterlassungs- bzw. Beseitigungspflicht besteht bei Bauten nicht, wenn der Aufwand für die Anpassung 5 Prozent des Gebäudeversicherungswertes beziehungsweise des Neuwertes der Anlage oder 20 Prozent der Erneuerungskosten übersteigt.

Bestehende Bauten und Anlagen sowie Fahrzeuge für den öffentlichen Verkehr müssen spätestens zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes behindertengerecht sein. Kommunikationssysteme und Billettausgaben müssen spätestens zehn Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes behindertengerecht angeboten werden. Während dieser Anpassungsfristen haben die Unternehmen des öffentlichen Verkehrs einen Anspruch darauf, dass ihre Betriebs- und Investitionsplanung mit dem Umsetzungskonzept des Bundes koordiniert wird.

Umsetzung des Verhältnismässigkeitsgebots im Bahnverkehr

Die Umsetzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bereitet vor allem im Bahnverkehr Probleme, weil die Beseitigung der faktischen Hindernisse bis zum Ablauf der vorerwähnten Anpassungsfristen regelmässig mit hohen Kosten verbunden ist. Eine zu grosse Niveaudifferenz zwischen der Perron- und der Einstiegskante der von den SBB eingesetzten Fahrzeuge verunmöglicht Rollstuhlfahrenden zwar den autonomen Zugang und benachteiligt sie, aus Gründen der Verhältnismässigkeit kann aber auf die Beseitigung dieser Benachteiligung verzichtet werden. Der für Rollstuhlfahrende zu erwartende Nutzen aus einer Perronerhöhung steht nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im heutigen Zeitpunkt in einem Missverhältnis zu den Gründen der Betriebssicherheit sowie zum wirtschaftlichen Aufwand für die SBB. Die SBB sind aber verpflichtet, den Behinderten als Zwischen- bzw. Ersatzlösung die erforderlichen Hilfestellungen durch den Einsatz von Personal und den nötigen Hilfsmitteln zu erbringen.

Nach der Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts haben die SBB in den Doppelstock-Triebzügen den Rollstuhlbereich mit drei Stellplätzen und einer rollstuhlgängigen Universaltoilette in einen dem Speisewagen benachbarten Wagen zu verlegen und gleichzeitig die Verpflegungszone im Unterdeck des Speisewagens mit zwei Rollstuhlplätzen und einer rollstuhlgängigen Universaltoilette beizubehalten. Dies bedeutet, dass im Wagen vor oder hinter dem Speisewagen zusätzlich drei Rollstuhlplätze und eine behindertengerechte Universaltoilette erstellt werden müssen und im Speisewagen selbst auf einen der vorgesehenen drei Rollstuhlplätze verzichtet werden kann.

Begründet wird diese Pflicht mit dem Argument, dass Behinderte mit der geplanten Lösung allfällig gezwungen wären, im Speisewagen zu reisen, obwohl sie sich gar nicht verpflegen wollen. Dadurch werden Behinderte bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung (Reise im allgemeinen Fahrgastbereich) benachteiligt. Dass sich dadurch die Auslieferung der Züge um bis zu

ein Jahr verzögern kann und laut SBB Mehrkosten von 10 Millionen Franken entstehen, qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht als verhältnismässig.

Demgegenüber ist das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung, dass kein Einbau eines Lifts zum Obergeschoss des Speisewagens geboten ist. Da es bis anhin keinen Personenlift für Züge mit Wankkompensation gebe und nicht klar sei, ob sich so etwas überhaupt realisieren liesse, müsse davon abgesehen werden. Zudem könnte der Lift aus Sicherheitsgründen nur benutzt werden, wenn der Zug stillsteht. Würden aber die Bewegungsmöglichkeiten der übrigen Passagiere ausgerechnet während des Aufenthalts im Bahnhof eingeschränkt, könnten die kalkulierten Abfertigungszeiten von drei Minuten nicht eingehalten werden.

Die SBB haben die ersten zwei von zwanzig Einheiten der neuen Doppelstock-Triebzüge in Auftrag gegeben – deren Auslieferung erfolgt zwischen 2015 und 2020 – und gleichwohl den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weitergezogen. Dieses hat unlängst erwogen, dass die künftigen Fernverkehrs-Doppelstock-Triebzüge im Speisewagen-Bereich nicht mit zusätzlichen zwei Plätzen für Behinderte ausgestattet werden müssen. Die beiden frankofonen Mitglieder der Kammer argumentierten grundsätzlich und vertraten den Standpunkt, dass Behinderte diskriminiert würden, wenn sie in der „Bistro-Atmosphäre“ eines Speisewagens reisen müssten, ohne speisen zu wollen.

Die drei deutschsprachigen Richter verwiesen in eher pragmatischem Ansatz darauf, dass im Unterdeck nur Behinderte bedient würden, weshalb sie allein bestimmten, ob der Raum zum Speisewagen werde oder nicht. Zu einem Konflikt könnte es in der Tat einzig und allein dann kommen, wenn gleichzeitig mehrere Behinderte im gleichen Zug reisen, von denen nicht alle essen wollen. Zudem müsste es sich um Invalide mit grossen Rollstühlen handeln, da für normale Rollstühle in jedem Wagen des Zugs weitere Plätze vorgesehen sind.

Entschädigungsanspruch

Private Dienstleistungen

Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, dürfen Behinderte nicht auf Grund ihrer Behinderung diskriminieren. Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung liegt vor, wenn diese für Behinderte nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist. Das Bundesamt für

Zivilluftfahrt (BAZL) hat 2011 festgehalten, dass die Praxis von easyJet Switzerland AG, Personen im Rollstuhl nur dann zu befördern, wenn sie begleitet werden, eine solche Benachteiligung darstellt.

Ist eine Benachteiligung nachgewiesen, kann der Betroffene keine Unterlassung oder Beseitigung, sondern nur eine Entschädigung von maximal 5 000 Franken fordern. Das Gericht hat bei der Festsetzung der Entschädigung den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung zu tragen.

Das Behindertengleichstellungsgesetz enthält im Gegensatz zum Gleichstellungsgesetz GlG keinen Vorbehalt in Bezug auf ausservertragliche Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche sowie weitergehende vertragliche Ansprüche. Die Diskriminierungsentschädigung gemäss GlG kann praxisgemäss mit den allgemeinen Haftungsansprüchen kumuliert und letztere im selben Verfahren wie die Diskriminierungsentschädigung geltend gemacht werden.

Bei der Verabschiedung des Behindertengleichstellungsgesetzes war umstritten, ob die Diskriminierungsentschädigung als ausschliessliche oder zusätzliche Entschädigung neben den allgemeinen Schadenersatzansprüchen vorgesehen werden soll. Der Bundesrat hat vorgeschlagen, dass der Richter eine Entschädigung nach den konkreten Umständen, der Schwere der Diskrimination und dem Wert der fraglichen Dienstleistung festlegt und dabei an die Höchstgrenze von 5 000 Franken gebunden sein soll.

Dieser Vorschlag war in den parlamentarischen Beratungen umstritten. Die ständerätliche Kommission beantragte, auf diese Begrenzung zu verzichten. Bundesrätin Metzler führte in der ständerätlichen Debatte aus, dass der Verzicht auf eine Höchstgrenze Ängste bei Dienstleistungsanbietern wecke und es aus psychologischen Gründen besser sei, einen Höchstwert zu nennen; eine Höchstgrenze sei zudem konsensfähiger und trage zur Beruhigung und Klarheit über die Rechtsfolgen und deren Berechenbarkeit bei. Die Mehrheit der Ständeräte schloss sich dieser Meinung an.

Die nationalrätliche Kommission war ebenfalls der Meinung, auf eine Höchstgrenze zu verzichten, und beantragte zudem, statt einer Entschädigung primär einen Rechtsanspruch auf Beseitigung oder Unterlassung zu statuieren. Bundesrätin Metzler wandte sich in der Detailberatung erneut gegen diese Lösung und gab zu bedenken, dass sie zu stark in die Vertragsfreiheit eingreife; das Privatrecht, das diese Dienstleistungsbeziehungen im Wesentlichen regle, gehe vom Grundgedanken der Entschädigung und nicht vom Grundgedanken der Pflicht zu positivem Handeln aus. Der Nationalrat folgte schliesslich der vom Ständerat beschlossenen Regelung.

Auf Grund dieser Entstehungsgeschichte ist davon auszugehen, dass im Fall einer Dienstleistungsdiskriminierung nur der Entschädigungsanspruch von maximal 5 000 Franken, nicht aber weitere Rechtsansprüche, insbesondere die allgemeinen Schadenersatzansprüche, geltend gemacht werden können, was in sich eine Benachteiligung der Behinderten darstellt, da der Diskriminierungsschaden höher als 5 000 Franken sein kann und dieser von Nichtbehinderten geltend gemacht werden kann. Das Bundesgericht hat es insbesondere abgelehnt, aus dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot einen Kontrahierungszwang abzuleiten.

Staatliche Dienstleistungen

In Bezug auf staatliche Dienstleistungen, namentlich Aus- und Weiterbildung, besteht ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Das Behindertengleichstellungsgesetz schweigt sich darüber aus, ob im Zusammenhang mit einer staatlichen Dienstleistungsdiskriminierung ein Entschädigungsanspruch besteht. Ob und inwieweit eine Diskriminierungsentschädigung verlangt werden kann, beurteilt sich auf Bundesebene nach dem Verantwortlichkeitsgesetz und in kantonalen Diskriminierungsfällen nach dem jeweiligen Staatshaftungsgesetz.

Eine Haftung des Staates für den „Diskriminierungsschaden“ setzt voraus, dass die Dienstleistungsdiskriminierung widerrechtlich ist. Widerrechtlichkeit im Bereich der Staatshaftung liegt vor, wenn durch die amtliche Tätigkeit ein von der Rechtsordnung geschütztes absolutes Recht verletzt wird oder wenn die amtliche Tätigkeit gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.

Das verfassungsmässige Diskriminierungs- und das gesetzliche Benachteiligungsverbot stellen auf die Benachteiligung der davon betroffenen Behinderten ab. Deren Verletzung ist an sich als ein Erfolgsunrecht zu qualifizieren, doch sind die Parlamentarier rechtlich nicht verantwortlich. Der Nichterlass von erforderlichen Gleichstellungsnormen oder der Erlass von benachteiligenden Gesetzesnormen bleibt insofern folgenlos. Lediglich Bundesrat und Bundesverwaltung sowie die eidgenössischen Richter sind dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstellt. Deshalb ist eine Diskriminierungsentschädigung nur bei einer judikativen, nicht aber einer legislativen Diskriminierung forderbar.

UNO-Behindertenrechtskonvention

Allgemeines

Die Diskriminierung von Personen mit Behinderung wird auf der völkerrechtlichen Ebene seit vielen Jahren und von vielen Organisationen thematisiert. Die Generalversammlung der UNO beispielsweise hat mehrere Resolutionen verabschiedet, mit welchen die Integration der Behinderten in die Gesellschaft gefordert wird. Ein verbindliches weltweites Behindertendiskriminierungsabkommen wurde jedoch erst 2006 verabschiedet, wobei der englische und der französische Text verbindlich sind.

Vom Behindertendiskriminierungsverbot, das der UNO-Behindertenrechtskonvention BRK zu Grunde liegt, zu unterscheiden sind die akzessorischen Diskriminierungsverbote gemäss anderen Staatsverträgen. Das menschenrechtliche Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK beispielsweise ist einerseits nur akzessorisch in Bezug auf die von der EMRK geschützten Menschenrechte anwendbar und schützt andererseits nicht die faktische Gleichstellung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte besteht gemäss Art. 14 EMRK kein subsidiärer Anspruch auf Gleichstellung der Behinderten.

Geltungsbereich der UNO-Behindertenrechtskonvention

Die BRK besteht aus dem Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und dem Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006. Die Konvention formuliert einerseits allgemeine Grundsätze und Verpflichtungen und statuiert andererseits Schutz- und Gleichstellungsnormen in Bezug auf spezifische Sachbereiche. Mit dem Fakultativprotokoll wurde sodann ein Committee on the Rights of Persons with Disabilities geschaffen, an welches sich behinderte Einzelpersonen und Behindertenorganisationen wenden können, wenn der innerstaatliche Instanzenzug erschöpft ist. Die Schweiz hat lediglich das Übereinkommen, nicht aber das Fakultativprotokoll ratifiziert, weshalb letztinstanzliche Entscheide nicht im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens angefochten werden können.

Zweck des Übereinkommens ist es, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern. Zu den Menschen mit Behinderun-

gen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Unter Diskriminierung wird jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung verstanden, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Geniessen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Dies umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Versagung angemessener Vorkehrungen.

In den Art. 3–8 BRK werden allgemeine Grundsätze und Verpflichtungen mit Bezug auf verschiedene Behinderungsformen statuiert, während Art. 9 ff. BRK einzelne Grundrechtsgarantien für Behinderte beinhalten. Sowohl die BRK als auch das Fakultativprotokoll stellen völkerrechtliche Verträge dar. Völkerrechtliche Verpflichtungen gelten mit der Ratifizierung im innerstaatlichen Recht („Monismus“). Die innerstaatliche Geltung des Völkerrechtes bedeutet jedoch nicht, dass die übernommenen staatsvertraglichen Pflichten auch individuelle Ansprüche begründen, die vom einzelnen Bürger gerichtlich geltend gemacht werden können. Völkerrechtliche Verpflichtungen begründen individuelle Ansprüche nur dann, wenn sie:

- die Rechtsstellung von Privatpersonen betreffen,
- justiziabel sind und
- sich an rechtsanwendende Behörden richten.

Hinsichtlich der Frage, ob aus den Bestimmungen des Übereinkommens individuelle Ansprüche des einzelnen Behinderten abgeleitet werden können, gilt ebenfalls der Grundsatz der Einzelfallbeurteilung. Anhand der nachfolgenden Kriterien ist nach Auffassung des Bundesrates im jeweiligen Einzelfall abzuwägen, ob es sich bei den fraglichen Bestimmungen des Übereinkommens lediglich um einen Gesetzgebungsauftrag oder aber um ein subjektives Recht handelt:

- Natur der völkerrechtlichen Verpflichtung;
- Gesetzgebungsauftrag;
- Freiheits- oder Sozialrecht;
- Art der Behinderung und daraus resultierende Bedürfnisse;
- Bandbreite möglicher Massnahmen;
- Belastungen Dritter und andere entgegenstehende qualifizierte Gründe.

Keinen individuellen Anspruch vermitteln in jedem Fall wenig präzise abgefasste Bestimmungen oder Gesetzgebungsaufträge. Ein subjektives Recht vermitteln demgegenüber Unterlassungspflichten („Staat darf nicht“) und Schutzpflichten („Staat muss schützen“), sofern keine vorgängige Umsetzung durch Gesetzgeber erforderlich ist, sowie Leistungspflichten („Staat muss leisten“).

Das Committee on the Rights of Persons with Disabilities hat in seiner bisherigen Rechtsprechung erwogen, dass:

- die Art. 12 (gleiche Anerkennung vor dem Recht) und 29 (Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben) des Übereinkommens die Streichung aus der Wahl- und Abstimmungsliste wegen geistiger Behinderung verbieten;
- gemäss den Artikeln 5 (Gleichberechtigungsanspruch), 25 (Gesundheitsanspruch) und 26 (Habitations- und Rehabilitationsanspruch) des Übereinkommens ein Anspruch auf Einbau eines Hydrotherapiebeckens in Verletzung der kommunalen Bauordnung besteht und
- die Artikel 5 (Gleichberechtigungsanspruch), 9 (Zugänglichkeit) und 12 (gleiche Anerkennung vor dem Recht) der BRK sehbehinderten Personen den effektiven Zugang zu privaten Bankinstituten und Geldautomaten gewährleisten.