



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Walter Kälin / Jörg Künzli / Judith Wyttenbach / Annina
Schneider / Sabiha Akagündüz

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 Gleichstel-
lung von Menschen mit Behinderungen EBGB

INHALT

| | |
|--|----|
| <i>LITERATUR</i> | 4 |
| <i>MATERIALIEN</i> | 8 |
| <i>ABKÜRZUNGEN</i> | 9 |
| <i>EINLEITUNG: AUFTRAG UND VORGEHEN</i> | 12 |
| I. Auftrag..... | 12 |
| II. Vorgehen..... | 13 |
| 1. KAPITEL: ALLGEMEINES | 14 |
| A. LEITLINIEN DER KONVENTION | 14 |
| I. Begriff der Behinderung..... | 14 |
| II. Guiding Principles der Konvention..... | 15 |
| B. VERPFLICHTUNGEN DER BEHINDERTENKONVENTION | 16 |
| I. Fragestellung..... | 16 |
| II. Verpflichtungen der Vertragsstaaten..... | 17 |
| 1. Die allgemeine Verpflichtungsklausel von Art. 4 Behindertenkonvention – Eine Übersicht..... | 17 |
| 2. Die menschenrechtliche Verpflichtungstrias und Art. 4 Abs. 1 BehiK..... | 18 |
| 3. Die spezifischen Verpflichtungsvorgaben von Art. 4 Abs. 1 BehiK..... | 20 |
| III. Insbesondere zu den aus bürgerlichen und politischen Rechten fliessenden Verpflichtungen..... | 22 |
| 1. Unmittelbar und progressiv zu erfüllende Verpflichtungen..... | 22 |
| 2. Direkt anspruchsbegründende und programmatische Gehalte..... | 23 |
| IV. Insbesondere zu den aus wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte fliessenden Verpflichtungen..... | 25 |
| 1. Unmittelbar und progressiv zu erfüllende Verpflichtungen..... | 25 |
| 2. Direkte anspruchsbegründende und programmatische Gehalte..... | 31 |
| V. Zur Justiziabilität der Verpflichtungen der Behindertenkonvention..... | 32 |
| VI. Zur Reichweite der Verpflichtungen aus der Behindertenkonvention im Verhältnis zu anderen von der Schweiz ratifizierten UN-Menschenrechtsinstrumenten und namentlich zum UNO-Pakt I..... | 37 |
| VII. Zur Reichweite der Verpflichtungen aus der Behindertenkonvention im Verhältnis zu den Sozialzielen der schweizerischen Bundesverfassung..... | 39 |
| C. „SUR LA BASE DE L'EGALITE AVEC LES AUTRES“ UND DISKRIMINIERUNGSBEGRIFF | 40 |
| I. Fragestellung..... | 40 |
| II. Behinderung, Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung..... | 41 |
| 1. Art. 8 Abs. 1 und 2 BV..... | 41 |
| 2. Art. 8 Abs. 4 BV..... | 46 |
| III. Umsetzung im Behindertengleichstellungsgesetz vom 13.12.2002 (BehiG)..... | 47 |
| IV. Diskriminierungsbegriffe und „Gleichstellungsaufträge“ in von der Schweiz ratifizierten internationalen und regionalen Menschenrechtsabkommen..... | 48 |
| 1. Diskriminierungsverbote in internationalen Abkommen..... | 49 |
| 2. Europäische Menschenrechtskonvention..... | 49 |
| 3. UNO-Menschenrechtspakte von 1966..... | 50 |
| 4. Kinderrechtskonvention..... | 52 |
| 5. Frauenrechtskonvention..... | 53 |
| V. Diskriminierungsverbot in der Behindertenkonvention..... | 54 |
| 1. Diskriminierungsbegriff (Art. 2 BehiK)..... | 54 |
| 2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot (Art. 5)..... | 56 |
| 3. Diskriminierungsverbot in weiteren Garantien..... | 57 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| VI. | Sur la base de l'égalité/on an equal basis..... | 58 |
| 1. | Entstehungsgeschichte | 58 |
| 2. | Vergleich mit anderen, von der Schweiz ratifizierten Konventionen | 59 |
| 3. | Gewährleistung der Rechte „sur la base de l'égalité“ in der Behindertenkonvention | 60 |
| 4. | Bedeutung von „sur la base de l'égalité“ in den einzelnen Garantien..... | 63 |
| VII. | Ergebnis | 66 |
| 2. | KAPITEL: EINZELFRAGEN | 69 |
| A. | UNABHÄNGIGE LEBENSFÜHRUNG UND EINBEZIEHUNG IN DIE GEMEINSCHAFT | 69 |
| I. | Fragestellung..... | 69 |
| II. | Vorgaben der Konvention..... | 69 |
| 1. | Das Recht auf Leben in der Gemeinschaft mit gleichen Wahlmöglichkeiten und Massnahmen zur Verwirklichung..... | 70 |
| 2. | Gleichberechtigte Möglichkeit der Wahl des Aufenthaltsortes und der Lebensform und das Recht, nicht in einer Institution leben zu müssen (lit. a)..... | 70 |
| 3. | Zugang zu gemeindenahen Unterstützungsdiensten: Verhinderung der Isolation (lit. b)..... | 72 |
| 4. | Dienstleistungen und Einrichtungen des Gemeinwesens für die Allgemeinheit: Gleichberechtigtes Angebot und Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse (lit. c) | 72 |
| III. | Entstehung der verabschiedeten Fassung | 73 |
| 1. | Working Group..... | 73 |
| 2. | Bericht des Ad Hoc Committee und des Vorsitzenden..... | 75 |
| 3. | Konsolidierter Entwurf und Änderungen zur Endfassung | 76 |
| 4. | Fazit: Diskussionspunkte in der Entstehung um Art. 19..... | 77 |
| IV. | Rechtslage in der Schweiz..... | 78 |
| 1. | Internationale Übereinkommen..... | 78 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Ebene | 78 |
| 3. | Bundesgesetzliche Ebene | 81 |
| B. | DAS RECHT AUF BILDUNG IN DER BEHINDERTENKONVENTION UND BEDEUTUNG FÜR DIE SCHWEIZ | 85 |
| I. | Fragestellung..... | 85 |
| II. | Konzept und Entstehung..... | 85 |
| III. | Recht auf Bildung, Diskriminierungsverbot, Chancengleichheit..... | 87 |
| 1. | Vorgaben der Konvention zum Recht auf (Grundschul-)Bildung und Diskriminierungsverbot: Art. 24 Abs. 1 und 2 BehiK..... | 87 |
| 2. | Gleichstellung im Bildungsbereich: Art. 24 Abs. 1 und 2 Behindertenkonvention | 88 |
| 3. | Recht auf Bildung in der Schweiz..... | 90 |
| IV. | Kenntnisse in Kommunikationstechniken und lebenspraktischen Fertigkeiten..... | 95 |
| 1. | Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 3 BehiK..... | 95 |
| 2. | Rechtslage in der Schweiz | 96 |
| V. | Ausbildung des Lehrpersonals..... | 96 |
| 1. | Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 4..... | 96 |
| 2. | Rechtslage in der Schweiz | 96 |
| VI. | Hochschule, Berufsbildung, Fortbildung: Art. 24 Abs. 5 BehiK | 97 |
| 1. | Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 5..... | 97 |
| 2. | Rechtslage in der Schweiz | 98 |
| VII. | Fazit: Der Bildungsbereich im Umbruch..... | 99 |
| C. | ARBEIT UND BESCHÄFTIGUNG (ART. 27) UND BEDEUTUNG FÜR DIE SCHWEIZ..... | 101 |
| I. | Fragestellung..... | 101 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| II. | Vorgaben der Konvention..... | 101 |
| 1. | Das Recht auf Arbeit | 101 |
| 2. | Schutz vor Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit | 108 |
| III. | Entstehung der verabschiedeten Fassung | 109 |
| 1. | Working Group..... | 109 |
| 2. | Bericht des Ad Hoc Committee und des Vorsitzenden..... | 110 |
| 3. | Entwurf vor der Endfassung | 112 |
| 4. | Fazit | 113 |
| IV. | Verschiedene Modelle für die Integration der Menschen mit Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt | 113 |
| 1. | Unterstützte Beschäftigung..... | 114 |
| 2. | Antidiskriminierung vs. Quotenmodelle..... | 114 |
| 3. | Rehabilitation durch Verpflichtungen..... | 115 |
| V. | Rechtslage in der Schweiz..... | 115 |
| 1. | Internationale Übereinkommen..... | 115 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Ebene | 117 |
| 3. | Bundesgesetze und -verordnungen | 118 |
| 4. | Kantonale Regelungen | 127 |
| D. | TEILHABE AM KULTURELLEN LEBEN: ZUGANG ZU FERNSEHSENDUNGEN UND KULTURELLEN VERANSTALTUNGEN (ART. 30 ABS. 1 LIT. B DER KONVENTION) | 128 |
| I. | Fragestellung..... | 128 |
| II. | Vorgaben der Konvention..... | 128 |
| III. | Entstehung der verabschiedeten Fassung | 130 |
| IV. | Rechtslage in der Schweiz..... | 132 |
| 1. | Internationale Übereinkommen..... | 132 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Ebene | 132 |
| 3. | Bundesgesetze und -verordnungen | 132 |
| 4. | Kantonale Ebene: Kino, Theater, Museen und Ausstellungen und andere kulturelle Aktivitäten | 134 |
| 5. | Fazit | 135 |
| 3. | KAPITEL: ÜBERWACHUNG | 136 |
| A. | INNERSTÄTTLICHE DURCHFÜHRUNG UND ÜBERWACHUNG (ART. 33) | 136 |
| I. | Fragestellung..... | 136 |
| II. | Vorgaben der Behindertenkonvention..... | 136 |
| III. | Bestehende Institutionen und Vorkehren in der Schweiz | 137 |
| 1. | Bundesebene | 138 |
| 2. | Kantonale Ebene..... | 139 |
| IV. | Schaffung neuer Strukturen | 140 |
| 1. | Umsetzung unter föderalistischen Bedingungen | 140 |
| 2. | Auswahlermassen und mögliche neue Strukturen..... | 140 |
| B. | PFLICHT ZUR BERICHTERSTATTUNG (ART. 35) | 143 |
| I. | Fragestellung..... | 143 |
| II. | Vorgaben der BehiK..... | 144 |
| III. | Synergien mit anderen Berichterstattungspflichten? | 145 |
| 1. | Gemeinsames Kerndokument | 145 |
| 2. | Praxis der einzelnen Ausschüsse..... | 146 |
| IV. | Fazit | 148 |

Literatur

- AICHELE, VALENTIN, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll – Ein Beitrag zur Ratifikationsdebatte, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper No. 9, August 2008.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel Suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 3ieme ed. Berne 2006.
- ARETZ, HANS JÜRGEN/HANSEN KATRIN, Diversity und Diversity-Management in Unternehmen: Eine Analyse aus systemtheoretischer Sicht, Münster 2002.
- BERNSTORFF VON, JOCHEN, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), S. 1041-1063.
- BIELEFELDT HEINER, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenkonvention, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Essay No 5 (2006), download auf www.institut-fuer-menschenrechte.de
- BIGLER-EGGENBERGER MARTGRITH, Kommentar zu Art. 41 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2008, S. 785 ff.
- DIES., Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2008, S. 220 ff.
- BREEN CLAIRE, The Right to Education of Persons with Disabilities: Disabled in Interpretation and Application, Netherlands Quarterly of Human Rights 21 (2003), S. 7ff.
- BREITENMOSEER STEPHAN, Kommentar zu Art. 13 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2008, S. 306 ff.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Referat Information, Publikation, Redaktion (Hrsg.), Dokumentation der Fachkonferenz „Menschenrechte und Bildung“, November 2004, Download auf www.bmas.bund.de.
- CHAFFIN SALLY, Challenging the U.S. Position on a United Nations Convention on Disability, Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15 (2005), 121.
- DACHORGANISATIONENKONFERENZ DER PRIVATEN BEHINDERTENHILFE UND –SELBSTHILFE/ GLEICHSTELLUNGSRAT EGALITÉ HANDICAP/FACHSTELLE EGALITÉ HANDICAP, Unterzeichnung und Ratifizierung der UNO-Behindertenkonvention und des Zusatzprotokolls, Argumentarium, 1. Oktober 2007, Download auf <http://www.egalite-handicap.ch/deutsch/download/2007/Breaking%20News/Argumentarium%20UNO.pdf>
- DE LA HOUGUE CLAIRE, La Convention Internationale Relative aux Droits des Personnes Handicapees, Droits Fondamentaux 6 (2006), Download auf www.droits-fondamentaux.org
- DEGENER THERESIA, Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick, ZAöRV 65 (2005), S. 887-935.

- DIES., Definition of Disability, ed. By E.U. Network of Experts on Disability Discrimination, 2006, Download auf http://www.egalite-handicap.ch/deutsch/publikationen/aufs_begriff.html.
- DIES., Eine UN-Menschenrechtskonvention für Behinderte als Beitrag zur ethischen Globalisierung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“ Februar 2003, Download auf www.bpb.de/publikationen/OHQ9M2,0,0,Eine_UNMenschenrechtskonvention_f%FCrBehinderte_als_Beitrag_zur_ethischen_Globalisierung.html.
- DIETRICH ALBIN ET AT., Schulische Bildung von Kindern und Jugendlichen mit schwerster Behinderung. Bestandesaufnahme und Perspektiven, Schriftenreihe der Interkantonalen Hochschule für Heilpädagogik, Band 21, Zürich 2006.
- DOSE STEFAN, Unterstützte Beschäftigung im Kontext von internationalen, europäischen und deutschen Entwicklungen in der Behindertenpolitik, in: Impulse (27) 2003, S. 3-13, Download auf <http://bidok.uibk.ac.at/library/doose-kontext.html>.
- DRÖGE CORDULA, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Bd. 159, Berlin etc. 2003.
- DUPUY PIERRE-MARIE, Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin etc. 2003, S. 149 ff.
- FLÜCKIGER SUSANNE, Wege zur Koordination und Vernetzung von Arbeitslosen- und Invalidenversicherung sowie Sozialhilfe, Diss. Zürich 2007.
- GÄCHTER THOMAS/CRUCHON SASKIA, Das behinderte Kind im Sozialversicherungsrecht, in: Sprecher Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich etc. 2006, S. 143 ff.
- GEBERT PIUS, Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und seine Auswirkungen auf das schweizerische Bildungswesen, St. Gallen 1996.
- GIEZENDANNER KURT, Sonderschulung nach dem Inkrafttreten des « Neuen Finanzausgleichs » (NFA). Perspektiven der Kantonalisierung der Sonderschulung, Jusletter 17.9.2007.
- GRISEL ETIENNE, Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2000.
- HAUSAMMANN CHRISTINA, Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz, Basel/Genf/München, 2002.
- HERINGA AALT WILLEM/VAN HOOF FRIED, Commentary on Article 14, Prohibition of Discrimination, in: Van Dijk et al. (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th edition, Antwerpen/Oxford 2004, S. 1027 ff.
- HOERDEGEN STEPHAN, Grundziele und –werte der „neuen“ Bildungsverfassung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht ZBI 108/3 (2007), S. 113 ff.
- JOSEPH SARAH/SCHULTZ JENNY/CASTAN MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl., Oxford 2004.

- JUSTESEN TRACY R./JUSTESEN TROY R., Perspectives on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: An Analysis of the Development and Adoption of the United Nations Convention Recognizing the Rights of Individuals with Disabilities: Why the United States Refuses to Sign this UN Convention, *Hum. Rts. Br.* 14 (2007), 36.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel/Baden-Baden 2005.
- KIENER REGINA, *Bildung, Forschung und Kultur*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel Suisse*, Zürich 2001, §57, S. 903 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, Bern 2007.
- KIESER UELI, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Zürich 2008.
- KLEIN CAROLINE, *La discrimination des personnes handicapées*, Berne 2002.
- MAHON PASCAL, *Commentaire article 8 al. 4, Petit commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich etc. 2003, Rz. 22ff.
- MALINVERNI GIORGIO, *Les Pactes dans l'ordre juridique interne*, in: Kälin Walter/Malinverni Giorgio/Nowak Manfred (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, Basel 1997, S. 71 ff.
- MELISH TARA J., *Perspectives on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify*, *Hum. Rts. Br.* 14 (2007), 37.
- MEYER-BLASER ULRICH/GÄCHTER THOMAS, *Der Sozialstaatsgedanke*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel Suisse*, Zürich 2001, §34, S. 549 ff.
- MOONEY COTTER ANNE-MARIE, *This Ability. An International Legal Analysis of Disability Discrimination*, Aldershot/Burlington 2007.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, 3. Auflage, Bern 1999.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda*, in: Müller Jörg Paul/Murer Erwin/Reinhard Hans Jürgen (Hrsg.), *Eingliederung vor Rente – Eingliederung in die Sackgasse? Neue Lösungsansätze für ein altes Problem. Mit nationalen und internationalen Gesetzestexten und Urteilen zum Behindertenrecht*, Bern 1998, S. 1 ff.
- MURER ERWIN, *Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel Suisse*, Zürich 2001, §62, S. 967 ff.
- NAGUIB TAREK, *Bedeutung der UNO-Behindertenkonvention für die Behindertengleichstellung in der Schweiz*, agile 1/08, www.agile.ch.
- PÄRLI KURT/LICHTENAUER ANNETTE/CAPLAZI ALEXANDRA, *Literaturanalyse, Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB)*, 2007, Download auf <http://www.agile.ch/t3/agile/index.php>.
- PREVITALI ADRIANO, *Handicap e diritto*, Fribourg 1998.
- PULVER BERHARD, *L'interdiction de la discrimination. Etude de l'article 8 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*.

- RIEDER ANDREAS, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2003.
- RIEDER ANDREAS, Indirekte Diskriminierung – das Beispiel der Fahrenden, in: Kälin Walter (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR Beiheft 29, Basel etc. 1999, S. 149 ff.
- SCHMID GERHARD/SCHOTT MARKUS, Kommentare zu Art. 62, 66 und 67, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2002.
- SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005.
- SCHMAHL STEFANIE, Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, Überlegungen zur neuen UN-Behindertenkonvention, in: Archiv des Völkerrechts 45/4 (2007), S. 517 ff.
- SCHÜRER HANS UELI, Arbeit und Recht, 9. Aufl., Zürich 2007.
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 8 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2008, S. 184 ff.
- SCHWEIZERISCHE KONFERENZ DER KANTONALEN ERZIEHUNGSDIREKTOREN EDK, Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 4. Dezember 2007.
- SCHWEIZERISCHE KONFERENZ DER KANTONALEN ERZIEHUNGSDIREKTOREN/EIDG. DEPARTEMENT DES INNERN, Schweizerischer Beitrag für die Datenbank „Eurybase – the Data Base on Education Systems in Europe“, Stand 5. November 2007, Download auf http://www.edk.ch/dyn/bin/12961-13429-1-eurydice_00d.pdf.
- STEIN MICHAEL ASHLEY, Disability Human Rights, California Law Review 95 (2007), S. 75 ff.
- UEBERSAX PETER, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, 3 ff.
- UNICEF, Promoting the Rights of Children With Disabilities, Innoventi Digest No. 13 (2007), Download auf www.unicef.org.
- UNITED NATIONS/INTER-PARLIAMENTARY UNION (EDS.), From Exclusion to Equality, Handbook for Parliamentarians No 14 (2007), Geneva 2007. <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf>.
- 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-DÜRLER BEATRICE, Rechtsgleichheit, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel Suisse, Zürich 2001, § 41, S. 657 ff.

WEISS NORMAN, Die neue UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – weitere Präzisierung des Menschenrechtsschutzes, MenschenRechtsMagazin 3 (2006) S. 293 ff.

WELTI FELIX, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005.

WYSS MARTIN PHILIPP, Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz?, in: Kälin Walter (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR Beiheft 29, Basel etc. 1999, S. 115 ff.

Materialien

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBI 2002 2291ff. (zit. Botschaft NFA)

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7.9.2005, BBI 2005 6029ff. (zit. Botschaft Ausführungsgesetzgebung NFA)

Botschaft über ein neues Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 6.9.2000, BBI 2000, 5686ff. (zit. Botschaft Berufsbildungsgesetz)

Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBI 2001 1715 (zit. Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz)

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I S. 229f.

Botschaft des Bundesrates zum Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung vom 2.3.1992, BBI 1992 III 269ff.

Botschaft zur Änderung des Fachhochschulgesetzes vom 5. Dezember 2003, BBI 2004 145ff. (zit. Botschaft Fachhochschulgesetz)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision) vom 22. Juni 2005, BBI 2005 4459 ff. (zit. Botschaft 5. Revision Invalidenversicherung)

Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Dezember 2003

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee, 27 January 2004, UN Doc A/AC.265/2004/WG.1. (zit. Report of the Working Group)

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwgreport.htm>.

Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its sixth session, 17 August 2005, UN Doc A/60/266. (zit. Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session)

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6reporte.htm>.

Letter dated 7 October 2005 from the Chairman to all members of the Committee, 14 October 2005, UN Doc A/Ac.265/2006/1. (zit. Letter from the Chairman, Ziff.)

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm>.

Abkürzungen

| | |
|--------|--|
| A.a.O. | am angegebenen Ort |
| Anm. | Anmerkung |
| ArG | Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11) |
| ArGV 3 | Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, SR 822.113) |
| Art. | Artikel |
| ATSG | Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1) |
| AVAM | Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktstatistik |
| AVIG | Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, SR 837) |
| AVIV | Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, SR 837.02) |
| BBG | Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10) |
| BBI | Bundesblatt |
| BBV | Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, SR 412.101) |
| BehiK | Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. September 2006 |

| | |
|--------|--|
| BehiG | Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, SR 151.3) |
| BehiV | Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, SR 151.31) |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| Doc. | Document |
| DR | Decisions and Reports |
| ECOSOC | Economic and Social Council |
| EDI | Eidg. Departement des Innern |
| EDK | Kantonale Erziehungsdirektorenkonferenz |
| EFoK | Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106) |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EJIL | European Journal of International Law |
| ELG | Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30) |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101) |
| ESC | Europäische Sozialcharta |
| FDK | Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Frauendiskriminierungskonvention; SR 0.108) |
| FFEG | Gesetz über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und andere Massnahmen der persönlichen Fürsorge vom 22. November 1989 (BSG 213.316; BE) |
| FHSG | Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz, SR 414.71) |
| FoK | Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Folterkonvention; SR 0.105) |
| FP | Fakultativprotokoll |
| GFK | Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30) |
| HRQ | Human Rights Quarterly |
| IFEG | Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (SR 831.26) |
| ILO | International Labour Organization |
| IPEC | International Programme on the Elimination of Child Labour |
| IVG | Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20) |

| | |
|---------------|---|
| IVV | Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201) |
| KRA | (UNO-)Kinderrechtsausschuss |
| KRK | Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; SR 0.107) |
| KSZE | Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa |
| MRA | (UNO-)Menschenrechtsausschuss |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| NFA | Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen |
| NQHR | Netherlands Quarterly of Human Rights |
| OAS | Organization of American States |
| OR | Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220) |
| RDK | Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungskonvention; SR 0.104) |
| Res. | Resolution |
| RTDH | Revue trimestrielle des droits de l'homme |
| RTVG | Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40) |
| RTVV | Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (SR 784.401) |
| SRG | Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft |
| SZIER | Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht |
| UN | United Nations |
| UNHCR | United Nations High Commissioner for Refugees |
| UNO | United Nations Organization |
| VRK | Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (SR 0.111) |
| WAK | Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen |
| WSK-Ausschuss | (UNO-)Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte |
| WSK-Rechte | Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte |
| W3C | World Wide Web Consortium (www.w3.org) |

EINLEITUNG: AUFTRAG UND VORGEHEN

I. Auftrag

Mit Vertrag vom 12. Dezember 2007 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das Eidgenössische Departement des Innern, Generalsekretariat C-EDI, als Auftraggeber und der Universität Bern, Departement für öffentliches Recht, vertreten durch Prof. Dr. Walter Kälin, als Auftragnehmer wurde der Auftragnehmer mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (nachfolgend: die Konvention / BehiK) beauftragt. In diesem Gutachten sollen folgende Fragen beantwortet werden:

1. Übersicht über den Inhalt der Konvention und die allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten. Aufzeigen der direkt anspruchsbegründenden und der programmatischen Bestimmungen.
2. Verhältnis der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu den bestehenden, insbesondere den von der Schweiz ratifizierten UN-Menschenrechtsinstrumenten, unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Rechte, und zu den einschlägigen Garantien der Bundesverfassung.
3. Auslegung der wiederkehrenden Formulierung „sur la base de l'égalité avec les autres“.
4. Darstellung der Grundzüge der Tragweite folgender ausgewählter Bestimmungen der Konvention im Hinblick auf mögliche Konflikte mit der schweizerischen Rechtsordnung: Artikel 19 (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft); Artikel 27 (Arbeit und Beschäftigung); Artikel 24 (Bildung); Artikel 30 Abs. 1 lit. b (Zugang zu Fernsehsendungen und kulturellen Veranstaltungen).
5. Anforderungen an die innerstaatliche Durchführung und Überwachung der Konvention (Artikel 33), insbesondere an das Zusammenspiel Bund – Kantone.
6. Anforderungen aufgrund der Pflicht zur Berichterstattung/Zusammenarbeit mit dem Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Artikel 34 ff.), insbesondere Synergien aus der Berichterstattung für andere UN-Menschenrechtskonventionen.

II. Vorgehen

Zur Beantwortung der Fragen gehen wir wie folgt vor:

Ein *allgemeiner Teil* klärt eingangs die Leitlinien der Konvention (lit. A), bevor in Beantwortung von Fragen 1 und 2 ausführlich auf den Charakter der Verpflichtungen der aus der Behindertenkonvention fliessenden Verpflichtungen eingegangen und übersichtsartig das Verhältnis dieser Verpflichtungen mit denjenigen anderer Menschenrechtsverträgen und mit den Vorgaben der Verfassung illustriert wird (lit. B). Wie die wiederkehrende Formulierung „sur la base de l'égalité avec les autres“ zu verstehen ist und wie ihr Verhältnis zum Diskriminierungsbegriff in der Bundesverfassung und zur „Chancengleichheit“ zu beurteilen ist (Frage 3), wird im abschliessenden Abschnitt (lit. C) des allgemeinen Teils geklärt.

Im *besonderen Teil* werden die materielle Reichweite ausgewählter Garantien der Behindertenkonvention dargestellt und allfällige bestehende Kollisionen mit dem schweizerischen Landesrecht ausgelotet (Frage 4). Diese Darstellung umfasst das Recht auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft nach Art. 19 BehiK (lit. A), das in Art. 24 BehiK verankerte Recht auf Bildung (lit. B), das Recht auf Arbeit und Beschäftigung gemäss Art. 27 BehiK (lit. C) und durch Art. 30 BehiK garantierte Recht auf Zugang zu Fernsehsendungen und kulturellen Veranstaltung.

Im abschliessenden *Teil Durchsetzung* werden die Anforderungen an die innerstaatliche Umsetzung und Überwachung der Behindertenkonvention (lit. A) (Frage 5) und schliesslich die Anforderungen auf Grund der Berichterstattung an den Ausschuss von Menschen mit Behinderungen geklärt (lit. B) (Frage 6).

1. KAPITEL: ALLGEMEINES

A. LEITLINIEN DER KONVENTION

I. *Begriff der Behinderung*

Die Konvention¹ definiert Behinderungen als „langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen“, welche die Menschen „in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1). Sie verknüpft somit individuelle Eigenschaften bzw. Gesundheitsbeeinträchtigungen² (impairment) mit äusseren sozialen Faktoren (disability und handicap) und geht in Anlehnung an die Definition der ICF Klassifizierung³ der WHO von drei Bereichen aus, in welchen sich Behinderung und Beeinträchtigungen zeigen können: Körperfunktionen, Aktivität und Partizipation. Die Autonomie des Individuums und die soziale Inklusion gehören nach dem Konzept der Konvention zusammen⁴. Während Integration mehr auf die individuelle Beteiligung innerhalb bestehender Strukturen ausgerichtet ist, bedeutet Inklusion die Ausgestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Strukturen in einer Weise, welche den Bedürfnissen der Gesamtheit der Bevölkerung in ihrer Vielfalt und damit auch jenen von Menschen mit Behinderungen besser gerecht wird.⁵ Daraus folgt, dass die Konvention nicht von Paradigmen wie Defizit und Kompensation geprägt ist, sondern von einem *Diversity-Ansatz*: Art. 3 verpflichtet zur Anerkennung von Behinderung als Bestandteil menschlicher Vielfalt⁶. Nicht der einzelne Mensch mit einer Behinderung ist „defizitär“, sondern das ausgrenzende soziale Umfeld

¹ Die Konvention ist mit der Ratifikation durch den zwanzigsten Staat am 3. Mai 2008 in Kraft getreten. Im Folgenden wird von der zwischen Deutschland, Lichtenstein, Österreich und der Schweiz abgestimmten Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes der Vereinten Nationen (<http://www.un.org/Depts/german/gv-61/band1/ar61106.pdf>) bzw. vom englischen (<http://www2.ohchr.org/english/law/disabilities-convention.htm>) und französischen (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcfinalrepf.htm>) Konventionstext ausgegangen. Die deutsche Übersetzung ist teilweise problematisch (Aichele, S. 11 ff., der kritisiert, dass „inclusion“ mit „Integration“ statt „Inklusion“, und „live independently“ mit „unabhängig leben“ statt „selbstbestimmt leben“ übersetzt worden ist.

² Die Konvention setzt keine „Mindestgrenze“ hinsichtlich des Schweregrades einer Beeinträchtigung; dies wird kritisiert von Schmah, S. 535.

³ World Health Organization, International Classification of Functioning, Disability and Health [22.5. 2001, res. WHA 54.21, <http://www.who.int/classifications/icf/en/>.

⁴ So auch schon das Weltaktionsprogramm für Behinderte von 1982 und die UN Rahmenbedingungen über die Herstellung von Chancengleichheit für Behinderte von 1993.

⁵ Aichele, S.12.

⁶ Beispielsweise die Gebärdensprache nicht als Notbehelf zu betrachten, sondern als „Kulturerrungenschaften“, die „gesellschaftliche Wertschätzung und staatliche Förderung verdienen“, Bielefeldt, S. 8.

(vgl. Präambel⁷). Gemeint ist in einem engeren Sinn die Anerkennung der Würde behinderter Menschen, in einem weiteren Sinn die Anerkennung der Art der Lebensgestaltung, die die Behinderung mit sich bringt⁸.

Über die völkerrechtskonforme Auslegung wird diese Definition auch die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV (Schutzbereich, Kriterium der Behinderung) beeinflussen.

II. *Guiding Principles der Konvention*

Der Konventionstext ist im Licht der acht Guiding Principles auszulegen:

- Respekt für die Würde, Autonomie, Wahlfreiheit und die Unabhängigkeit der Menschen;
- Nichtdiskriminierung;
- Partizipation;
- Respekt und Akzeptanz für Menschen mit Behinderungen als Teil der menschlichen Vielfalt;
- Chancengleichheit;
- Zugänglichkeit;
- Geschlechtergleichstellung;
- Respekt für die sich entwickelnden Fähigkeiten des Kindes (evolving capacities) und das Recht des Kindes auf Achtung und Erhalt seiner Identität.

Die Konvention enthält Abwehrrechte (wie z.B. das Recht auf Leben oder die Meinungsäusserungsfreiheit, duty to respect), Schutzpflichten (z.B. Art. 16, duty to protect) und positive Leistungspflichten des Staates (duty to fulfill). Damit „übersetzt“ sie die Garantien der anderen internationalen Menschenrechtsabkommen im Hinblick auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen. Sie unterscheidet sich weniger durch die Art der in ihr verankerten Rechte von anderen Menschenrechtsübereinkommen als vielmehr durch die spezifische Perspektive⁹ und den holistischen Ansatz¹⁰.

Viele Bestimmungen sind generalklauselhaft offen formuliert. Die Konvention überlässt die Konkretisierung den einzelnen Vertragsstaaten, die in Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft entsprechend den lokalen Bedürfnissen, Prioritäten und Leistungsmöglichkeiten Standards entwickeln und definieren sollen¹¹. Die meisten Bestimmungen sind programmatischer Natur. Dies gilt für Artikel mit Formulierungen wie „alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Massnahmen“ und ähnliche Wendungen.

⁷ Die Unterscheidung in *impairment* (gesundheitliche Beeinträchtigung) und *disability* (Behinderung durch die sozialen Umstände) erinnert an das Begriffspaar *sex* (biologisches Geschlecht) und *gender* (soziale Konstruktion von Geschlecht durch Zuschreibungen aller Art, vgl. Bielefeldt, S. 9).

⁸ Bielefeldt, S. 5 und 7; Weiss, S. 295; Schmahl, S. 526 f.; Melish, S. 2; Von Bernstorff, S. 1046 .

⁹ La Hogue, S. 3; Bielefeldt, S. 13; Weiss, S. 299 f.

¹⁰ Stein, S. 120. „A disability human rights framework prioritizes potential over function (...)“.

¹¹ Siehe Melish, S. 4 f., die diesen Aspekt als eine der Stärken der Konvention umschreibt.

Die Behindertenorganisationen sehen folglich den Hauptgewinn einer Ratifizierung der Konvention durch die Schweiz weniger in der unmittelbaren Verstärkung des Diskriminierungsrechts (z.B im Bereich des Rechtsschutzes gegen Diskriminierung), sondern in den pragmatischen Schichten als normative Bezugspunkte für die Auslegung des innerstaatlichen Rechts, die Beseitigung struktureller Hindernisse und den Ausbau der bisherigen Gleichstellungsnormen¹².

Das Zusatzprotokoll zur Konvention sieht ein Individualbeschwerdeverfahren vor, wobei nicht nur eine Verletzung der bürgerlichen und politischen Rechte, sondern aller Garantien der Konvention gerügt werden kann. Welche Auswirkung dies auf die Frage der Justiziabilität der aus schweizerischer Sicht programmatischen Bestimmungen haben wird, muss sich zeigen¹³.

B. VERPFLICHTUNGEN DER BEHINDERTENKONVENTION

I. Fragestellung

In diesem Teil soll der Charakter der aus der BehiK fließenden allgemeinen Verpflichtungen der Staaten geklärt werden (Ziff. II-V). Namentlich ist zu eruieren, welche Gehalte dieses Abkommens unmittelbar zu erfüllende und welche progressive Verpflichtungen begründen. Eng verknüpft mit dieser Thematik sind die ebenfalls hier zu beantwortenden Fragen, ob diese Rechte rein programmatischer Natur sind oder ob sie subjektive Ansprüche begründen und ob die Garantien der BehiK auf landesrechtlicher Ebene direkt anwendbar sind. Schliesslich wird an dieser Stelle das Verhältnis namentlich zwischen den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten dieses Vertrages und den Verpflichtungen des UNO-Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ziff. VI) und den Sozialzielen der Bundesverfassung (Ziff. VII) übersichtsartig analysiert.

¹² Dachorganisationenkonferenz der privaten Behindertenhilfe und –selbsthilfe/Gleichstellungsrat Egalite Handicap/Fachstelle Egalite Handicap, Unterzeichnung und Ratifizierung der UNO Behindertenkonvention und des Zusatzprotokolls, Argumentarium, <http://www.egalite-handicap.ch/deutsch/download/2007/UNO/Konvention/Argumentarium%20UNO.pdf>, S. 4 f.

¹³ La Hougue, S. 7, lässt die Frage offen.

II. Verpflichtungen der Vertragsstaaten

1. Die allgemeine Verpflichtungsklausel von Art. 4 Behindertenkonvention – Eine Übersicht

Die Verpflichtungen der Vertragsparteien eines menschenrechtlichen Vertrages erschliessen sich primär aus den regelmässig zu Beginn eines Vertrages angesiedelten Verpflichtungsklauseln und sekundär durch die Umschreibung der einschlägigen materiellen Garantie. Die BehiK enthält in ihrem Art. 4 eine besonders ausführliche allgemeine Verpflichtungsklausel, die für das Verständnis der Verpflichtungen der Vertragsparteien dieses Vertrages von zentraler Bedeutung ist.

Art. 4 BehiK besteht aus folgenden sechs Teilen:

1. Der sog. „Chapeau“ in Absatz 1 definiert in allgemeiner Weise die aus den materiellen Verpflichtungen dieses Vertrags fließenden Verpflichtungen der Staaten zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen (siehe dazu anschliessend Ziff. 2).
2. Diese Verpflichtungen werden im gleichen Absatz in den lit. a – i teilweise in detaillierter Form konkretisiert (vgl. dazu Ziff. III).
3. Spezifisch für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte dieses Vertrages stipuliert Abs. 2 der Verpflichtungsklausel den Grundsatz, dass ihre volle Verwirklichung nicht unmittelbar sondern progressiv und nach Massgabe der vorhandenen Ressourcen zu erfolgen hat (dazu detailliert Ziff. IV).
4. Abs. 3 von Art. 4 BehiK verpflichtet die Vertragsstaaten, Organisationen von Menschen mit Behinderungen im Rahmen der Entscheidungsfindung über Rechtsvorschriften und politische Konzepte zur Durchführung dieses Vertrages zu konsultieren und beizuziehen¹⁴.
5. Eine sog. Günstigkeitsklausel verankert Abs. 4 dieser Bestimmung. Gemäss dieser dürfen weitergehende, im Landesrecht oder in den betreffenden Staat bindendem Völkerrecht verankerte Vorgaben nicht unter dem Vorwand beschränkt werden, dass die BehiK solche Rechte nicht oder nur in geringerem Ausmass gewährleistet. Auch eine Person mit Behinderungen ist daher berechtigt, sich auf die für sie günstigste Bestimmung des nationalen oder internationalen Rechts zu berufen.
6. Schliesslich statuiert die Bundesstaatsklausel von Art. 4 Abs. 5 BehiK den auch in den meisten übrigen Menschenrechtsabkommen verankerten Grundsatz, wonach die Garantien der BehiK „für alle Teile eines Bundesstaats“ gelten. Der Rechtfertigung einer Vertragsverletzung mit dem Verweis auf föderale Kompetenzverteilungen wird damit ein Riegel geschoben.

¹⁴ Siehe dazu hinten Kap. 3 lit. A.

2. **Die menschenrechtliche Verpflichtungstrias und Art. 4 Abs. 1 BehiK**

Doktrin und Praxis anerkennen heute mehrheitlich, dass menschenrechtliche Verträge die Staaten, unabhängig davon, ob sie wirtschaftliche, soziale und kulturelle oder bürgerliche und politische Rechte verankern, gleichzeitig zu einem Unterlassen und zu aktivem Vorgehen verpflichtet. Dabei lassen sich drei Verpflichtungsarten unterscheiden¹⁵:

(1) *Unterlassungspflichten*: Alle Garantien können auf einer ersten Stufe wirksam durch staatliches Unterlassen geschützt werden. In dieser Hinsicht besteht eine Pflicht zur Achtung der Menschenrechte („duty to respect“). Auf Seiten der Berechtigten steht dieser Pflicht ein Abwehranspruch gegen den Staat gegenüber. Unterlassungspflichten aus Menschenrechten entstehen automatisch, d.h. ohne weitere Voraussetzungen, und können in diesem Sinn als negative Pflichten bezeichnet werden.

(2) *Schutzpflichten*: Auf einer zweiten Stufe werden die Staaten aus Menschenrechten positiv verpflichtet, menschenrechtlich geschützte Rechtsgüter vor Gefahren, namentlich durch Übergriffe Dritter, aber etwa auch durch Gefahren, die von der Natur oder von Menschen erstellten Anlagen ausgehen, zu schützen, wobei es in der Praxis vor allem darum geht, die entsprechenden Garantien auch im Verhältnis zwischen Privaten durchzusetzen („duty to protect“). Hier besitzen die Berechtigten einen Schutzanspruch gegenüber dem Staat, d.h. im Zentrum stehen die menschenrechtlichen Pflichten des Staates, nicht jene von Dritten. Schutzpflichten entstehen nur, soweit der Staat von der Beeinträchtigung weiss oder bei genügender Sorgfalt wissen könne und faktisch und rechtlich die Möglichkeit hat, sie zu verhindern.

(3) *Gewährleistungspflichten*: Auf einer dritten Stufe haben Staaten die Menschenrechte zu gewährleisten, d.h. sicherzustellen, dass sie für die Berechtigten in möglichst umfassender Weise zur Realität werden. Dies bedarf unter Umständen umfassender gesetzgeberischer oder administrativer Massnahmen, um die rechtlichen, institutionellen und verfahrensmässigen Voraussetzungen für die volle Realisierung des Rechts sicherstellen zu können („duty to ensure“).

Art. 4 Abs. 1 BehiK reflektiert diese Verpflichtungsschichten zumindest auf den ersten Blick nur undeutlich, wenn er festhält:

“Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung auf Grund von Behinderung zu *gewährleisten* und zu *fördern*.”¹⁶

Im Unterschied zu den Verpflichtungsklauseln der meisten anderen Konventionen, die regelmässig auch eine Verpflichtung zur „Achtung“ stipulieren, scheint sich damit Art. 4 Abs. 1 BehiK auf die aktive Verpflichtungsdimension und

¹⁵ Siehe dazu mit weiteren Hinweisen Kälin/Künzli, S. 100 ff.

¹⁶ Hervorhebung durch die VerfasserInnen. Im englischen Originaltext „to ensure and promote the full realization of human rights and fundamental freedoms“.

durch die Verwendung des Ausdrucks „volle Verwirklichung“ konkret auf Gewährleistungsverpflichtungen zu fokussieren.

Es wäre aber voreilig, gestützt auf diesen Wortlaut zu folgern, die übliche menschenrechtliche Verpflichtungstrias gelte im Bereich der BehiK nicht:

Dass alle Garantien dieses Vertrages auch ein Unterlassen verlangen zeigt nämlich bereits Art. 4 Abs. 1 lit. d, wenn er in etwas umständlicher Formulierung festhält, Staaten seien zur Verwirklichung der Menschenrechte der BehiK verpflichtet, „Handlungen oder Praktiken, die mit diesem Übereinkommen unvereinbar sind, zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass die staatlichen Behörden und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit diesem Übereinkommen handeln“. Zudem zeigt ein Blick auf gewisse materielle Garantien des Abkommens, wie etwa das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 15) oder das Recht auf Achtung der Privatsphäre (Art. 22) in erster Linie ein staatliches Unterlassen verlangen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass dieser Vertrag durch die gewählte Formulierung zahlreicher Freiheitsrechte die Überzeugung spiegelt, dass auch viele Menschen mit Behinderungen absolut fähig sind, ihre Lebensführung basierend auf einer selbständigen Entscheidung zu bestimmen und daher vor ungerechtfertigten „paternalistischen“ Eingriffen des Staates zu schützen sind¹⁷. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die BehiK als Abkommen, das auf dem bestehenden universellen menschenrechtlichen Kodex aufbaut, weitgehend darauf verzichten konnte, diese unbestrittene Dimension, welche zudem gegenüber Menschen mit Behinderungen kaum spezifische Ausprägungen erfordert, gesondert zu kodifizieren. Aus diesen Gründen ergibt sich klar, dass auch diese Dimension („duty to respect“) menschenrechtlicher Verpflichtungen als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt werden kann.

Dem Wortlaut der allgemeinen Verpflichtungsklausel fehlt auch ein expliziter Hinweis auf Schutzpflichten. Die BehiK verankert aber an zahlreichen Stellen Schutzverpflichtungen. In diesem Sinn hält etwa bereits lit. e von Art. 4 Abs. 1 die Vertragsstaaten zur Ergreifung aller geeigneter „Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung auf Grund von Behinderungen durch Personen, Organisationen oder private Unternehmungen“ an. Art. 9 lit. b verpflichtet die Vertragsparteien sicherzustellen, „dass private Rechtsträger, die Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, anbieten, alle Aspekte der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen berücksichtigen“. Schliesslich verankern aus offenkundigen Gründen etwa Garantien wie die Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch (Art. 16) ganz überwiegend staatliche Schutzpflichten.

Somit kann davon ausgegangen werden, dass die BehiK Unterlassungs-, Schutz und Gewährleistungsverpflichtungen beinhaltet¹⁸.

¹⁷ So auch Aart Hendricks, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *European Journal of Health Law* 2007, S. 278.

¹⁸ So auch UN/OHCHR/Inter-Parliamentary Union (eds.), *From Exclusion to Equality, Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, S. 20 f.

3. *Die spezifischen Verpflichtungsvorgaben von Art. 4 Abs. 1 BehiK*

Die allgemeine Umschreibung der Verpflichtungen im Chapeau des Art. 4 Abs. 1 BehiK erfährt in den lit. a – i folgende Präzisierungen:

- Lit. a verdeutlicht, dass zur Umsetzung der Gewährleistungs- und Schutzpflichten sowohl der Gesetzgeber wie auch die Exekutive angesprochen sind, wenn er festhält, zur Umsetzung der in diesem Abkommen anerkannten Rechte seien „alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen (...) zu treffen“. Gestützt auf eine ähnliche Wendung in Art. 2 Abs. 1 Pakt I vertritt das Überwachungsorgan des Sozialpakts die Meinung, mit der Verwendung des Begriffs „sonstige Massnahmen“ sei auch die Judikative angesprochen, zur Umsetzung materieller Garantien beizutragen, soweit die Verpflichtungsstruktur eines Rechts dies erlaube¹⁹. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Einschätzung nicht auch im Rahmen der BehiK Geltung haben sollte.
- Lit. b illustriert, dass dieser Vertrag seine Parteien nicht nur anhält, zusätzliche Massnahmen zur Vermeidung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen anzuordnen, sondern dass sie auch verpflichtet werden, „alle geeigneten Massnahmen einschliesslich gesetzgeberischer Massnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen“.
- Lit. c schärft den Blick für die Tatsache, dass die Förderung von Menschenrechten von Personen mit Behinderungen nicht nur im Bereich einer „Behindertenpolitik“ in einem eng verstandenen Sinn geschehen darf, sondern dass die Implementierung der Vorgaben dieses Vertrages eine eigentliche staatliche Querschnittsaufgabe darstellt. Wenn er in diesem Sinn die Vertragsstaaten anhält, diese Aufgabe „in allen politischen Konzepten und allen Programmen zu berücksichtigen“, verlangt er, dass quasi als Reflex alle Gesetzgebungsvorhaben, aber auch andere staatliche Aktivitäten auf ihre Konformität mit den Vorgaben der BehiK hin zu überprüfen sind („mainstreaming“).
- Lit. d umschreibt das Unterlassen als eine geeignete Massnahme zur Verwirklichung der materiellen Garantien der BehiK, während der folgende lit. e Schutzpflichten im Bereich des Diskriminierungsverbots verankert.

Bei den in den lit. f – i verankerten Grundsätzen handelt es sich im Unterschied zu lit. a – d nicht um eigentliche Verpflichtungsvorgaben, die auf alle materiellen Garantien der BehiK anwendbar sind. Vielmehr verankern sie eigenständige Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die keine Individualrechte begründen und daher nicht als selbständige Garantien verankert werden konnten. Im Einzelnen verpflichten sich Staaten mit der Ratifizierung dieses Vertrages die Forschung

¹⁹ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (1990), Ziff. 5. Siehe zu dieser Thematik auch hinten, Ziff. III und IV.

und Entwicklung für Güter, Dienstleistungen, Geräte und Einrichtungen (lit. f²⁰) oder Technologien (lit. g²¹), die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen dienen, zu fördern, Menschen mit Behinderungen Informationen über „Mobilitätshilfen, Geräte und unterstützende Technologien, einschliesslich neuer Technologien, sowie andere Formen von Hilfe, Unterstützungsdiensten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen“ (lit. h) und schliesslich die Ausbildung von Expertinnen und Experten im Bereich des Umgangs mit Menschen mit Behinderungen zu fördern (lit. i²²).

Im Folgenden muss zur genaueren Analyse der Verpflichtungen der Vertragsparteien der Behindertenkonvention und insbesondere zur Klärung der Frage, ob diese Verpflichtungen unmittelbar oder in progressiver Weise umzusetzen sind, zwischen bürgerlichen und politischen Menschenrechten einerseits und sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten andererseits unterschieden werden. Obwohl diese Differenzierung dem in internationalen Verlautbarungen regelmässig anerkannten Grundsatz der Unteilbarkeit der Menschenrechte²³ und der von der Doktrin zunehmend anerkannten Tatsache widerspricht, dass sich diese beiden Menschenrechtskategorien nicht grundsätzlich sondern nur graduell unterscheiden, ist sie für die BehiK durch Art. 4 Abs. 2 BehiK vorgegeben. Diese nach dem Vorbild von Art. 4 Satz 2 KRK verfasste Bestimmung hält nämlich fest:

„Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“.

Damit schafft die BehiK bewusst unterschiedliche Verpflichtungsarten für diese beiden Menschenrechtskategorien. Dies zwingt dazu, alle materiellen Garantien dieses Abkommens einer der beiden Menschenrechtskategorien zuzuordnen. Während diese Unterteilung für die meisten Rechte der BehiK kaum Probleme schafft, bietet sie bei einzelnen Garantien Schwierigkeiten. So erscheint etwa unklar, ob das in Art. 9 unter der Marginalie „Zugänglichkeit“ verankerte Recht eine spezifische, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen ange-

²⁰ Art. 4 Abs. 1 lit. f: Die Vertragsstaaten verpflichten sich, „Forschung und Entwicklung für Güter, Dienstleistungen, Geräte und Einrichtungen in universellem Design, wie in Artikel 2 definiert, die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen mit möglichst geringem Anpassungs- und Kostenaufwand gerecht werden, zu betreiben oder zu fördern, ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und sich bei der Entwicklung von Normen und Richtlinien für universelles Design einzusetzen“.

²¹ Art. 4 Abs. 1 lit. g: Die Vertragsstaaten verpflichten sich, „Forschung und Entwicklung für neue Technologien, die für Menschen mit Behinderungen geeignet sind, einschliesslich Informations- und Kommunikationstechnologien, Mobilitätshilfen, Geräten und unterstützenden Technologien, zu betreiben oder zu fördern sowie ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und dabei Technologien zu erschwinglichen Kosten den Vorrang zu geben“.

²² Nach Art. 4 Abs. 1 lit. i sind die Vertragsparteien verpflichtet, „die Schulung von Fachkräften und anderem mit Menschen mit Behinderungen arbeitendem Personal auf dem Gebiet der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte zu fördern, damit die auf Grund dieser Rechte garantierten Hilfen und Dienste besser geleistet werden können“.

²³ Siehe Report of the Working Group, Annex I, Art. 4, Anm. 19 und Ad Hoc Committee, Fourth Session (UN Doc. A/59/360), Annex IV, Report of the Coordinator, Ziff. 7.

passte Ausprägung der Bewegungsfreiheit darstellt und damit als klassisches bürgerliches Recht einzustufen ist²⁴ oder ob es sich infolge seines klaren Verpflichtungsschwerpunkts im Leistungsbereich um ein soziales Menschenrecht handelt. Ähnliche Unklarheiten bestehen etwa bezüglich des in Art. 11 verankerten Rechts auf Schutz in Gefahrensituationen und während humanitärer Notlagen sowie des Rechts auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft (Art. 19) und auf persönliche Mobilität (Art. 20).

Die Auswirkungen dieser Unterscheidung sollen in den beiden nachfolgenden Ziff. III und IV analysiert werden.

III. Insbesondere zu den aus bürgerlichen und politischen Rechten fließenden Verpflichtungen

1. Unmittelbar und progressiv zu erfüllende Verpflichtungen

Nach dem oben zitierten Art. 4 Abs. 2 BehiK ist „hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte“ die volle Verwirklichung unter Einsatz der dafür erforderlichen Massnahmen „nach und nach“, d.h. progressiv zu erreichen. Lässt sich aus dieser Wendung der gegenteilige Schluss ableiten, dass bürgerliche und politische Rechte integral, d.h. *auch im Bereich ihrer Gewährleistungsaspekte*, unmittelbar umzusetzen sind? Eine grammatikalische Auslegung dieser Bestimmung legt tatsächlich diesen Schluss nahe. Die erheblichen praktischen Konsequenzen einer derartigen Einstufung – etwa im Bereich des Rechts auf Leben oder des Rechts auf Zugänglichkeit – mahnen allerdings zur Vorsicht; weshalb auch auf die im Völkerrecht nur subsidiär zur Anwendung gelangende historische Auslegung abzustützen ist²⁵. Ein Blick in die Materialien der BehiK ergibt ein zwiespältiges Bild: Die Arbeitsgruppe, welche einen Entwurf dieses Vertrags ausarbeitete, führte aus, das Konzept der progressiven Verwirklichung fände gemäss internationalem Recht einzig bei wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten Anwendung, ohne aber zu präzisieren, welche Verpflichtungsdimension dieser Rechte eine solche Verpflichtung nach sich ziehe. Gestützt auf diese – u.E. wenig sachgerechte Erwägung – wurde beschlossen, den Grundsatz der progressiven Realisierung einzig mit wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zu verknüpfen²⁶. Die Internationale Ar-

²⁴ Diese Haltung entspräche dem Inklusions-Modell, welches der BehiK zu Grund liegt.

²⁵ Dieses Vorgehen lässt sich auch mit der erst wenige Jahre zurückliegenden Kodifikation der BehiK rechtfertigen.

²⁶ Report of the Working Group, Annex I, Art. 4, Anm 19: „The issue of progressive realisation of economic, social and cultural rights was raised by several delegations during the Working Group's discussion. The Working Group noted that, consistent with existing international human rights law, the concept would apply to some of the rights in the Convention (the economic, social and cultural rights), but not to others (the civil and political rights)“. So auch Ad Hoc Committee, Third Session (UN Doc. A/AC 265/2004/5, Annex II, Compilation of proposed revisions and amendments made by the members of the Ad Hoc Committee to the draft text presented by the Working Group as a basis for negotiations by Member States and Observers in the Ad Hoc Committee, Anm. 8.

beitsorganisation führte in einer Eingabe aus, gewisse Staaten würden insbesondere bei einer Verpflichtung zur unmittelbaren Umsetzung „gewisser Rechte der Konvention“ mit grossen Problemen konfrontiert werden. Aus diesen Gründen schien im Ad-hoc-Ausschuss unbestritten, dass der Grundsatz der progressiven Implementation der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in den Text der BehiK aufgenommen werden sollte. Zu den Konsequenzen dieser Beschränkung auf diese eine Kategorie der Menschenrechte äussern sich die Materialien hingegen nicht. Daraus muss wohl geschlossen werden, dass die Verfasserinnen und Verfasser dieser Konvention nicht beabsichtigten, den Staaten Verpflichtungen zu einer unmittelbaren Umsetzung auch der Gewährleistungspflichten der bürgerlichen und politischen Rechte aufzubürden²⁷. Mit anderen Worten sind einzig die Unterlassungs- und Schutzpflichten aus bürgerlichen und politischen Rechten unmittelbar verpflichtend, während bei den Gewährleistungspflichten zwischen justiziablen und programmatischen Aspekten zu differenzieren ist. Dabei gelten die gleichen Kriterien wie für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte; sie werden weiter hinten behandelt²⁸.

Zusammengefasst ergeben sich damit trotz des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 BehiK keine prinzipiellen Unterschiede in der Verpflichtungsstruktur von bürgerlichen und politischen und von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, weshalb die gemäss Wortlaut notwendige Einstufung der materiellen Garantien dieses Vertrages in eine dieser Kategorien wesentlich an Schärfe verliert.

2. *Direkt anspruchsbegründende und programmatische Gehalte*

Eng verknüpft aber nicht identisch mit der Frage nach der unmittelbaren oder progressiven Verpflichtung präsentiert sich diejenige, ob eine Menschenrechtsgarantie und ihre Teilgehälter den begünstigten Individuen eigentliche Rechte zusprechen oder ob einzig der Staat verpflichtet wird, ohne dass dem Individuum spiegelbildlich ein Recht eingeräumt wird. Während progressiv zu erfüllende Teilgehälter der Menschenrechte regelmässig keine subjektiven Rechte des Individuums begründen, sondern primär den Gesetzgeber, aber auch die Exekutive ansprechen, begründen die unmittelbaren Verpflichtungen grundsätzlich Rechtspositionen von Einzelpersonen. Diese Regel kennt zwei Ausnahmen:

1. Gesetzgebungsaufträge sind häufig sehr vage formuliert, indem sie etwa die Ergreifung gesetzgeberischer Massnahmen zur vollen Verwirklichung eines Menschenrechts verlangen²⁹. Derartige Aufträge sind progressiver Natur. Sie können aber auch sehr präzise formuliert sein und von den Staaten ein

²⁷ Anders aber UN/OHCHR/Inter-Parliamentary Union (eds.), *From Exclusion to Equality, Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, S. 19 f: „[C]ivil and political rights are not subject to progressive realization. In other words, States must protect and promote these rights immediately“.

²⁸ Siehe hinten Ziff. IV.1.

²⁹ Siehe etwa Art. 4 Abs. 1 lit. a BehiK.

unmittelbares Aktivwerden verlangen. Auch die BehiK kennt derartig präzise gefasste Gesetzgebungsaufträge. Solche umfassen etwa die Verpflichtung, bestehende Gesetze und Verordnungen aufzuheben, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen³⁰. Trotz ihrer unmittelbaren Verpflichtungskraft richten sich Gesetzgebungsaufträge aber stets an den Gesetzgeber und verschaffen daher keine individuellen Rechtspositionen auf gesetzgeberisches Aktivwerden.

2. Selbst völkerrechtliche Verträge, die Verpflichtungen zu Gunsten von Individuen enthalten, können darauf verzichten, diesen Individuen eigentliche Rechte einzuräumen³¹. Gemäss einer heute in der Literatur kaum mehr vertretenen, aber etwa vom Bundesrat in seiner Botschaft zur Ratifikation der UNO-Pakte postulierten Ansicht begründen Verträge, die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankern, kaum individuelle Rechtspositionen³².

Im Fall der BehiK nähren zumindest auf den ersten Blick zwei Umstände den Verdacht einer fehlenden Einräumung von Rechten des Individuums: Einerseits die fehlende explizite Verpflichtung zur Achtung der Garantien der BehiK im Chapeau des Art. 4 Abs. 2 und zweitens das Fehlen einer Verpflichtung der Vertragsstaaten, einer von einer Konventionsverletzung betroffenen Personen innerstaatlich ein Beschwerderecht einzuräumen. Obwohl erste Entwürfe analog den Vorgaben des Pakts II³³ und der EMRK³⁴ ein solches Beschwerderecht³⁵ verankerten, verzichtete die Working Group auf die Aufnahme einer derartigen Klausel in die BehiK. Sie begründete dieses Vorgehen damit, dass dieser Vertrag Rechte beider UNO-Pakte verankere, und einzig der Pakt II, nicht aber der Pakt I, eine entsprechende Klausel enthalte. Daher dürfte sich die Aufnahme einer Beschwerdeklausel als schwierig erweisen³⁶.

³⁰ Art. 4 Abs. 1 lit. b BehiK. Ebenfalls zu dieser Kategorie lässt sich die Verpflichtung zur Schaffung von Rechtsvorschriften subsumieren, „dass Fälle von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch gegenüber Menschen mit Behinderungen erkannt, und untersucht und gegebenenfalls strafrechtlich verfolgt werden“.

³¹ Zu dieser Kategorie gehören typischerweise die Konventionen des humanitären Völkerrechts.

³² BBl 1991 I 1202.

³³ Art. 2 Abs. 3 lit. c Pakt II.

³⁴ Art. 13 EMRK.

³⁵ Der sog. Bangkok Draft und der Chairs Draft in Art. 5: „Each State Party to this Convention undertakes: a. To ensure that any person or class of persons whose rights or freedoms recognized in the Convention are violated shall have an effective remedy, whether the violation has been committed by persons or entities acting in an official capacity or by private persons or entities; b. To ensure that any person claiming such a remedy shall have his or her right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, including as well as the right to seek from such tribunals just and adequate reparation or satisfaction for any damage suffered as a result of such discrimination; and c. To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted“.

³⁶ Report of the Working Group, Annex I, Art. 4, Anm. 18. Anlässlich der 4. Session des Ad-hoc-Ausschusses erwies sich diese Frage noch als weitgehend ungelöst. Siehe etwa Ad Hoc Committee, Fourth Session (UN Doc. A/59/360), Annex IV, Report of the Coordinator, Ziff. 7: „There was also a substantive discussion on the possibility of including a provision on remedies either in draft article 4 or draft article 9. While there was some support expressed for this, further discussion is required before the issue can be referred to the Facilitator’s group“. In zeitlich späteren Materialien finden sich keine Hinweise mehr auf eine derartige Inkorporationspflicht.

Wohl um den Abschluss des definitiven Entwurfs nicht zu gefährden, wurde daher auf die Aufnahme einer Verpflichtung zur Bereitstellung von innerstaatlichen Beschwerdemöglichkeiten verzichtet. Trotzdem kann aus dieser Tatsache nicht auf die fehlende Einräumung subjektiver Rechte durch die BehiK geschlossen werden: Dies zeigt nicht nur die Praxis des Überwachungsorgans des Pakts I³⁷, d.h. eines Vertrages, der ebenfalls kein explizites Beschwerderecht verankert, sondern noch deutlicher die Tatsache, dass mit dem gleichzeitig mit der BehiK verabschiedeten Fakultativprotokoll (FP) ein internationales Beschwerdeverfahren geschaffen wird, welches als Beschwerdevoraussetzung die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel verlangt³⁸, und damit indirekt diejenigen Staaten, die auch das FP ratifiziert haben, anhält, innerstaatliche Beschwerdemöglichkeiten einzurichten.

Zusammenfassend gilt daher, dass mit Ausnahme von Gesetzgebungsaufträgen, diejenigen Gehalte der bürgerlichen und politischen Garantien der BehiK, welche unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen begründen, auch direkt anspruchsbegründender Natur sind.

IV. Insbesondere zu den aus wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten fließenden Verpflichtungen

1. Unmittelbar und progressiv zu erfüllende Verpflichtungen

a. Die Abgrenzung zwischen unmittelbar und progressiv zu erfüllenden Verpflichtungen durch Art. 4 Abs. 2 BehiK

Nach Art. 4 Abs. 2 sind trotz dem Grundsatz ihrer progressiven Realisation diejenigen Gehalte der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte unmittelbar zu erfüllen, „die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind“³⁹. Was beinhaltet dieser Verweis auf das Völkerrecht?

Dieser Absatz der BehiK stellt die erste Bestimmung eines menschenrechtlichen Vertrages dar, welcher in normativ verbindlicher Weise den Grundsatz festschreibt, dass auch diese Menschenrechtskategorie unmittelbar verpflichtende Gehalte begründet⁴⁰. Eine Berücksichtigung anderer völkerrechtlicher Verträge zur Klärung der Bedeutung dieses Verweises ist damit ausgeschlossen.

Gewisse Hinweise auf die Bedeutung dieser Passage lassen sich der Entstehungsgeschichte der BehiK entnehmen. Diese Wendung geht nämlich bereits

³⁷ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3 Ziff. 5, Nr. 9 Ziff. 10, Nr. 13 Ziff. 43, Nr. 15 Ziff. 17, Nr. 19 para. 40.

³⁸ Art. 2 lit. d FP/BehiK.

³⁹ Im englischen Originaltext: „that are immediately applicable according to international law“.

⁴⁰ Keine diesbezüglichen Aussagen kennen namentlich Art. 2 Abs. 1 Pakt I und Art. 4 Satz 2 KRK.

auf den sog. Chair's Draft aus dem Jahr 2003 zurück, gemäss dem im Bereich wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte

„States Parties undertake to give immediate effect to the aspects of those rights which are capable of immediate implementation (including, but not limited to obligations of non-discrimination in the enjoyment of those rights).“⁴¹

Entscheidend gemäss diesem Entwurfstext ist somit die Eignung gewisser Inhalte dieser Menschenrechtskategorie zur unmittelbaren Umsetzung. Diese Eigenschaft wird explizit aber nicht nur dem Diskriminierungsverbot zugesprochen. Der zeitlich spätere Entwurf der Working Group verzichtete im Unterschied dazu auf die Aufnahme einer spezifischen Verpflichtungsklausel für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und ging einzig in einer Fussnote von deren integral progressiven Erfüllungsstruktur aus⁴². Im Verlaufe der Verhandlungen des Ad-hoc-Ausschusses gelang es aber dank einem Vorstoss Indiens, die erwähnte Vorgabe des Chair's Draft wieder in identischer Weise in den Text aufzunehmen⁴³.

In einer Zusammenfassung der Verhandlung der vierten Session des Ad hoc Committee konnte daher festgehalten werden, es herrsche Einigkeit, dass der Grundsatz der progressiven Realisation wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte nicht für diejenigen Bereiche gelte, die sich unmittelbar umsetzen liessen⁴⁴. Trotzdem versuchten während späterer Verhandlungsrunden verschiedene Staaten hartnäckig, das Diskriminierungsverbot als einzige Ausnahme vom Grundsatz der progressiven Implementierung aufzunehmen⁴⁵ oder von einer Ausnahme vom Grundsatz der progressiven Implementierung ganz abzusehen⁴⁶.

⁴¹ Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Dezember 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

⁴² Report of the Working Group, Annex I, Art. 4, Anm. 19.

⁴³ Ad Hoc Committee, Third Session (UN Doc. A/AC 265/2004/5, Annex II, Compilation of proposed revisions and amendments made by the members of the Ad Hoc Committee to the draft text presented by the Working Group as a basis for negotiations by Member States and Observers in the Ad Hoc Committee, (updated after the completion of the first reading at the Fourth Session, 26 August 2004): „(In relation to the economic, social and cultural rights of this convention, States Parties undertake to give immediate effect to those aspects of those rights which are capable of immediate implementation (including, but not limited to, obligation of non-discrimination in the enjoyment of those rights) and in relation to other aspects of those rights, progressively the full realization of those rights by all appropriate means — India)“.

⁴⁴ Forth Session of the Ad Hoc Committee (UN Doc. A/59/360), Annex IV, Report of the Coordinator, Ziff. 7: „There was general agreement on the following points for draft article 4: (...) Draft article 4 should include the concept of progressive realization of economic, social and cultural rights, balanced by the need to implement immediately those obligations that are capable of immediate implementation. Non-discrimination is not subject to the doctrine of progressive realization“. Verschiedene Staaten oder Staatengruppen, redeten allerdings trotzdem der Verankerung einer integral progressiven Verpflichtungsstruktur der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte das Wort, indem sie den indischen Vorschlag auf die Erwähnung der progressiven Verpflichtung reduzieren wollten: so z.B. Chile, die EU oder Neuseeland. Siehe Ad Hoc Committee, Comments, proposals and amendments submitted electronically.

⁴⁵ So etwa die Afrikanische Gruppe, Kenia und eingeschränkt auch die EU.

⁴⁶ So z.B. Kanada.

Diese Versuche erwiesen sich aber letztlich als erfolglos. Ihre Ablehnung gibt aber zusätzlich Beleg dafür, dass der Grundsatz der unmittelbaren Umsetzung klarerweise das Diskriminierungsverbot umfasst, sich aber nicht auf dieses Menschenrecht beschränkt.

In den definitiven Wortlaut fand schliesslich nicht mehr das Kriterium der Eignung zur unmittelbaren Umsetzung, sondern ein Verweis auf die Vorgaben des Völkerrechts Eingang⁴⁷. Dieser Wechsel der Wortwahl bewirkt u.E. indes keine nennenswerten inhaltlichen Änderungen⁴⁸, stützen sich doch – wie gleich anschliessend zu zeigen sein wird – die Vorgaben des Völkerrechts zur unmittelbaren Umsetzung der Verpflichtungen aus wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in gleicher Weise auf die Eignung gewisser Teilgehalte für eine sofortige Anwendung ab.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 4 Abs. 2 BehiK belegt, dass das Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu staatlichen Leistungen im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte unmittelbar verpflichtet⁴⁹. Stellt der Staat Leistungen zur Verfügung, so darf er beim Zugang zu diesen Leistungen Menschen mit Behinderungen gestützt auf diese Tatsache nicht diskriminieren. Darüber hinaus kann der Verweis auf die Vorgaben des Völkerrechts angesichts der Tatsache, dass keine expliziten vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen Vorschriften zu diesem Fragenkomplex bestehen, nur dahingehend ausgelegt werden, dass zur Beantwortung der Frage nach der direkten Anwendbarkeit die Praxis der mit der Konkretisierung menschenrechtlicher Konventionsgarantien beauftragten Organe beizuziehen ist. Von besonderem Gewicht präsentiert sich dabei die diesbezügliche Praxis des Überwachungsorgans des Pakts I, des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

b. Unmittelbar zu erfüllende Teilgehalte wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte der BehiK

Welche Teilgehalte wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte sind von den Staaten darüber hinaus basierend auf den Verweis auf die Vorgaben des Völkerrechts unmittelbar umzusetzen?

Kaum umstritten erscheint dieser Grundsatz für die auch aus diesen Rechten fliessenden

- *Unterlassungspflichten.* Denn es ist nicht einsehbar, weshalb eine Verpflichtung, welche keine positive staatliche Leistung impliziert, nur nach und nach umgesetzt werden soll. In diesem Sinn ist etwa das auch aus dem Recht auf Gesundheit (Art. 20 BehiK) fliessende Verbot der Vornahmen medizinischer Eingriffe ohne Einwilligung von Menschen mit Behinderungen zweifellos unmittelbar umzusetzen.

⁴⁷ Aus den uns zugänglichen Materialien lässt sich die Begründung für diese Änderung des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 BehiK nicht erschliessen.

⁴⁸ Siehe aber zur innerstaatlichen Auswirkung dieser Änderung des Wortlauts hinten S. 36 f.

⁴⁹ Von Bernstorff, S. 1051.

- Obwohl *Schutzpflichten* regelmässige staatliche Leistungen implizieren, ist ebenso kaum umstritten, dass staatliche Massnahmen zum Schutz menschenrechtlich geschützter Positionen durch Dritte oder natürliche oder technische Gefahrenquellen unmittelbar umzusetzen sind. Schutzpflichten gelten nie absolut, und ihnen ist eine gewisse Verpflichtungsflexibilität inhärent, verletzt doch ein Staat 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. In diesem Sinn ist etwa ein Staat bei entsprechendem Wissen und bestehender Handlungsmöglichkeiten unmittelbar verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass Menschen mit Behinderungen auch in privaten Gesundheitsinstitutionen nicht diskriminiert werden.

Umstrittener präsentiert sich die Frage nach der unmittelbaren Verpflichtungsdimension eigentlicher Leistungspflichten. Infolge der den Staaten in sehr unterschiedlichem Ausmass zur Verfügung stehenden Ressourcen erscheint klar, dass diese Verpflichtungsdimension grundsätzlich progressiv, d.h. nach Massgabe der einem Staat zur Verfügung stehenden Mittel, umzusetzen ist. Trotzdem hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte auch in diesem Bereich folgende Teilgehalte der Leistungspflichten aus dem Pakt I herausgearbeitet, welche vermutungsweise unmittelbare, d.h. sofort geltende Verpflichtungen begründen⁵⁰.

Eine solche Rechtsnatur weisen folgende Bereiche der Sozialrechte auf:

1. *Minimalansprüche*: Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte anerkennt, dass die Paktgarantien einen „harten Kern“ im Sinne von Minimalansprüchen des Individuums besitzen, ohne deren Gewährleistung das betroffene Recht ausgehöhlt und seines Sinnes beraubt würde. Er hat festgestellt, dass jeder Vertragsstaat die grundlegende Minimalverpflichtung hat, mindestens die Verwirklichung des Kernbereichs jedes Rechtes zu gewährleisten. Ein Vertragsstaat, in welchem beispielsweise zahlreichen Personen das Wesentliche bezüglich Nahrung, gesundheitlicher Erstversorgung, Unterkunft oder Unterricht fehlt, ist auf den ersten Blick ein Staat, welcher die ihm auf Grund des Pakts I obliegenden Verpflichtungen vernachlässigt⁵¹. Der Ausschuss für WSK-Rechte und mittlerweile zahlreiche weitere internationale Organe⁵² gehen somit davon aus, dass eine Nichter-

⁵⁰ Siehe dazu etwa Allgemeine Bemerkung Nr. 19 Ziff. 59 - 61 des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, einen Bericht der Hochkommissarin für Menschenrechte der UNO an den Wirtschafts- und Sozialrat der UNO zum Thema des Konzepts der progressiven Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte vom 25. Juni 2007, UN Doc. E/2007/82, insb. S. 6 ff. Aus der Literatur vgl. etwa Kälin/Künzli S. 302 f. mit weiteren Hinweisen.

⁵¹ Grundlegend Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (1990), Ziff. 10. Mittlerweile gehört die Identifikation dieses „minimal core contents“ zum festen Bestandteil aller Allgemeinen Bemerkungen, die sich mit einer materiellen Garantie des Pakts I befassen (Recht auf soziale Sicherheit, Allgemeine Bemerkung Nr. 19 Ziff. 59; Recht auf Bildung, Allgemeine Bemerkung Nr. 13, Ziff. 57).

⁵² Vgl. etwa Bericht des Hochkommissariats für Menschenrechte zum Konzept der progressiven Umsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte vom 25. Februar 2007, UN Doc. E/2007/82, Ziff. 20 ff. m.w.H.

füllung dieser Bereiche eine nur schwer zu widerlegende Vermutung einer Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen eines Staates darstellt. Für Industriestaaten dürfte dieser Nachweis kaum je möglich sein. Zumindest in solchen Staaten sind Ansprüche auf Überlebenssicherung in Notlagen deshalb unmittelbar zu erfüllende Minimalansprüche: Andere Staaten können sich jedoch bei Nichterfüllung dieser Pflicht dem Vorwurf einer Verletzung entziehen, indem sie nachweisen, dass sie trotz des Einsatzes aller vorhandenen eigenen Mittel und allfälliger Unterstützung der internationalen Gemeinschaft nicht in der Lage waren, die nötigen Leistungen zu erbringen. Dabei muss es sich allerdings um eine objektive Unmöglichkeit und nicht um die fehlende Bereitschaft des Vertragsstaates handeln⁵³.

Dass diese Überlegung im Rahmen der BehiK auch für Menschen mit Behinderungen Anwendung finden müssen, illustriert nicht nur die Aufnahme der zentralen Subsistenzrechte und der Rechte auf Gesundheit und Bildung in diese Konvention, sondern auch spezifisch die Regelung von Art. 11 BehiK, welche die Staaten auffordert, in Notsituationen in einem umfassenden Sinn spezifische Massnahmen zum Schutz und zur Sicherheit von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen.

2. *Leistungsansprüche in Situationen umfassender staatlicher Kontrolle* über eine Person: Weitergehenden, unmittelbar verpflichtenden Ansprüchen unterliegen Staaten gegenüber Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selbständig befriedigen können, weil sie in staatlichem Gewahrsam sind, sich sonst wie unter mehr oder weniger vollständiger staatlicher Kontrolle befinden oder weil ihnen der Staat auf andere Weise ihre selbständige Befriedigung ihrer Subsistenzbedürfnisse verunmöglicht. Diese Personen haben Anspruch auf sozialrechtlich gebotene Leistungen, welche über das Minimum des harten Kerns hinausgehen. So haben, wie die Praxis zahlreicher menschenrechtlicher Überwachungsorgane belegt⁵⁴, z.B. Häftlinge, Patientinnen in psychiatrischer Zwangsbehandlung oder Soldaten einen unmittelbar geltenden Anspruch auf genügende Nahrung, Unterbringung, Bekleidung und medizinische Versorgung. Das Ausmass staatlicher Leistungspflichten in derartigen Situationen bemisst sich dabei gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität nach dem Grad der Unmöglichkeit einer Person, selbständig für ihren Unterhalt und die Befriedigung ihrer Grundbedürfnisse zu sorgen.

Diese Schlussfolgerungen müssen in vollem Umfang auch für Menschen mit Behinderungen gelten, die etwa infolge einer staatlichen Entscheidung in einer Institution für Menschen mit Behinderungen leben oder die unter Vormundschaft stehen.

⁵³ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (1999), Ziff. 17.

⁵⁴ EGMR, *Tais v. France*, 39922/03 (2006), Ziff. 93 ff.; EGMR, *Anguelova v. Bulgaria*, Reports 2002-IV, Ziff. 123 ff.; MRA, *Lantsova v. Russia*, 763/1997 (1992), Ziff. 9.2; IAGMR, *Ximenes-Lopes v. Brazil*, C/149, Ziff. 121 ff.

Nicht beantwortet ist hingegen bis heute die gerade für Menschen mit Behinderungen zentrale Frage, ob ein Staat nicht dort, wo er die selbständige Befriedigung der Subsistenzbedürfnisse einer Person verhindert, unter einer unmittelbaren Verpflichtung zur adäquaten Verwirklichung der Subsistenzrechte über den harten Kern hinaus gegenüber diesen Personen steht, sondern auch dann, wenn es objektive, nicht dem Staat zurechenbare Gründe, wie etwa eine Behinderung, sind, die einer Person ausserhalb staatlichen Gewahrsams verunmöglichen, ihre Grundbedürfnisse in vollständigem Umfang selbständig zu decken. U.E. müsste zumindest für Industriestaaten vom Bestehen einer widerlegbaren Vermutung einer Menschenrechtsverletzung ausgegangen werden, wenn ein Staat diesen Anforderungen nicht genügt. Dies würde bedeuten, dass etwa das Sozialversicherungssystem so auszugestaltet wäre, dass alle Menschen mit Behinderungen adäquat die Rechte auf Gesundheit, auf Bildung und auf angemessenen Lebensstandard geniessen können.

3. Wie weit der Anspruch von Individuen geht, von *Rückschritten von einem einmal erreichten Realisierungsstand* verschont zu bleiben, lässt sich kaum allgemein beantworten. So lässt zwar die progressive Implementierungspflicht des Art. 2 Abs. 1 Pakt I derartige Rückschritte problematisch erscheinen und Abs. 2 dieser Bestimmung macht deutlich, dass Abbauschritte nie diskriminierend erfolgen dürfen. Andererseits müssen Staaten nicht mehr als die „geeigneten Mittel“ einsetzen, was die Realisierungspflichten wesentlich vom Stand der tatsächlich vorhandenen Mittel abhängig macht. Der Ausschuss für WSK-Rechte hat den Grundsatz entwickelt, dass der Abbau eines einmal erreichten Verwirklichungsstandes nicht absolut verboten ist. Die Staaten müssen aber, um derartige Massnahmen paktkonform zu gestalten, entweder anderweitig für eine Kompensation der Nachteile sorgen oder nachweisen, dass trotz des Einsatzes aller verfügbaren Mittel ein Rückschritt unvermeidbar war⁵⁵.

Diese Überlegungen gelten auch für die BehiK.

c. *Rechtsnatur der progressiven Verpflichtungsstruktur*

Damit bleibt abschliessend zu klären, welchen Verpflichtungen Staaten im Bereich der progressiv zu erfüllenden Menschenrechtsgehalte unterliegen: Leistungspflichten zeichnen sich primär durch die Notwendigkeit des Einsatzes von knappen Ressourcen aus, die den einzelnen Staaten in ungleichem Mass zur Verfügung stehen. Deshalb erscheint klar, dass ihre Erfüllung nicht von allen Staaten unabhängig von ihren wirtschaftlichen Möglichkeiten gefordert werden kann. Diese Einschätzung liegt nicht nur der allgemeinen Verpflichtungsklausel von Art. 2 Pakt I⁵⁶, sondern auch dem Art. 4 Abs. 2 der BehiK zugrunde, der

⁵⁵ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (1990), Ziff. 9, Allgemeine Bemerkung Nr. 13 (1999), Ziff. 45, und Allgemeine Bemerkung Nr. 15 (2002), Ziff. 19.

⁵⁶ „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftliche und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Mass-

sich stark an erstgenannter Klausel orientiert. Er kennt aber eine Abweichung von seinem Vorbild, indem er die Staaten nicht explizit zur Ergreifung „aller notwendigen Massnahmen“ zur vollen Realisierung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Garantien auffordert. Damit sollte aber keine Abschwächung der Stringenz der progressiven Verpflichtungsdimension erreicht werden, denn eine Verpflichtung zum Einsatz von „allen geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Massnahmen zur Umsetzung“ der Garantien der BehiK findet sich in Abs. 1 lit. a der gleichen Bestimmung, welcher zweifellos auch für den Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte Anwendung findet.

Art. 4 Abs. 2 hält die Vertragsstaaten konkret an, „unter Ausschöpfung [ihrer] verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Massnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung der“ Rechte von Menschen mit Behinderungen zu erreichen. Obwohl den Vertragsstaaten damit ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl und des Umfangs der eingesetzten Mittel zur Erreichung des Ziels der vollen Erfüllung der Garantien der Behindertenkonvention zukommt, stehen die Umsetzungsmodalitäten doch nicht im freien Belieben der Staaten. Vielmehr setzt Art. 4 Abs. 2 BehiK den Vertragsstaaten in dieser Hinsicht folgende verbindlichen Leitplanken. Danach haben Vertragsstaaten:

- unmittelbar nach der Ratifizierung der Konvention⁵⁷,
- unter Ausschöpfung ihrer Möglichkeiten, d.h. unter prioritärem Einsatz ihrer vorhandenen Ressourcen,
- und unter Benutzung aller geeigneten Mittel, inklusive der Inanspruchnahme internationaler Unterstützung
- auf die volle Verwirklichung der Paktgarantien

hinzuarbeiten.

2. *Direkte anspruchsbegründende und programmatische Gehalte*

Wie im Abschnitt über die bürgerlichen und politischen Rechte ausgeführt, räumen unmittelbar geltende Verpflichtungen menschenrechtlicher Verträge den begünstigten Individuen spiegelbildlich Rechte ein, es sei denn eine, auch präzise abgefasste, Verpflichtung richte sich einzig an den Gesetzgeber oder es

nahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Recht zu gewährleisten.“

⁵⁷ Mit anderen Worten unterstehen Vertragsstaaten unabhängig von Umfang vorhandener Ressourcen einer unmittelbaren Verpflichtung, mit der progressiven Realisierung der vollen Verwirklichung zu beginnen. Siehe dazu auch den Bericht des Hochkommissariats für Menschenrechte zum Konzept der progressiven Umsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte vom 25. Februar 2007, UN Doc. E/2007/82, Ziff. 17 f.

könne nachgewiesen werden, dass eine Vertragsbestimmung mit unmittelbarer Geltung den Individuen bewusst keine Rechte einräumen will. Die letztgenannte Ausnahme erfüllt die BehiK trotz Fehlens einer innerstaatlichen Beschwerdeberechtigung von einer Vertragsverletzung betroffener Individuen nicht⁵⁸. Somit begründen auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte dieser Konvention individuelle Ansprüche der begünstigten Individuen, soweit es um justiziable Teilgehälter geht. Diese Schlussfolgerung wird auch durch die Tatsache unterstützt, dass das Fakultativprotokoll zu diesem Vertrag auf internationaler Ebene Beschwerden von Individuen zulässt, welche vorbringen, Opfer einer Verletzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte zu sein⁵⁹.

V. Zur Justiziabilität der Verpflichtungen der Behindertenkonvention

Entschliesst sich die Schweiz zu einem Beitritt zu diesem Abkommen, wird die BehiK gemäss dem Grundsatz des Monismus wie alles übrige Völkerrecht automatisch Bestandteil des schweizerischen Landesrechts. Könnten sich damit nach einer Ratifikation dieses Vertrages durch die Schweiz Menschen mit einer Behinderung wegen einer Verletzung dieses Abkommens durch ein staatliches Organ an Verwaltungsbehörden und Gerichte wenden? Damit ist die Frage angesprochen, ob die Verpflichtungen der Konvention direkt anwendbar oder self-executing sind. Über diese primär im Umfeld sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte strittige Fragestellung entscheidet nicht das Völkerrecht, sondern grundsätzlich das Verfassungsrecht der Vertragsstaaten. Trotzdem hat der Ausschuss für wirtschaftliche und soziale Rechte in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 9 aus dem Jahr 1988 einige Grundsätze festgehalten, welche auch für die Frage der direkten Anwendbarkeit von Garantien der BehiK von Bedeutung sind.

„10. In Bezug auf die bürgerlichen und politischen Rechte wird im Allgemeinen als gegeben angenommen, dass gerichtliche Rechtsbehelfe bei Verletzungen unverzichtbar sind. Bedauerlicherweise wird in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu oft das Gegenteil angenommen. Diese Diskrepanz ist weder durch die Natur der Rechte noch durch die einschlägigen Vorschriften des Pakts selbst gerechtfertigt. Der Ausschuss hat bereits verdeutlicht, dass viele der Vorschriften des Pakts eine direkte Umsetzung ermöglichen. (. . .). Obgleich der allgemeine Ansatz eines jeden Rechtssystems in Betracht gezogen werden muss, gibt es in dem Pakt kein Recht, das in der überwiegenden Mehrheit der Systeme nicht so aufgefasst werden könnte, als dass es zumindest einige justiziable Elemente beinhaltet. (...) Eine starre Klassifizierung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, die sie bereits per Definition ausserhalb der Zuständigkeit von Gerichten stellt, wäre daher willkürlich und würde mit dem Grundsatz der Unteilbarkeit und Interdependenz der beiden Gruppen der Menschenrechte unvereinbar sein. (...)“.

Gemäss Ansicht des Überwachungsorgans des Pakts I lässt sich daher primär aus der direkten Verpflichtungskraft bestimmter Gehälter der Menschenrechte soweit sich eine Norm nicht ausdrücklich an den Gesetzgeber richtet. Mit anderen Worten betrachtet dieses Organ die direkt anspruchsbegründenden Ge-

⁵⁸ Siehe dazu oben S. 24 f.

⁵⁹ Art. 1 Abs. 1 FP/BehiK.

halte der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Pakts I als justiziabel.

Diese Überlegungen entsprechen weitgehend der konstanten bundesgerichtlichen Praxis zur Einschätzung der Justiziabilität einer völkerrechtlichen Norm. Gemäss dieser Rechtsprechung kann sich eine Privatperson auf eine Bestimmung des Völkerrechts berufen, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind⁶⁰:

1. Die Bestimmung betrifft die Rechtsstellung Privater,
2. sie ist justiziabel und
3. sie richtet sich an die rechtsanwendenden Behörden.

Nicht an rechtsanwendende Behörden im Sinne des Kriteriums (3) richten sich namentlich Gesetzgebungsaufträge; dies selbst wenn sie dem Staat keinen oder nur einen geringen Ermessensspielraum bieten und unmittelbar verpflichtend sind. Auch Personen mit einer Behinderung können daher kein subjektives Recht auf gesetzgeberisches Aktivwerden, etwa zur Beseitigung oder Revision von Gesetzen, „die eine Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung darstellen“⁶¹ geltend machen. Nicht justiziabel im Sinne der Voraussetzung (2) sind Gehalte von Menschenrechten, die zuwenig präzise abgefasst sind, um von einer gerichtlichen Behörde auf eine Rechtssache angewendet werden zu können oder die auf der Rechtsfolgeseite einen zu grossen Ermessensspielraum offenlassen und sich daher indirekt an den Gesetzgeber richten. Dadurch werden zweifellos die programmatisch umzusetzenden Gehalte der Menschenrechte von einer direkten Anwendbarkeit ausgeschlossen. Umgekehrt dürften aber direkt anspruchsbegründende Schichten der Menschenrechte, ungeachtet der Frage ihrer Zugehörigkeit zu bürgerlichen und politischen oder wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Rechten, diese Voraussetzung erfüllen. Da wie illustriert⁶², die BehiK Rechte des Individuums begründet und damit das Kriterium (1) integral erfüllt, kann an dieser Stelle – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich diese Frage nicht abstrakt, sondern einzig in Kenntnis der konkreten Fragestellung und des konkret anwendbaren Gehalts einer Norm beantworten lässt – Folgendes festgehalten werden:

- Ohne weiteres direkt anwendbar erscheinen alle aus den Garantien der BehiK fliessenden *Unterlassungs-* und, soweit sie kein gesetzgeberisches Aktivwerden erfordern, *Schutzpflichten*⁶³.
- Ebenfalls klar justiziabel erscheinen im Bereich der Leistungsgehalte die Verpflichtung zur *Erfüllung des harten Kerns* aller wirtschaftlicher, sozialer und

⁶⁰ Siehe z.B. BGE 124 III 91 E. 3a und 118 Ia 116 f. E. 2b.

⁶¹ Art. 4 Abs. 1 lit. b BehiK.

⁶² Siehe vorne S. 24 f.

⁶³ Letztgenannte im Rahmen ihrer üblichen Anwendungsvoraussetzungen und soweit sie unmittelbar umgesetzt sind.

kultureller Rechte sowie die Ansprüche auf adequate Verwirklichung dieser Rechte gegenüber Personen in staatlichem Gewahrsam.

- Zur Möglichkeit einer gerichtlichen Beurteilung einer Verletzung des Verbots retrogressiver Massnahmen sowie zur Justiziabilität des Anspruchs auf volle Verwirklichung der Subsistenzrechte von Personen, welche ihre Grundbedürfnisse aus objektiven Gründen nicht oder nicht im vollen Umfang erfüllen können, lassen sich demgegenüber abstrakte Aussagen kaum machen. Die internationale Praxis dürfte im Gegensatz zu einem Teil der Lehre die Justiziabilität in diesen Fällen tendenziell eher verneinen, klare Aussagen liegen aber nicht vor.

Ob nach einer allfälligen Ratifikation der Behindertenkonvention durch die Schweiz die rechtsanwendenden Behörden die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der Konvention im eben dargestellten Ausmass bejahen werden, erscheint aus folgenden Überlegungen zumindest zweifelhaft:

Das Bundesgericht anerkennt regelmässig die Justiziabilität bürgerlicher und politischer Menschenrechte, d.h. etwa der materiellen Garantien des Pakts II oder der EMRK. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass nach einer Ratifikation der BehiK die Justiziabilität bürgerlicher und politischer Rechte bei Erfülltsein der oben erwähnten Kriterien anerkannt werden wird. Im Unterschied dazu bejaht das Bundesgericht die Möglichkeit einer direkten Berufung durch Individuen auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und damit deren subjektiv-rechtlichen Gehalt nur mit grösster Zurückhaltung, wobei es zur Begründung jeweils auf die Botschaft des Bundesrats zum Pakt I verweist⁶⁴. Es macht regelmässig geltend, die Garantien von Pakt I richteten sich abgesehen von wenigen Ausnahmen nicht an Einzelpersonen, sondern infolge ihrer rein programmatischen Natur primär an den Gesetzgeber. Folglich würden die Paktgarantien, die folgerichtig oft nicht als Rechte, sondern als Leitlinien bezeichnet werden⁶⁵, gleich wie die Sozialrechte der KRK in der Schweiz keine subjektiven, einklagbaren Rechte begründen. Diese Schlussfol-

⁶⁴ BBl 1991 I 1202: „Es ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Paktes I (...), dass dieser in seiner Gesamtheit zur Festlegung der Ziele einer Menschenrechtspolitik im sozialen Bereich gedacht war. Er überträgt den Staaten völkerrechtliche Verpflichtungen mit programmatischem Charakter. Die Staaten sind verpflichtet, diese schrittweise, unter Ausschöpfung aller ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und Mittel, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, zu verwirklichen (Art. 2 Ziff. I des Paktes I). Daraus ergibt sich eindeutig, dass sich die Vorschriften des Paktes I nicht an Individuen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsparteien richten. (...). Nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts erzeugen die in Pakt I gewährten Rechte deshalb, abgesehen von eventuellen wenigen Ausnahmen (vgl. Art. 8 Par. I Bst. a, Recht auf Gründung von Gewerkschaften), grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte.“ In der Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 15 f. und 20 äusserte sich der Bundesrat etwas weniger pauschal zu dieser Frage: „Die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, wie sie grundsätzlich bereits im Internationalen Pakt für alle Menschen verankert sind, bedürfen normalerweise der Konkretisierung durch den Gesetzgeber und sind kaum direkt anwendbar“.

⁶⁵ BGE 121 V 232: „Die Bestimmungen dieses Paktes beschränken sich darauf, den Staaten in der Form von Leitlinien die in den verschiedenen erörterten Bereichen zu erreichenden Ziele vorzuschreiben“.

gerung gilt gemäss bundesgerichtlicher Praxis selbst für das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 2 Abs. 2 Pakt I⁶⁶. Diese Praxis wird von der herrschenden juristischen Doktrin nahezu unisono kritisiert und auch vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gegenüber der Schweiz als explizit unzutreffend gerügt⁶⁷. Trotzdem beharrt das Gericht auch in seiner neueren Rechtsprechung auf dieser Einschätzung⁶⁸. Es zeigt sich aber neuerdings bereit, den Gehalt der Paktrechte wenigstens im Rahmen der Auslegung des einschlägigen Verfassungsrechts mit zu berücksichtigen⁶⁹. Die Justiziabilität dieser Garantien wird aber immer noch kategorisch abgelehnt.

Gestützt auf diese höchstrichterliche Praxis bestätigte der Bundesrat im Jahr 2008 in seinem Bericht an das Überwachungsorgan des Pakts I seine ablehnende Haltung zur direkten Anwendbarkeit wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte und führte aus, er sei auch als Folge der Gewaltenteilung an die bundesgerichtliche Haltung gebunden⁷⁰. Diese Argumentation erscheint in höchstem Ausmass zirkulär, begründet doch das Bundesgericht seine restriktive Praxis regelmässig mit der Haltung des Bundesrates. Ähnlich deutlich nahm er zu dieser Frage in diesem Jahr während der Universellen Periodischen Prüfung der Menschenrechtslage der Schweiz durch den Menschenrechtsrat Stellung: Forderungen nach einer Anerkennung der Justiziabilität gewisser Gehalte wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte wurden sofort und ohne jegliche Differenzierung zurückgewiesen⁷¹.

Allerdings lässt sich mit guten Gründen argumentieren, dass es bei einer allfälligen Ratifikation der BehiK für Bundesrat und Bundesgericht schwieriger würde, ihre letztlich völkerrechtswidrige Haltung zur Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller aufrecht zu erhalten:

Wie bereits die Botschaft des Bundesrats zu den beiden Pakten aus dem Jahr 1991 illustriert, beruht die Verneinung der Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte ganz wesentlich auf dem Argument der fehlenden Möglichkeit ihrer gerichtsähnlichen Durchsetzung auf internatio-

⁶⁶ BGE 121 V 232 f.

⁶⁷ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Concluding Observations Switzerland (1998), Ziff. 10: „The Committee disagrees with the position of the State party that provisions of the Covenant constitute principles and programmatic objectives rather than legal obligations, and that consequently the provisions of the Covenant cannot be given legislative effect. The Committee does not share the view of the Swiss authorities and recalls that in its General Comment No. 3 of 1990 on the nature of States parties' obligations under article 2 of the Covenant, it refers to a number of provisions in the Covenant, such as those of article 8 on the right to strike and those of article 13 on the right to education, which seem to be capable of immediate application within the judicial system. The Committee is of the view that any suggestion that the above-mentioned provisions are inherently non-self-executing seems to be difficult to sustain“.

⁶⁸ BGE 130 I 113. Siehe dazu Walter Kälin, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2004 und 2005, ZBJV 2005, S. 685, und die Besprechung des Entscheides durch Yvo Hangartner, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2004, S. 1250 ff.

⁶⁹ Siehe ebenfalls BGE 130 I 113 E. 3.3 S. 124.

⁷⁰ Zweiter und dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), April 2008, Ziff. 40.

⁷¹ Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, 28 May 2008, UN Doc. A/HRC/8/41.

ner Ebene⁷². Dieses Argument entfällt bei der BehiK, handelt es sich doch bei diesem Vertrag um den ersten universellen Menschenrechtsvertrag⁷³, welcher eigenständige wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankert und trotzdem einen (fakultativen) Individualbeschwerdemechanismus auf internationaler Ebene schafft, der solche Rechte mit abdeckt. Vor diesem Hintergrund dürfte es dem Bundesgericht – selbst bei fehlender Ratifikation des Fakultativprotokolls zur BehiK durch die Schweiz – argumentativ weit schwerer fallen, am Modell wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte als sich einzig an den Gesetzgeber richtende programmatische Leitlinien festzuhalten. Gleiches gilt angesichts der Tatsache, dass die UNO-Generalversammlung voraussichtlich im Dezember dieses Jahres das Fakultativprotokoll zum Pakt I mit seinem Individualbeschwerdeverfahren verabschieden wird⁷⁴. Interessant ist, dass die Schweiz während den Verhandlungen über dieses Protokoll im Jahr 2005 die Möglichkeit einer „gerichtlichen“ Durchsetzung der Garantien des Pakts I auf internationaler Ebene nicht integral ablehnte, sondern argumentierte, die Beschwerdemöglichkeit sei auf die vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte unmittelbar anwendbar identifizierten Verpflichtungsebenen zu beschränken⁷⁵. Ein Jahr später vertrat die Schweizer Delegation in den Verhandlungen gar ausdrücklich die Ansicht, die diskriminierungsfreie Gewährleistung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte solle zwingender Bestandteil eines internationalen Beschwerdeverfahrens bilden, während Staaten berechtigt sein sollten, die Gewährleistungsdimension von der Beschwerdemöglichkeit auszuschliessen oder zumindest auf ihren harten Kern zu limitieren⁷⁶. Weshalb diese Einschätzungen ausschliesslich auf internationaler Ebene und nicht auch anlässlich der Beurteilung der Justiziabilität auf innerstaatlicher Ebene zur Geltung kommen sollen, lässt sich kaum mit rechtlichen Erwägungen begründen.

- Noch problematischer dürfte sich eine Beibehaltung der schweizerischen Praxis zur Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte nach einer allfälligen Ratifikation der BehiK präsentieren, weil mit Art. 4

⁷² BBl 1991 1193; vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrats betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 23. August 1995, BBl 1995 925.

⁷³ Bis heute kennen der Pakt I und die KRK keine Individualbeschwerdemöglichkeit.

⁷⁴ Der UNO-Menschenrechtsrat hat im Juni 2008 ein entsprechendes Fakultativprotokoll verabschiedet, welches unter Vorbehalt seiner Genehmigung durch die UNO-Generalversammlung nach der Ratifikation durch 10 Staaten in Kraft treten wird. Der Text dieses Vertrages findet sich in im Anhang zur Res. 8/2 des Menschenrechtsrats (UN Doc. A/HRC/RES/8/2).

⁷⁵ „The representatives of (...) and Switzerland called specifically for an optional protocol adopting an “à la carte” approach, but Switzerland found interesting the idea of an approach - be it comprehensive or “à la carte” - restricted to the minimal content of the rights and focusing on complaints about violations of the obligations to respect and protect, with a possible opting-out procedure. The representative of Switzerland furthermore suggested that the scope of an optional protocol be limited to complaints about violations of the obligation to respect and protect“; Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its second session, 10 February 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/52, S. 21, Ziff. 101.

⁷⁶ Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its third session, 14 March 2006, UN Doc. E/CN.4.

Abs. 2 dieses Vertrages erstmals auf völkerrechtlicher Ebene verbindlich anerkannt wird, dass auch diese Menschenrechtskategorie unmittelbare Verpflichtungen schafft⁷⁷. Das Bild rein programmatischer, schwammiger Verpflichtungen, welches durch Bundesgericht und Bundesrat gezeichnet wird, liesse sich daher für die wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte der BehiK kaum mehr aufrechterhalten. Die Bedeutung dieser Klausel reicht allerdings weit über diesen Vertrag hinaus, indem ihr Verweis auf das Völkerrecht eine eigentliche normative Bestätigung der Praxis des Überwachungsorgans des Pakts I zur Verpflichtungskraft wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte darstellt. Mit einer Ratifizierung der BehiK würde die Schweiz zumindest indirekt auch diese Sichtweise bestätigen.

Verzichtet die Schweiz auf eine zusätzliche Ratifizierung des Fakultativprotokolls zur BehiK, und damit auf die explizite Anerkennung der Individualbeschwerdemöglichkeit auf internationaler Ebene, hätte das Bundesgericht freilich auch weiterhin die Möglichkeit, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten weitestgehend die Justiziabilität abzusprechen. Allerdings dürfte diese Position längerfristig kaum haltbar sein: Wenn die Schweiz mit der Anerkennung von Art. 4 Abs. 2 BehiK ein Abkommen ratifiziert, welches erstmals anerkennt, dass aus den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten gemäss allgemeinem Völkerrecht auch unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen fliessen, verliert sie jede Glaubwürdigkeit, wenn ihr höchstes Gericht an der gegenteiligen Position festhält.

VI. Zur Reichweite der Verpflichtungen aus der Behindertenkonvention im Verhältnis zu anderen von der Schweiz ratifizierten UN-Menschenrechtsinstrumenten und namentlich zum UNO-Pakt I

Die Behindertenkonvention baut, wie ihre Präambel⁷⁸ aber auch die Umschreibung im Chapeau des Art. 4 Abs. 1 BehiK verdeutlichen, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, für „die volle Verwirklichung *aller* Menschenrechte“⁷⁹ gewisse Massnahmen zu ergreifen⁸⁰, auf dem bestehenden menschenrechtlichen Instrumentarium der UNO auf. Mit anderen Worten liegt ihre primäre Zielsetzung darin, die Geltung bestehender Standards für die geschützten Personen zu konkretisieren und den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen zur Verwirklichung ihrer Gleichstellung anzupassen. Es wäre indessen verfehlt, daraus zu schliessen, dieser Vertrag begründe keine neuen Verpflichtungen der Vertragsparteien. Vielmehr lassen sich die Garantien dieser Konvention in Bezug auf ihr Verhältnis zu bestehenden menschenrechtlichen Vorgaben grob in vier Kategorien unterteilen:

⁷⁷ Siehe dazu ausführlich vorne, Ziff. IV.

⁷⁸ Siehe lit. d der Präambel.

⁷⁹ Hervorhebung durch die Verfasser; In der englischen Originalsprache: „the full realization of all human rights and fundamental freedoms“.

⁸⁰ Andere menschenrechtliche Verträge verpflichten die Staaten regelmässig zur Achtung und Gewährleistung aller *im jeweiligen Abkommen* verankerten Menschenrechte.

- Garantien wie etwa das Verbot der Folter (Art. 15) oder das Recht auf Leben (Art. 10) schärfen den Blick dafür, dass Staaten diese Fundamentalnormen auf gleichberechtigter Basis auch gegenüber Menschen mit Behinderungen zu beachten und gewährleisten haben. Sie enthalten aber keine oder kaum zusätzliche konkretisierende Vorgaben, sondern stellen im Wesentlichen eine bloss deklaratorische Bestätigung vorbestehender Rechtsstandards dar. Allerdings können sich bei Menschen mit Behinderungen kontextabhängig besondere Konsequenzen ergeben: Beispielsweise kann ein harter Umgang mit einem Gefangenen, der normalerweise noch hinzunehmen ist, je nach Behinderung die Schwelle der Unmenschlichkeit überschreiten. Dies gilt aber bereits im Rahmen der allgemeinen Menschenrechtskonventionen⁸¹.
- Dem Modell der Konkretisierung oder der „Übersetzungshilfe“ entsprechen tatsächlich Garantien, die materiell gegenüber bestehenden Normen keine Ausdehnung der staatlichen Verpflichtungen begründen, die aber teilweise mit grosser Detailgenauigkeit die Massnahmen der Staaten bestimmen, welche sich als notwendig erweisen, damit auch Menschen mit Behinderungen in den Genuss bereits geltender Menschenrechte gelangen. Zu dieser Kategorie zählen etwa die Rechte auf Arbeit (Art. 27) und Bildung (Art. 24), welche hinten näher dargestellt werden⁸², aber auch etwa das Recht auf freie Meinungsäusserung, Meinungsfreiheit und Zugang zu Informationen (Art. 21)⁸³.
- Das Bild eines Vertrages, der damit ohne materielle Weiterungen eine bloss „Übersetzungshilfe“ für die Anwendung der internationalen Menschenrechte gegenüber Menschen mit einer Behinderung darstellt, greift für gewisse Garantien zu kurz. So können zwar die Rechte auf Zugänglichkeit und auf persönliche Mobilität nach Art. 9 und 20 BehiK theoretisch als spezifische Ausprägung der Bewegungsfreiheit, das Recht auf Sicherheit und Schutz während Notlagen (Art. 11 BehiK) oder das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freizeit und Sport (Art. 30⁸⁴) als solche des Rechts auf Leben resp. des Rechts auf Teilnahme am kulturellen Leben eingestuft werden; faktisch schaffen sie aber neue resp. weitergehende materielle Verpflichtungen der Vertragsstaaten. Folglich können solche Garantien kaum als bloss Konkretisierung bestehender völkerrechtlicher Vorgaben verstanden werden. Ebenfalls weitergehende Verpflichtungen begründen, wie hinten detailliert dargestellt wird, das Diskriminierungsverbot und das Gleichstellungsgebot dieses Vertrages⁸⁵.
- Garantien wie namentlich das Recht auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft (Art. 19⁸⁶) stellen schliesslich neue Rech-

⁸¹ Dazu EGMR, Price g. Vereinigtes Königreich, Appl. No. 33394/96, 10.7.2001 (Haft einer Frau im Rollstuhl: Lichtschalter ausser Reichweite, die Toilette unzugänglich).

⁸² Siehe Kap. 2 lit. B und C.

⁸³ Vgl. dazu auch Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 („Persons with disabilities“), insb. Ziff. 19 ff.

⁸⁴ Siehe zu dieser Garantie hinten Kap. 2 lit. D.

⁸⁵ Dazu hinten lit. C.

⁸⁶ Vgl. dazu detailliert Kap. 2 lit. A.

te dar, welche nicht aus bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen abgeleitet werden können.

Wie die angeführten Beispiele illustrieren, gilt diese allgemeine Einstufung auch für das Verhältnis zwischen den Garantien des Pakts I und den wirtschaftlichen sozialen und kulturellen Rechten der BehiK. Wie oben ausführlich dargestellt⁸⁷, ist dabei aber zu beachten, dass die BehiK klarere Aussagen zur unmittelbaren Verpflichtungskraft dieser Menschenrechtskategorie enthält und die diesbezügliche Praxis des Überwachungsorgans normativ stärkt.

VII. Zur Reichweite der Verpflichtungen aus der Behindertenkonvention im Verhältnis zu den Sozialzielen der schweizerischen Bundesverfassung

Die folgende Kurzübersicht beschränkt sich auf eine Darstellung des Verhältnisses zwischen den Garantien der BehiK und den Sozialzielen des Art. 41 BV, da ein umfassender Vergleich zwischen den materiellen Gehalten dieser Konvention und den Vorgaben des schweizerischen Landesrechts den Rahmen dieses Gutachtens sprengen würde. Eine detaillierte Darstellung dieses Verhältnisses findet sich für spezifische Garantien der BehiK im besonderen Teil dieses Gutachtens⁸⁸.

Art. 41 BV hält als final strukturierte Norm Bund und Kantone an, sich dafür einzusetzen, dass Vorgaben, die sich typischerweise in wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten wie etwa den Rechten auf soziale Sicherheit, auf Gesundheit, auf Arbeit oder auf Unterkunft finden, erfüllt werden⁸⁹. Zusätzlich setzen sich Bund und Kantone gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung dafür ein, dass „jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen“ unter anderem vor Invalidität geschützt wird. Weitere spezifische Vorgaben zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen enthält diese Verfassungsnorm nicht.

Bereits diese Kurzdarstellung belegt, dass die BehiK weit detailliertere und auch inhaltlich weiterreichende Vorgaben zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen enthält als die Sozialziele der BV. Als Beispiel kann etwa auf das in Art. 25 BehiK verankerte Recht auf Gesundheit verwiesen werden, welches in grosser Detailgenauigkeit die zur vollen Verwirklichung dieses Rechts gegenüber Menschen mit Behinderungen notwendigen staatlichen Massnahmen umschreibt. Art. 41 Abs. 1 lit. b beschränkt sich demgegenüber auf die Statuie-

⁸⁷ Siehe vorne, Ziff. IV.

⁸⁸ Siehe dazu hinten, Kap. 2.

⁸⁹ Art. 41 Abs. 1 BV: „Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass: a. jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat; b. jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält; c. Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern geschützt und gefördert werden; d. Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können; e. Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können; f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können; g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden“.

nung des Auftrages, dafür besorgt zu sein, dass „jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält“.

Die Sozialziele weisen aber im Vergleich mit den Garantien der BehiK nicht nur Defizite hinsichtlich ihrer materiellen Reichweite und ihres Präzisionsgrades, sondern auch hinsichtlich ihrer normativen Geltung auf. In Art. 41 wurden bekanntlich zahlreiche Kautelen eingebaut: So setzen sich Bund und Kantone „in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative“ (Abs. 1) im Rahmen ihrer „verfassungsmässigen Zuständigkeiten“ und „ihrer verfügbaren Mittel“ (Abs. 3) für die Umsetzung dieser Ziele ein. Zusätzlich hält Art. 41 Abs. 4 in aller Deutlichkeit fest, „[a]us den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden“. Wie vorne detailliert dargestellt, beschränkt sich die BehiK nicht auf die Verankerung blosser Leitlinien oder rein programmatischer Zielsetzungen. Vielmehr begründen im Unterschied zu Art. 41 BV nicht nur ihre bürgerlichen und politischen Garantien, sondern auch bestimmte Gehalte ihrer wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sehr wohl unmittelbare Verpflichtungen, die auch subjektive Ansprüche auf staatliches Unterlassen, aber auch auf staatliche Leistungen einräumen können⁹⁰. Weiter enthalten selbst die progressiv zu erfüllenden Vorgaben der BehiK deutlichere Leitplanken, indem Art. 4 Abs. 1 und 2 BehiK den Vertragsstaaten vorschreibt, er habe die Verwirklichung dieser Vorgaben „unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel“ und unter Einsatz aller geeigneter Massnahmen anzustreben⁹¹.

C. „SUR LA BASE DE L'EGALITE AVEC LES AUTRES“ UND DISKRIMINIERUNGSBEGRIFF

I. *Fragestellung*

Wie ist die wiederkehrende Formulierung „sur la base de l'égalité avec les autres“ zu verstehen? Wie ist das Verhältnis zum Diskriminierungsbegriff in der Bundesverfassung und zur „Chancengleichheit“?

In diesem Kapitel wird zunächst die Rechtslage in der Schweiz — unter Einbezug der ratifizierten Menschenrechtsabkommen — dargelegt. Daran anschliessend werden die relevanten Begriffe in der Konvention analysiert und soll untersucht werden, in welchem Verhältnis Rechtsgleichheit, Diskriminierungsverbot und der Ausdruck „sur la base de l'égalité“ (Gleichberechtigung) in der Konvention zur heutigen Rechtslage in der Schweiz stehen.

⁹⁰ Vgl. dazu oben S. 28 ff.

⁹¹ Siehe dazu genauer vorne S. 31.

II. Behinderung, Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung

1. Art. 8 Abs. 1 und 2 BV

Das Gebot der Rechtsgleichheit in Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass in Rechtsetzung und Rechtsanwendung Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich (Gleichheitsgebot), und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (Differenzierungsgebot)⁹². Gemäss Art. 8 Abs. 2 verbietet die Bundesverfassung Diskriminierungen aufgrund einer „körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“⁹³. Die Diskriminierung stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar (bzw. eine qualifizierte Gleichbehandlung von Personen in nicht vergleichbaren Situationen). Sie bewirkt eine Benachteiligung von Menschen, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und „nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmacht“⁹⁴. Diese Herabsetzung trifft Personen nicht wegen ihres individuellen Verhaltens, sondern aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird, ohne dass dies nach Massgabe einer erhöhten Begründungspflicht „gerechtfertigt“ würde⁹⁵. Von der einfachen Ungleichbehandlung unterscheidet sich die Diskriminierung einerseits durch die Anknüpfung an diese verpönten Merkmale, andererseits dadurch, dass nur ernsthafte und triftige Gründe die Ungleichbehandlung zu „rechtfertigen“ vermögen. Sachliche Gründe, die im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes von Art. 8 Abs. 1 ausreichend sind, genügen nicht⁹⁶. Ungleichbehandlungen bzw. fehlende Differenzierungen, die Menschen aufgrund dieser Merkmale treffen, sind demnach nur dann zulässig, wenn der Staat damit zulässige Ziele und Zwecke verfolgt bzw. erreicht. Die Mehrheit der neueren Lehre fordert überdies, dass die Benachteiligung im Hinblick auf das verfolgte Ziel geeignet, erforderlich und der betroffenen Person zumutbar sein muss⁹⁷.

⁹² Z.B. BGer-Entscheid 2P.24/2006 vom 27.4.2007, E. 4.1; Weber-Dürler, S. 657 ff.; Kiener/Kälin, S. 346 ff.

⁹³ Die alte Bundesverfassung von 1874 und der VE 95 erwähnten die Rechte von behinderten Menschen nicht. Erst die parlamentarischen Beratungen zur Nachführung der Bundesverfassung führten zur ausdrücklichen Nennung in Abs. 2 und zur Aufnahme einer besonderen Bestimmung in Abs. 4 (VE VK (NR) 1997, S. 7 f.; Amtl. Bull. NR, Verfassungsreform, S. 152 ff., 155 f., 409 ff. und 665 f. sowie Amtl. Bull. SR, Verfassungsreform, S. 39 und 155 ff.).

⁹⁴ Unter vielen: BGer, Entscheid 1P.760/2006 vom 7. Juni 2007, E. 2; Schweizer, S. 201 N. 46; Kiener/Kälin, S. 358 f.

⁹⁵ BGE 126 II 377 E. 6a S. 392.

⁹⁶ Nach Klein, S. 64 f. kann bei der direkten Diskriminierung einzig das Interesse der Behinderten selber eine Ungleichbehandlung „begründen“.

⁹⁷ Schweizer, S. 202, N. 48; Kiener/Kälin, S. 363 mit weiteren Hinweisen.

a. Verfassungsrechtlicher Behinderungsbegriff

Ausgehend von der Gesetzgebung über die Invalidenversicherung ist der Begriff der Behinderung bis in jüngere Zeit vor allem nach medizinischen Gesichtspunkten betrachtet bzw. definiert worden. Seit einigen Jahren ist das Bewusstsein dafür gewachsen, dass dieser Ansatz zu einseitig ist und der Komplexität in den Beziehungen zwischen gesellschaftlichen Strukturen, Vorstellungen von „Normalität“ und den Erschwernissen für Menschen mit Behinderungen nicht gerecht wird. Heute wird Behinderung verstanden als die Beziehung zwischen den individuellen, angeborenen oder später erworbenen körperlichen, geistigen oder psychischen Bedingungen einer Person und den daraus folgenden Beeinträchtigungen bei der Integration in das berufliche und soziale Umfeld; zur biologisch-medizinischen ist also eine soziale Komponente hinzugekommen⁹⁸. Die Weltgesundheitsorganisation setzt sich seit einigen Jahren für dieses ganzheitliche Konzept der Beurteilung von Behinderung ein, welches behinderte Menschen nicht nur als schutzbedürftig, sondern als Individuen begreift, die ihr Leben selbstbestimmt gestalten und bewältigen⁹⁹.

Die verfassungsrechtliche Konkretisierung des Begriffs der Behinderung steht erst in den Anfängen. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, sind die Entwicklungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe „Ausdruck erhöhter Sensibilität gegenüber spezifischen Benachteiligungen und zentralen Anliegen von Menschen mit Behinderungen und lassen einen Wandel der Rechtsanschauungen im Sinne eines verstärkten Schutzes dieser Personen in für sie wichtigen Lebensbereichen erkennen“¹⁰⁰.

Während der Invaliditätsbegriff im Recht der Invalidenversicherung an der Erwerbsunfähigkeit anknüpft, schützt Art. 8 Abs. 2 BV eine Person mit Behinderungen unabhängig von ihrer Erwerbsfähigkeit vor Herabsetzungen und Benachteiligungen¹⁰¹. Die Bezeichnung in der französischen Textversion ist mit „déficience“ enger gefasst als „Behinderung“ (und auch als das italienische „menomazione“).

Unter Rückgriff auf internationale Dokumente und rechtsvergleichende Betrachtungen definiert SCHEFER den verfassungsrechtlichen Behinderungsbegriff wie folgt: Eine Behinderung i.S. von Art. 8 Abs. 2 liege dann vor, wenn die betroffene Person in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt sei und diese Beeinträchtigung „schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte ihrer Lebensführung“ habe¹⁰². Gestützt auf die teleologische und grammatikalische Auslegung des französischen Texts müssen nach KLEIN zwei Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich eine Person auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Behinderung berufen kann: *Einer-*

⁹⁸ Waldmann, S. 707 f.; Müller, Diskriminierung behinderter Personen, S. 6 f.

⁹⁹ WHO, Disability and Rehabilitation, WHO Action Plan 2006-2011, http://www.who.int/disabilities/publications/dar_action_plan_2006to2011.pdf.

¹⁰⁰ BGer 68/02 vom 18. August 2005, E.6.

¹⁰¹ So auch Pulver, S. 298 f.; anders Schweizer, S. 211, N. 70.

¹⁰² Zu Definitionen in internationalen Dokumenten sowie zu rechtsvergleichenden Überlegungen siehe Schefer, Ergänzungsband, S. 258 f.

seits muss bei der betreffenden Person eine „*déficience*“ gegeben sein, also eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit vorliegen. Die funktionalen Folgen und die Intensität der Beeinträchtigungen sind irrelevant¹⁰³. *Andererseits* muss die Gefahr bestehen, dass die Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Personengruppe mit diesem Merkmal durch die Gesellschaft stigmatisiert, herabgesetzt oder ausgeschlossen wird. Der Ausschluss kann entweder wegen Vorurteilen, wegen Stereotypen („*handicap construit*“) oder aufgrund struktureller Barrieren („*handicap réel*“) entstehen¹⁰⁴.

In der Lehre ist man sich einig, dass nur ein weit gefasster, über die medizinische Komponente hinausreichender Behinderungsbegriff geeignet ist, dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbotes gerecht zu werden: Der verfassungsrechtliche Begriff knüpft somit einerseits an den biologischen Gegebenheiten an, andererseits an den Auswirkungen dieser Eigenschaften, welche die Lebensbewältigung im sozialen und beruflichen Umfeld unter den gegebenen Strukturen erschweren oder verunmöglichen oder die zu sozialer Ausgrenzung führen, weil sie als Abweichung von einem durch die Gesellschaft definierten „Normalzustand“ führen¹⁰⁵.

b. Direkte und indirekte Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen

Art. 8 Abs. 2 untersagt direkte und indirekte Diskriminierung. Direkte Diskriminierungen liegen vor, wenn Erlasse oder Anordnungen im Einzelfall ausdrücklich an einem verpönten Merkmal anknüpfen und die Benachteiligung einer Person bewirken, ohne dass dafür qualifizierte Gründe vorliegen¹⁰⁶ (direkte Diskriminierung durch Ungleichbehandlung). Diskriminierung kann auch dadurch entstehen, dass Personen aufgrund ihres Merkmals gleich behandelt werden wie Personen ohne das Merkmal, obwohl eine Differenzierung notwendig wäre¹⁰⁷ (direkte Diskriminierung durch Gleichbehandlung).

Von einer indirekten Diskriminierung wird hingegen gesprochen, wenn eine neutral formulierte Regelung, die keine ausdrückliche bzw. offensichtliche Benachteiligung einer gegen Diskriminierung geschützten Gruppe enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies – nach Massgabe einer qualifizierten Begründungspflicht – gerechtfertigt wäre¹⁰⁸. Das Bundesgericht hat sich vor allem im Zusammenhang mit der Geschlechterdiskriminierung zur indirekten Diskriminierung geäußert, allerdings ohne sich vertieft mit der dogmatischen Konstrukti-

¹⁰³ Klein, S. 34.

¹⁰⁴ Klein, S. 38.

¹⁰⁵ Dazu Waldmann, S. 710 ff., mit weiteren Hinweisen. Vgl. die Botschaft zum Behindertengleichstellungsgesetz, BBl 2001 1723. Sie weist darauf hin, dass soziale Strukturen dazu beitragen können, dass eine Behinderung entsteht oder verstärkt wird.

¹⁰⁶ Kiener/Kälin, S. 364.

¹⁰⁷ Dazu eingehend Rieder, Form oder Effekt, S. 224 ff.

¹⁰⁸ BGer I 68/02 vom 18. August 2005, E. 5.2.1.; BGE 132 I 167 E. 3 S. 169; 129 I 217 E. 2.1. S. 223. Zum komplexen Unterschied zwischen direkter Diskriminierung durch Gleichbehandlung und der indirekten Diskriminierung, siehe Rieder, Form oder Effekt, S. 231 ff. sowie Ders., Indirekte Diskriminierung, S. 150 ff.

on zu befassen¹⁰⁹. Es geht von einer indirekten Diskriminierung aus, wenn eine „Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe stark benachteiligt“, ohne dass dies qualifiziert sachlich zu begründen ist¹¹⁰. Inzwischen liegen auch einige wenige Entscheide zur indirekten Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen vor¹¹¹.

c. Chancengleichheit und positive Massnahmen

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich Art. 8 Abs. 2 grundsätzlich kein gerichtlich durchsetzbares „Egalisierungsgebot“ entnehmen¹¹²; es vermittelt also keinen individualrechtlichen Anspruch auf „Herstellung faktischer Gleichheit“¹¹³. Das Bundesgericht hat sich punktuell zur Chancengleichheit im Zusammenhang mit verfassungsmässigen Rechten geäussert, insbesondere der Rechtsgleichheit (z.B. BGer-Entscheid 2P.140/2002 vom 18.10.2002, erstmals in BGE 60 I 182 zur Befreiung vom Prozesskostenvorschuss), den politischen Rechten (z.B. in BGE 125 I 441 E. 3a/b) und dem Anspruch auf Grundschulunterricht (BGE 130 I 352 E. 3.2). Im Wesentlichen bleibt es Aufgabe des Gesetzgebers, Chancengleichheit zu verwirklichen¹¹⁴. Auch das Diskriminierungsverbot weist analog zur Rechtsgleichheit die Komponente der Chancengleichheit auf, indem es eine Rechtspflicht des Gesetzgebers begründet, den „Übergang von der rechtlichen Gleichstellung zur faktischen Chancengleichheit für alle vom Diskriminierungsverbot erfassten Gruppen mit legislatorischen Massnahmen einzuleiten und nötigenfalls zu beschleunigen“¹¹⁵. Art. 8 Abs. 4 enthält in diesem Sinne ein besonderes Gleichstellungsgebot zugunsten von behinderten Menschen¹¹⁶.

Das Diskriminierungsverbot verpflichtet sämtliche Organe staatlichen Handelns, zu seiner Verwirklichung beizutragen (Art. 5 und Art. 35 Abs. 1 und 2 BV). Daraus folgt, dass Diskriminierungen in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung zu unterlassen sind, das Gesetzesrecht verfassungskonform auszulegen ist und (auch) durch positive Leistungen indirekte Diskriminierungen zu be-

¹⁰⁹ BGE 126 II 377 E. 6c oder 124 II 409 E. 7; dazu Klein, S. 72.

¹¹⁰ BGE 126 II 377 E. 6c.; 124 II 409 E. 7 S. 425 E. 9d S. 428.

¹¹¹ Im Entscheid 2P.140/2002 vom 18.10.2002 ging es um ein Kind mit zwei Geburtsgebrechen (Herzfehler und motorische Behinderung), welches rügte, dass die standardisierte Anwendung der Mittelschulaufnahmeprüfungsverordnung des Kantons Graubünden auf alle Schüler zu einer Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung führe. Es verlangte, dass der Massstab der Beurteilung seinem Handicap angepasst werde. Das Bundesgericht lehnte das Begehren mit der Begründung ab, dass der blosse Umstand, dass einzelne Personen ohne eigenes Verschulden die notwendigen schulischen Fähigkeiten nicht besässen, nicht dazu führen könne, dass die Anforderungen reduziert werden müssten. Vielmehr gehöre zum Besuch des Gymnasiums und der Erlangung der Hochschulreife, dass die Schüler die Fähigkeiten besässen, unter Stressbedingungen Gedankengänge richtig zu erfassen und die Lösungen zu formulieren (BGer 2P.140/2002 vom 18.10.2002, E. 7.5 mit Verweis auf BGE 122 I 130). Siehe weitere Fälle im Kapitel „Recht auf Bildung“.

¹¹² BGE 129 I 224 E. 2.1; Weber-Dürler, S. 666 N. 18; Schweizer, S. 193 N. 29.

¹¹³ So BGer 68/02 vom 18. August 2005, E.5.2.1.

¹¹⁴ Weber-Dürler, S. 665 N. 17.

¹¹⁵ Wyss, S. 126; ähnlich Weber-Dürler, S. 670 N. 26.

¹¹⁶ Waldmann, S. 82 f. nennt dies „Egalisierungsgebot“.

seitigen sind¹¹⁷. Die staatlichen Leistungen zu konkretisieren und tatsächliche Benachteiligungen in verschiedenen Lebensbereichen zu beheben, ist — auch in Umsetzung der Sozialziele in Art. 41 BV — in erster Linie eine Aufgabe des Gesetzgebers¹¹⁸. So ergibt sich z.B. direkt aus Art. 8 Abs. 2 und Abs. 4 kein justiziabler Anspruch auf ein ganz bestimmtes invalidenversicherungsrechtliches Leistungsspektrum¹¹⁹. In aller Regel leitet das Bundesgericht auch nicht direkt aus den Grundrechten eine Leistungspflicht ab, sondern verwendet die Grundrechte zur Auslegung von Leistungsansprüchen, wie sie im Gesetzesrecht (z.B. der Schul- oder Invalidengesetzgebung) konkretisiert sind¹²⁰. Diese Praxis ergibt sich aus der funktionalen Beschränkung der Justiz, die den ökonomischen und sozialen Auswirkungen von staatlichen Leistungen in den meisten Einzelfällen nicht umfassend gerecht werden kann¹²¹. Dem Gesetzgeber kommt hinsichtlich der zu wählenden Massnahmen und dem Zeitrahmen ein wesentlicher Spielraum zu.

Von positiven Massnahmen zur Beseitigung von indirekten Diskriminierungen zu unterscheiden sind die eigentlichen Förderungsmassnahmen, welche bestimmte Personengruppen privilegieren und der materiellen Gleichstellung dienen. Diese sind nach Lehre und Praxis zulässig, sofern die Privilegierung der Beseitigung einer aktuellen, tatsächlichen Schlechterstellung der betroffenen Gruppe dient, die Förderungsmassnahme zur Realisierung der tatsächlichen Gleichstellung geeignet und erforderlich ist (und in zeitlicher Hinsicht nicht länger dauert als nötig) und wenn die Massnahme andere Gruppen und die Grundrechte ihrer Einzelpersonen nicht in unzumutbarer und verfassungswidriger Weise belastet¹²².

Die Staatszielbestimmung von Art. 2 Abs. 3 BV verpflichtet die schweizerische Eidgenossenschaft dazu, für „möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern“ zu sorgen. Diese Norm begründet keinerlei subjektive Rechte, kann jedoch bei der Auslegung der anderen Verfassungsbestimmungen eine Rolle spielen.

¹¹⁷ Zum Ganzen Klein, S. 94 ff.

¹¹⁸ BGer-Entscheid 68/02 vom 18. August 2005, E.5.2.1. unter Bezugnahme auf Klein, S. 122 ff. und S. 215.

¹¹⁹ BGer-Entscheid 68/02 vom 18. August 2005, E.6.3.

¹²⁰ BGE 123 V 189 E. 4 f. Eine Evaluation verschiedener Fälle im Bereich von Leistungen an behinderte Menschen siehe bei Klein, S. 116 ff. So führte das Bundesgericht z.B. bezüglich der Einführung einer Wittwerrente durch den Richter gestützt auf Art. 4 Abs. 2 (alte) BV im zitierten Entscheid aus: „Dem gestellten Begehren ist dabei nicht unter Berufung auf die unabsehbaren finanziellen Folgen und die sachlichen Grenzen richterlichen Eingreifens entgegenzutreten. Denn die hier allein interessierende Einführung des als Risikoleistung vergleichsweise eher selten aktuell werdenden Witwerrentenanspruchs erwiese sich in verschiedener Hinsicht als weit weniger folgenschwer als die für eine Vielzahl der Versicherten bedeutsame Neuordnung des Pensionierungsalters. Deshalb dürften seine Anerkennung auf dem Wege der Rechtsprechung und die damit verwirklichte Durchsetzung der verfassungsmässigen Ordnung jedenfalls nicht an der beschränkten funktionellen Eignung gerichtlicher Verfahren scheitern.“

¹²¹ Übersax, S. 8 ff.

¹²² Müller, Grundrechte, S. 450 ff.; Kiener/Kälin, S. 370 ff.

d. Geltung unter Privaten

Art. 35 Abs. 3 BV hält fest, dass die Behörden dafür sorgen müssen, dass die Grundrechte je nach Eignung auch unter Privaten wirksam werden. Direkt an die Grundrechte gebunden sind Private, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnehmen¹²³. Abgesehen davon gilt das Diskriminierungsverbot, mit Ausnahme der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann, nicht unmittelbar zwischen Privaten. Der Gesetzgeber ist jedoch verpflichtet, mit einer entsprechenden Ausgestaltung der Rechtsordnung dafür zu sorgen, dass diskriminierende Herabsetzungen insbesondere dann unterbleiben, wenn zwischen den Privaten ein Machtungleichgewicht besteht (z.B. im Miet- und Arbeitsrecht¹²⁴). Ein Beispiel dafür ist Art. 6 Behindertengleichstellungsgesetz, welcher vorsieht, dass private Anbieter Menschen mit Behinderungen bei öffentlich angebotenen Dienstleistungen nicht diskriminieren dürfen. Zudem ist die Rechtsordnung grundrechtskonform auszulegen (insbesondere privatrechtliche Normen, z.B. Persönlichkeitsschutz, mietrechtliche Bestimmungen über den Kündigungsschutz sowie das Arbeitsrecht und allgemein unbestimmte Rechtsbegriffe).

2. Art. 8 Abs. 4 BV

Gemäss Art. 8 Abs. 4 muss das Gesetz „Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten“ vorsehen. Der Wortlaut von Abs. 4 geht weniger weit als jener von Abs. 3, der für den Bereich der Geschlechtergleichstellung verlangt, dass das „Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung“ sorgt¹²⁵. Art. 8 Abs. 4 BV vermittelt keine individuellen und unmittelbar durchsetzbaren Leistungsansprüche¹²⁶. Es handelt sich vielmehr um einen Gesetzgebungsauftrag, welcher der Konkretisierung der programmatischen Schicht des Diskriminierungsverbotes in Art. 8 Abs. 2 BV dienen und durch Beseitigung der strukturellen und institutionellen Schranken für eine bessere Chancengleichheit sorgen soll¹²⁷. Nach KLEIN geht es dabei einerseits um kompensatorische positive Massnahmen, die negative Auswirkungen ausgleichen wollen, andererseits auch um privilegierende positive Massnahmen, welche die Gleichstellung der Behinderten in einem weiteren Sinne fördern sollten¹²⁸.

Art. 8 Abs. 4 verpflichtet den Gesetzgeber, positive Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von behinderten Menschen zu ergreifen, die über jene Förderungs- und Unterstützungsaufträge hinausgehen, die dem Staat gestützt auf Art. 111 und 112 Abs. 6 Satz 1 BV im Bereich der Invalidenversicherung zugeschrieben werden. Der Auftrag aus Art. 8 Abs. 4 BV erschöpft sich nicht im Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes von 2002, sondern muss als *Daueraufgabe* verstanden werden. Er beschränkt sich im Übrigen

¹²³ BGE129 III 35 E. 5.2. S. 40.

¹²⁴ Siehe dazu auch Wyss, S. 133 f.; Schweizer, S. 202 N. 50.

¹²⁵ Kritisch dazu Grisel, S. 81; siehe auch Kiener/Kälin, S. 377 f.

¹²⁶ Bigler-Eggenberger, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rz 101.

¹²⁷ Bigler-Eggenberger, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rz 101; Waldmann, S. 538 f; Klein, S. 101 ff.

¹²⁸ Klein, S. 110.

auch nicht auf den Bundesgesetzgeber, sondern verpflichtet in den entsprechenden Kompetenzbereichen *auch den kantonalen Gesetzgeber*¹²⁹.

III. Umsetzung im Behindertengleichstellungsgesetz vom 13.12.2002 (BehiG)

Um die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu verbessern, können Massnahmen direkt auf die behinderte Person abzielen und so ihre persönliche Situation z.B. durch Rentenzahlung, Sonderschulung und berufliche Wiedereingliederung verbessern (Invalidengesetzgebung). Dieser Ansatz wird ergänzt durch strukturelle Massnahmen, welche die Rahmenbedingungen der Gesellschaft in einer Weise verändern, dass sie auch den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen. Das Behindertengleichstellungsgesetz regelt Belange nach diesem zweiten Ansatz¹³⁰.

Das Gesetz konkretisiert den Gesetzgebungsauftrag in Art. 8 Abs. 4. Es weist einen grundrechtlichen Bezug auf, was bei der Auslegung der Gesetzesnorm zu berücksichtigen ist¹³¹. In zweierlei Hinsicht weist es über die engere verfassungsrechtliche Definition des Diskriminierungsverbotes in Art. 8 Abs. 2 BV hinaus:

(a) Es bekämpft *Benachteiligungen* von Behinderten. Um solche handelt es sich nach dem Wortlaut von Art. 2, wenn Behinderte *rechtlich oder tatsächlich anders behandelt werden und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung notwendig ist*. Das Gesetz definiert in Art. 2 Menschen mit Behinderungen als Personen, welchen „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.“ Es hat gemäss Art. 1 zum Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, welchen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind und Rahmenbedingungen zu setzen, die „Menschen mit Behinderungen erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen und insbesondere selbständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben“. Das Gesetz enthält Bestimmungen zu folgenden Bereichen:

- Zugang zu öffentlichen Bauten und Anlagen,
- Inanspruchnahme des öffentlichen Verkehrs,
- Inanspruchnahme von Dienstleistungen,
- Zugang zu Aus- und Weiterbildung sowie
- spezielle weitere Bestimmungen für Bund und Kantone.

¹²⁹ So auch Bigler-Eggenberger, Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, Rz. 101.

¹³⁰ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11.12.2000, BBl 2001 1715 ff., 1774.

¹³¹ BGer-Entscheid 68/02 vom 18. August 2005, E.5.2.1; BGE 130 V 17 E. 3.5.1.2.

(b) Es nimmt nicht nur den Staat, sondern auch *Private in die Pflicht* (z.B. Besitzer von öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen oder von Wohnhäusern mit mehr als acht Wohneinheiten bzw. Bürogebäuden mit mehr als 50 Arbeitsplätzen oder Private, welche Dienstleistungen öffentlich anbieten).

Staatliche Angebote — z.B. im Bereich von Dienstleistungen — unterstehen dem *Benachteiligungsverbot* (Definition siehe vorstehend); Benachteiligungen müssen beseitigt werden. Von Privaten angebotene Dienstleistungsangebote unterliegen nur dem „Diskriminierungsverbot“ (Art. 6 und 8 Abs. 2 BV); bei entsprechender Verletzung ist eine Entschädigung geschuldet. Gemäss der Botschaft ist unter Diskriminierung im Zusammenhang mit Dienstleistungen Privater „eine qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende und meist auch herabwürdigende Behandlung von Menschen mit Behinderungen“ zu verstehen. Das Gesetz sieht bei Missachtung des Diskriminierungsverbotes jedoch nur eine Entschädigung vor; die Privaten werden nicht angehalten, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung zu ergreifen. Es verpflichtet private Anbieter von Dienstleistungen also weder direkt zur Gleichbehandlung, noch dazu, auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten, sondern schützt vor „besonders stossendem Verhalten, das jene Toleranz, die sich Mitglieder unserer Gesellschaft gegenseitig schulden, vermissen lässt“¹³².

Gemäss dem Grundsatz von Art. 11 ist bei der Frage der Entschädigungshöhe sowie bei der Beseitigung von Benachteiligungen der Nutzen für die behinderten Personen gegenüber dem wirtschaftlichen Aufwand, den Interessen des Umweltschutzes oder des Natur- und Heimatschutzes sowie den Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit abzuwägen (Konkretisiert in Art. 6 der Behindertengleichstellungsverordnung vom 19.11.2003).

Das Gesetz enthält zwar Massnahmen zur Verbesserung der Integration von Menschen mit Behinderungen ins Erwerbsleben (Pilotversuche, Art. 17), jedoch keine weiterführenden verbindlichen Vorgaben für Bund und Kantone zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes. Private Arbeitgeber werden nicht direkt angesprochen oder in die Pflicht genommen¹³³.

IV. Diskriminierungsbegriffe und „Gleichstellungsaufträge“ in von der Schweiz ratifizierten internationalen und regionalen Menschenrechtsabkommen

Grundsätzlich dienen die von der Schweiz ratifizierten beiden UNO-Menschenrechtspakte, die Kinderrechtskonvention und die Europäische Menschenrechtskonvention auch dem Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen; in der Praxis werden sie in diesem Zusammenhang allerdings kaum je angerufen bzw. angewendet¹³⁴.

¹³² Beide Zitate aus Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz, S. 1780.

¹³³ Weiterführend Naguib, S. 3.

¹³⁴ Stein, S. 79.

1. *Diskriminierungsverbote in internationalen Abkommen*

Auch im internationalen Menschenrechtsschutz bezeichnet der Begriff Diskriminierung qualifizierte Fälle von Gleich- bzw. Ungleichbehandlung, welche an bestimmte Merkmale anknüpft, die einen nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität einer Person ausmachen¹³⁵. Die akzessorischen Diskriminierungsverbote schützen vor Diskriminierung lediglich im Hinblick auf die Wahrnehmung der anderen materiellen Garantien eines Abkommens. Zu dieser Kategorie zählen die Diskriminierungsverbote in Art. 14 EMRK, Art. 2 KRK, Art. 2 Abs. 2 Pakt I oder Art. 2 Abs. 1 Pakt II. Auch wenn ausser Art. 2 KRK keine dieser Bestimmungen Behinderung ausdrücklich als verbotenen Anknüpfungspunkt für Unterscheidungen nennt, können sie für den Schutz von Personen mit Behinderungen herangezogen werden.

Die selbständigen Diskriminierungsverbote schützen gegen Benachteiligungen durch rechtsetzende oder rechtsanwendende staatliche Akte auch in Bereichen, für welche die anderen Garantien des betreffenden Abkommens keinen Schutz bieten. Zu dieser Art von Diskriminierungsverboten zählt insbesondere Art. 26 Pakt II¹³⁶, der zudem auch die Garantie der Rechtsgleichheit in Gesetz und Rechtsanwendung enthält. Ebenfalls ein selbständiges und umfassendes Diskriminierungsverbot enthält Art. 1 des zwölften Zusatzprotokolls zur EMRK vom 4. November 2000 (in Kraft seit dem 1. April 2005). Zu Art. 26 Pakt II hat die Schweiz einen Vorbehalt deponiert, welcher die Anwendung des Artikels auf die Paktgarantien beschränkt. Das zwölfte Zusatzprotokoll zur EMRK hat sie nicht ratifiziert.

2. *Europäische Menschenrechtskonvention*

Art. 14 EMRK schützt vor direkter und indirekter Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen¹³⁷, auch wenn das Kriterium der Behinderung nicht genannt wird. Bis heute hatte der Gerichtshof keine Gelegenheit, sich eingehend mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen unter dem Gesichtspunkt von Art. 14 EMRK auseinanderzusetzen; die bisherigen Entscheide behandeln diese Frage nur am Rande. In einigen Verfahren haben sich Beschwerdeführende auf das Recht auf Privat- und Familienleben aus Art. 8 EMRK berufen. Im Entscheid *Botta g. Italien* ging der Gerichtshof implizit davon aus, dass Diskriminierungen aufgrund von Behinderungen unter die Bezeichnung „sonstiger Status“ in Art. 14 EMRK fallen¹³⁸. Während der Gerichtshof

¹³⁵ Kälin/Künzli, S. 345.

¹³⁶ Siehe zur Entwicklung in der Rechtsprechung des MRA in Dupuy, S. 150 f.

¹³⁷ Im Entscheid der Grossen Kammer des EGMR, D.H. et al. g. Tschechische Republik, 57325/00 (2007) bejahte der Gerichtshof eine indirekte Diskriminierung von Roma-Kindern im tschechischen Schulsystem gestützt auf Art. 2 des 1. ZP.

¹³⁸ „Invoquant l'article 14 combiné avec l'article 8, le requérant se prétend (...) victime d'une discrimination, en tant que handicapé, dans l'exercice des droits fondamentaux garantis à tous. Si la notion de discrimination englobe tous les cas où un individu se trouve traité de manière moins favorable qu'un autre individu, sans que cela soit dûment justifié, une personne handicapée subit un traitement différent, sans justification objective ou raisonnable, par rapport à des personnes qui ne sont pas inaptes ou

für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Personen aufgrund der suspekten Kriterien Geschlecht, Rasse, Religion und Zivilstand der Eltern besonders triftige Gründe verlangt, scheint er in *Botta g. Italien* davon auszugehen, dass objektive und vernünftige Gründe für eine Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung ausreichend sein können¹³⁹. Diese vom Gerichtshof nicht weiter begründete Differenzierung gegenüber anderen „suspekten Kriterien“ wurde im Fall *Pretty g. Vereinigtes Königreich* bestätigt. Der Gerichtshof liess die Rüge zu, eine Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung könne Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK berühren¹⁴⁰.

3. *UNO-Menschenrechtspakte von 1966*

a. *UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)*

Die Allgemeine Bemerkung Nr. 5 des Ausschusses für WSK-Rechte befasst sich mit den Rechten von Menschen mit Behinderungen. Das Dokument ist auch für die Schweiz relevant, da es Aufschluss über die Interpretation der Garantien des Sozialpaktes gibt. Es hält fest, dass eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung von Art. 2 Abs. 2 Pakt I erfasst werde, welcher ein akzessorisches Diskriminierungsverbot enthält¹⁴¹. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung bedeutet nach Auffassung des Ausschusses folgendes:

„For the purposes of the Covenant, disability-based discrimination may be defined as including any distinction, exclusion, restriction or preference, or denial of reasonable accommodation based on disability which has the effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of economic, social or cultural rights.“¹⁴²

Diese umfassende Definition kommt dem Ansatz der Behindertenkonvention sehr nahe. Der Ausschuss fordert die Staaten auf, positive Massnahmen zu ergreifen, um strukturelle Nachteile zu beseitigen und die volle Partizipation der behinderten Menschen in der Gesellschaft zu ermöglichen. Die Bemerkung hält schliesslich fest, dass im Zuge der zunehmenden Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen das Diskriminierungsverbot entsprechend auszudehnen sei¹⁴³.

Das Bundesgericht verneint bisher in konstanter Praxis die direkte Anwendbarkeit verschiedener Rechte des Sozialpaktes; zur direkten Anwendbarkeit des akzessorischen Diskriminierungsverbotes in Art. 2 Abs. 2 hat es dargelegt,

invalides“, EGMR, *Botta g. Italien*, 1998-412, para. 37. Dazu Heringa/Van Hoof, Ziff. 33.5.8. In einem älteren Entscheid, *Marzari g. Italien*, 36448/97 (1999) hielt die (damalige) Kommission fest, dass im Fall schwerer Krankheiten positive Verpflichtungen des Staates entstehen könnten, dazu Dröge, S. 134.

¹³⁹ Dazu näher Klein, S. 132 f.

¹⁴⁰ *Pretty g. Vereinigtes Königreich*, 2346/02 (2002), § 87 ff. Die Beschwerdeführerin war aufgrund ihrer Behinderung auf Fremdhilfe beim Suizid angewiesen, welche nach der englischen Rechtslage verboten ist. Die Beschwerde wurde abgewiesen, weil nach Ansicht des Gerichtshofes objektive und vernünftige Gründe für eine differenzierende Behandlung vorlagen.

¹⁴¹ WSK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 5, 9.12.1994, N 5.

¹⁴² N. 15.

¹⁴³ N. 11.

dass dieses in Kombination mit den programmatischen Bestimmungen des Sozialpaktes nicht direkt angerufen werden könne, allerdings ohne dies näher zu begründen¹⁴⁴. In BGE 2P.77/2000 vom 20.11.2000, E. 5.d. wurde die Frage offen gelassen. In der Lehre, welche die direkte Anwendbarkeit gewisser Verpflichtungsebenen der Sozialrechte postuliert, wird die Haltung des Bundesgerichts kritisiert. Das Diskriminierungsverbot und die Rechtsgleichheit der Bundesverfassung sind nach schweizerischer Verfassungsrechtsprechung ebenso justiziabel wie z.B. das Diskriminierungsverbot der EMRK. Folglich sollte zu den direkt anwendbaren Garantien auch der diskriminierungsfreie Zugang zu und die diskriminierungsfreie Entrichtung von Leistungen der sozialen Sicherheit und die diskriminierungsfreie Gewährung von Leistungen aus anderen Sozialrechtsbereichen (namentlich der Bildung) gehören¹⁴⁵.

b. UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II)

Der Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung fällt unter den Aufangtatbestand des „sonstigen Status“ in Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 Pakt II¹⁴⁶. Der Menschenrechtsausschuss hat sich mehrfach mit den Rechten behinderter Menschen befasst, jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbotes in Art. 26, sondern im Zusammenhang mit anderen Garantien, insbesondere Art. 10 (Freiheitsentzug) und 24 (Schutz von Kindern und Jugendlichen)¹⁴⁷. Seine Rechtsprechung konzentriert sich auf die Abwehrdimension des Diskriminierungsverbotes. Das selbständige Diskriminierungsverbot in Art. 26 bezieht sich auf die gesamte Rechtsordnung, also auch auf die Wahrnehmung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten¹⁴⁸. Nach der Praxis zu Art. 26 Pakt II liegt trotz Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal dann keine Diskriminierung vor, wenn die Unterscheidung an objektive und vernünftige Gründe anknüpft¹⁴⁹. Die spärliche Rechtsprechung zu indirekter Diskriminierung entspricht im Wesentlichen der Dogmatik in der schweizerischen Rechtslage¹⁵⁰. In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 18 hat der MRA festgehal-

¹⁴⁴ « e) (...) Certes, il n'est pas exclu, on l'a vu, que l'une ou l'autre des normes du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels puisse être considérée comme directement applicable, notamment l'art. 8 al. 1 let. a concernant le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix (...). Mais tel n'est à l'évidence pas le cas de son art. 9, qui a une portée très générale et qui ne saurait, pour cette raison, fonder concrètement le droit à une prestation d'assurance donnée. Quant à l'art. 2 al. 2, il n'a pas de portée autonome. Comme cela ressort de sa lettre, il formule des garanties - notamment l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité - en liaison seulement avec des obligations programmatiques que les Etats s'engagent à réaliser progressivement.» BGE 121 V 246 E. 2.e. S. 250; siehe auch 121 V 229 E. 3a, S. 232.

¹⁴⁵ Kälin/Künzli, S. 114 f.; Malinverni, S. 76 f.

¹⁴⁶ Joseph et al., S. 530 Rz. 23.23.

¹⁴⁷ Z.B. MRA, Corey Brough g. Australien, Nr. 1184/2003 (2006), Ziff. 9.1. ff. und MRA, Hamilton g. Jamaika, Nr. 616/1995 (1999), Ziff. 8.2.

¹⁴⁸ Ausführlich dazu der Entscheid des MRA, S.W.M. Brooks g. Holland, Nr. 172/1984 (1987), §10.

¹⁴⁹ Kälin/Künzli, S. 353, mit Hinweisen auf die Entscheide MRA, Love et al. g. Australien, 983/2001 (2003), Ziff. 8.2.; Young g. Australien, 941/2000 (2003), Ziff. 8.2.; Karakurt g. Österreich, 965/2000 (2002), Ziff. 8.4.

¹⁵⁰ Z.B. MRA, Simunek et al. g. Tschechische Republik, No. 516/1992 (21995), Ziff. 11.7 oder MRA, Althammer et al. gegen Österreich, 998/2001 (2003), Ziff. 10.2.: „The authors claim that that they are victims of discrimination because the abolition of the household benefits affects them, as retired persons, to a greater extent than it affects active employees. The Committee recalls that a violation of

ten, dass eine Diskriminierung nicht nur dann vorliege, wenn eine Unterscheidung eine Herabsetzung beabsichtige, sondern auch wenn eine (neutrale) Massnahme diese Auswirkung zeige: „[discrimination] should be understood to imply any distinction (...) based on any ground (...) which has the purpose or effect of nullifying ...“¹⁵¹.

Die Schweiz hat, wie oben erwähnt, zum selbständigen Diskriminierungsverbot in Art. 26 einen Vorbehalt angebracht, welcher den Geltungsbereich (akzessorisch) auf die Anwendung der Paktgarantien beschränkt¹⁵². Das Zusatzprotokoll, welches ein Individualbeschwerdeverfahren an den MRA vorsieht, wurde von der Schweiz bisher nicht ratifiziert.

c. Schutz vor Diskriminierungen durch Private und privilegierende Massnahmen

Sowohl der UNO-Menschenrechtsausschuss wie auch der Ausschuss für WSK-Rechte haben dargelegt, dass die Staaten Massnahmen gegen Diskriminierungen im Privatbereich zu ergreifen hätten und nicht nur rechtliche, sondern tatsächliche Benachteiligungen einzelner Bevölkerungskreise zu bekämpfen seien¹⁵³. Privilegierende Massnahmen zugunsten solcher Personengruppen stellen keine „Diskriminierung“ der anderen Bevölkerungsteile dar, sofern sie verhältnismässig sind¹⁵⁴.

4. Kinderrechtskonvention

Art. 2 Abs. 1 KRK verbietet Diskriminierungen wegen Behinderungen des Kindes oder seiner Eltern. Die Kinderrechtskonvention enthält somit als einzige der internationalen Menschenrechtskonventionen ein ausdrückliches, jedoch akzessorisches Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung, welches sich sowohl auf die bürgerlichen und politischen, wie auf die sozialen Rechte der

article 26 can also result from the discriminatory effect of a rule or measure that is neutral at face value or without intent to discriminate. However, such indirect discrimination can only be said to be based on the grounds enumerated in Article 26 of the Covenant if the detrimental effects of a rule or decision exclusively or disproportionately affect persons having a particular race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, rules or decisions with such an impact do not amount to discrimination if they are based on objective and reasonable grounds.“

¹⁵¹ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989), § 9.

¹⁵² Für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992, AS 1993 750.

¹⁵³ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 28 (2000), Ziff. 3ff. sowie Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989), Ziff. 5. WSK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 16 (2005), Ziff. 18.

¹⁵⁴ WSK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 16 (2005), Ziff. 15. Siehe auch MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989): „10. The Committee also wishes to point out that the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant. For example, in a State where the general conditions of a certain part of the population prevent or impair their enjoyment of human rights, the State should take specific action to correct those conditions. Such action may involve granting for a time to the part of the population concerned certain preferential treatment in specific matters as compared with the rest of the population. However, as long as such action is needed to correct discrimination in fact, it is a case of legitimate differentiation under the Covenant.“

Konvention bezieht¹⁵⁵. Die Schweiz hat zu dieser direkt anwendbaren, justiziablen Bestimmung keinerlei Vorbehalte angebracht. In Ergänzung dazu verpflichtet Art. 23 KRK die Staaten, Kinder mit Behinderungen zu schützen und zu fördern und ihre Rechte anzuerkennen¹⁵⁶.

Art. 23 KRK enthält kein selbständiges Diskriminierungsverbot des Kindes im Sinne eines Rechts auf Gleichbehandlung mit nicht behinderten Kindern und ist im Übrigen programmatischer Natur¹⁵⁷. Die Verpflichtungen bestehen im Umfang der Verfügbarkeit staatlicher Mittel und unter Berücksichtigung der Leistungsmöglichkeiten der Eltern. Art. 23 enthält Zielformulierungen (erfülltes und menschenwürdiges Leben; Wahrung der Würde; Förderung der Selbständigkeit; aktive Teilnahme am Leben der Gesellschaft), auf welche die durch die Staaten zu ergreifenden Massnahmen gerichtet sein müssen. Er verpflichtet die Staaten zur Anerkennung eines Rechts auf besondere Betreuung und zu bestimmten Leistungen, mit welchen die soziale Integration und individuelle Entfaltung des Kindes gefördert werden sollen.

5. *Frauenrechtskonvention*

Das Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (Frauenrechtskonvention), in Kraft für die Schweiz seit dem 26.4.1997, ergänzt und konkretisiert die Garantien der beiden UNO-Menschenrechtspakte und soll deren Implementierungslücken schliessen¹⁵⁸. Das Diskriminierungsverbot in Art. 2 Frauenrechtskonvention ist *selbständig*, bezieht sich also auf alle staatlichen Rechtsakte und nicht nur auf die Verwirklichung der Konventionsgarantien¹⁵⁹. Die Schweiz hat zum Diskriminierungsartikel keine Vorbehalte statuiert, wohl aber zu einzelnen anderen Garantien und dort diskriminierende Rechtsnormen der Schweiz vorbehalten. In der Botschaft

¹⁵⁵ KRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 9 (2006), The Rights of Children with disabilities, CRC/C/GC/9, 27.2.2007, S. 3, § 8.

¹⁵⁶ Art. 23 (1) Die Vertragsstaaten erkennen an, dass ein geistig oder körperlich behindertes Kind ein erfülltes und menschenwürdiges Leben unter Bedingungen führen soll, welche die Würde des Kindes wahren, seine Selbständigkeit fördern und seine aktive Teilnahme am Leben der Gemeinschaft erleichtern.; (2) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht des behinderten Kindes auf besondere Betreuung an und treten dafür ein und stellen sicher, dass dem behinderten Kind und Menschenrechte und Grundfreiheiten den für seine Betreuung Verantwortlichen im Rahmen der verfügbaren Mittel auf Antrag die Unterstützung zuteil wird, die dem Zustand des Kindes sowie den Lebensumständen der Eltern oder anderer Personen, die das Kind betreuen, angemessen ist.; (3) In Anerkennung der besonderen Bedürfnisse eines behinderten Kindes ist die nach Absatz 2 gewährte Unterstützung soweit irgend möglich und unter Berücksichtigung der finanziellen Mittel der Eltern oder anderer Personen, die das Kind betreuen, unentgeltlich zu leisten und so zu gestalten, dass sichergestellt ist, dass Erziehung, Ausbildung, Gesundheitsdienste, Rehabilitationsdienste, Vorbereitung auf das Berufsleben und Erholungsmöglichkeiten dem behinderten Kind tatsächlich in einer Weise zugänglich sind, die der möglichst vollständigen sozialen Integration und individuellen Entfaltung des Kindes einschliesslich seiner kulturellen und geistigen Entwicklung förderlich ist. (4) (...)

¹⁵⁷ Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V 53.

¹⁵⁸ Von Bernstorff, S. 1045.

¹⁵⁹ Hausammann, S. 99.

zur Ratifizierung des Übereinkommens hat der Bundesrat die Frage unbeantwortet gelassen, ob der allgemeine Diskriminierungsartikel (Art. 2) direkt anwendbar ist oder nicht¹⁶⁰. Jedenfalls Art. 2 lit. e, welcher den Staat verpflichtet, diskriminierende Handlungen und Praktiken zu unterlassen, muss als direkt anwendbar/justiziabel qualifiziert werden.

V. Diskriminierungsverbot in der Behindertenkonvention

1. Diskriminierungsbegriff (Art. 2 BehiK)

Nach dem Katalog der Begriffsbestimmungen in Art. 2 bedeutet Diskriminierung aufgrund der Behinderung

„jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung auf Grund von Behinderung, 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. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“

Das ebenfalls von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965 enthält in Art. 1 *mit Ausnahme des Teilsatzes „Versagung angemessener Vorkehrungen“* eine sehr ähnliche Formulierung¹⁶¹. Der Bundesrat erblickte in dieser Umschreibung des Diskriminierungsverbotes 1992 keinerlei Probleme für die Schweiz¹⁶². Auch die Frauenrechtskonvention enthält eine ähnliche Wendung¹⁶³. In Art. 4 Abs. 1 sieht die Frauenrechtskonvention vor, dass vorübergehende Massnahmen zur Herstellung von Chancengleichheit zulässig sind (vgl. auch Art. 1 Abs. 4 und

¹⁶⁰ Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 23.8.1995, BBl 1995 V 901, 926 ff.

¹⁶¹ „In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck «Rassendiskriminierung» jede auf der Rasse (...) beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Geniessen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“

¹⁶² Botschaft des Bundesrates zum Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 2.3.1992, BBl 1992 III 269 ff., S. 279. Deutlich auf S. 289: „Mit Artikel 4 BV sind die staatlichen Behörden aller Stufen schon heute in umfassender Weise an das Rassendiskriminierungsverbot gebunden. Der Beitritt zum Übereinkommen bewirkt in diesem Sinne keine Veränderung der Rechtslage, sondern verstärkt das bereits existierende Diskriminierungsverbot in seiner Bedeutung.“

¹⁶³ Nach Hausammann, S. 100 ff., ergeben sich aus der Frauenrechtskonvention und den UNO-Menschenrechtspakten in Bezug auf die Reichweite des Diskriminierungsverbotes drei Schichten: Das Recht auf *gleiche Behandlung* (Diskriminierungsverbot i.e.S), *Recht auf gleiche Chancen* (positive Leistungspflichten zum Schutz vor/Ausgleichung von faktischen Benachteiligungen auch im Privatbereich) sowie *Recht auf faktische Gleichstellung im Sinne einer Ergebnisgleichheit* (vorübergehende Sondermassnahmen gemäss Art. 4 Frauenrechtskonvention). Vgl. zum letzteren auch Art. 1 Abs. 4 Anti-Rassendiskriminierungsübereinkommen.

Art. 2 Abs. 2 Anti-Rassendiskriminierungsübereinkommen). Eine vergleichbare Bestimmung enthält Art. 5 Abs. 4 BehiK. Eine weitere Parallele zur Frauenrechtskonvention (und im Übrigen auch zum Rassendiskriminierungsübereinkommen) besteht weiter darin, dass der Staat nicht nur selber Diskriminierung zu unterlassen, sondern vielmehr dafür zu sorgen hat, dass Diskriminierungen durch Private verhindert bzw. beseitigt werden¹⁶⁴.

Das Diskriminierungsverbot umfasst direkte und indirekte Diskriminierung („zum Ziel oder zur Folge hat“, „umfasst alle Formen der Diskriminierung“)¹⁶⁵. Der Staat hat das Diskriminierungsverbot zu achten bzw. Diskriminierungen zu unterlassen und beseitigen (duty to respect) und Behinderte mit geeigneten zivil- und strafrechtlichen Vorkehrungen vor Diskriminierungen zu schützen (protect). Unter „angemessenen Vorkehrungen“ ist schliesslich eine staatliche Leistungspflicht zu verstehen (duty to fulfill). Sie umfasst, ebenfalls gemäss Art. 2, „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen“, die „keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen“. Mit anderen Worten: *Gibt es notwendige und geeignete Massnahmen, welche den Menschen mit Behinderungen die Ausübung ihrer Rechte erleichtern und so die Gleichstellung ermöglichen oder verbessern würden, so müssen diese ergriffen werden, wenn sie im Sinne einer umfassenden Güterabwägung keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung (für den Staat, für betroffene Private) darstellen.*

Gemäss dem UNO-HANDBUCH FÜR PARLAMENTARIER — welches die Gesetzgebung verschiedener europäischer Länder im Rechtsvergleich heranzieht — können für die Frage, ob eine unverhältnismässige bzw. unbillige Belastung vorliegt, folgende Faktoren eine Rolle spielen: Praktikabilität der Vorkehrungen, Kosten, Grösse und Ressourcen des betroffenen Gemeinwesens (oder gegebenenfalls der betroffenen Privaten), die Erhältlichkeit alternativer finanzieller Unterstützung, Gesundheits- und Sicherheitsüberlegungen und die Auswirkungen der Anpassungen auf die Allgemeinheit¹⁶⁶. Dem schweizerischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist die Art dieser Güterabwägung nicht fremd (Art. 5 und 36 BV). Zudem kann auf die Materialien zu Art. 11 des Behindertengleichstellungsgesetzes zurückgegriffen werden¹⁶⁷. Gemäss Art. 11 wird auf eine Beseitigung der Benachteiligung verzichtet, wenn

„der für Behinderte zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht, insbesondere: a. zum wirtschaftlichen Aufwand; b. zu Interessen des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes; c. zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit.“

¹⁶⁴ Art. 2 lit. d. Frauenrechtskonvention, Art. 2 Abs. 1 lit. d. Rassendiskriminierungsübereinkommen; siehe dazu United Nations/Inter-Parliamentary Union, S. 68 ff.; <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf>.

¹⁶⁵ Ein Vorschlag der EU, einen weiteren Absatz aufzunehmen, welcher ausdrücklich festhalten sollte, dass unter Diskriminierung auch indirekte und systemische Ungleichbehandlung zu verstehen sei, wurde nicht umgesetzt, vgl. Archiv der Materialien; <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata5tscompilation.htm>.

¹⁶⁶ United Nations/Inter-Parliamentary Union, S. 61 ff.; <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf>.

¹⁶⁷ Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz, S. 1781ff.

Dazu ist allerdings zu bemerken, dass das selbständige Diskriminierungsverbot in der Konvention die gesamte Rechtsordnung betrifft und nicht nur jene Bereiche, die durch das Behindertengleichstellungsgesetz abgedeckt werden.

Die klare, auf eine spezifische Personengruppe bezogene Umschreibung des Diskriminierungsverbotes in der Konvention hätte in der Schweiz eine Verstärkung der Rechte für Menschen mit Behinderungen zur Folge. Über die völkerrechtskonforme Auslegung würde auch der Behinderungsbegriff der Konvention (siehe dazu vorne, 1. Kap. lit. A Ziff. I) die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV beeinflussen (Schutzbereich, Kriterium der Behinderung).

2. **Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot (Art. 5)**

Art. 5 enthält verschiedene Absätze zu Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot:

- Gleichheit vor dem Gesetz und durch das Gesetz (Abs. 1).
- Diskriminierungsfreier Anspruch auf gleichen Schutz und gleiche Vorteile durch das Gesetz (Abs. 1);
Die Funktion dieser Garantien entspricht der Rechtsgleichheit und dem Diskriminierungsverbot, wie sie in Art. 8 Abs. 1 und 2 BV verankert sind. Beide Garantien sind *justiziabel*¹⁶⁸. Sowohl Rechtsgleichheit wie Diskriminierungsverbot sind *selbständig* (nicht akzessorisch).
- Verpflichtung der Vertragsstaaten, jede Diskriminierung zu verbieten (Abs. 2).
Abs. 2 verlangt Regulierungen, mit welchen die Diskriminierung durch Private bekämpft werden soll¹⁶⁹. Die Norm enthält einen Gesetzgebungsauftrag und belässt Raum sowohl für zivil-, wie für strafrechtliche Normen.
- Gewährleistung von gleichem und wirksamem rechtlichem Schutz vor Diskriminierung, unabhängig von den Gründen (Abs. 2).
Abs. 2 fordert wirksame Rechtsbehelfe in Fällen von Diskriminierungen durch den Staat und durch Private. In der Schweiz relevant sind vor allem die Verfahren nach Behindertengleichstellungsgesetz, zivil- und strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz und Arbeitsvertragsrecht.
- Das Ergreifen geeigneter Massnahmen, um die Gleichberechtigung und die Beseitigung der Diskriminierung zu fördern (Abs. 3);

Art. 5 Abs. 3 unterscheidet zwischen *Förderung der Gleichberechtigung* und *Beseitigung* von Diskriminierung. Diese generalklauselhafte Bestim-

¹⁶⁸ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung vom 2.3.1992, BBl 1992 III 269 ff., S. 287.

¹⁶⁹ Während Abs. 1 das Verhalten des Staates betrifft (Verbot der Diskriminierung durch staatliches Handeln), verwendet Abs. 2 die Formulierung „les Etats parties interdisent ...“.

mung ist programmatisch und muss als eigentlicher „Auffangtatbestand“ verstanden werden. Darunter fallen können alle erdenklichen Massnahmen (z.B. die Entrichtung von Förderbeiträgen, Durchführung von Pilotprojekten, Informationskampagnen etc.).

- Festhalten des Prinzips, dass positive Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichberechtigung keine Diskriminierung darstellen (Abs. 4).

Art. 6 und 7 der Konvention tragen dem Umstand Rechnung, dass Frauen mit Behinderungen Mehrfachdiskriminierungen ausgesetzt sein können und behinderte Kinder speziell schutzbedürftig sind. Art. 6 ist programmatischer Natur; er verlangt eine besondere Gendersensitivität der Staaten.

3. Diskriminierungsverbot in weiteren Garantien

In den folgenden Bestimmungen, die sich zu spezifischen Rechten äussern, wird ebenfalls der Begriff *Diskriminierung* verwendet, so in

- Art. 24, Diskriminierungsfreier Genuss des Rechts auf Bildung;
- Art. 25, Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen in der Kranken- und Lebensversicherung;
- Art. 27 Abs. 1, Ergreifen von geeigneten Schritten, um die Diskriminierung im Bereich der Arbeit, einschliesslich der Auswahl-, Einstellungs- und Arbeitsbedingungen zu verbieten;
- Art. 28, Förderung der Verwirklichung des Rechts auf angemessenen Lebensstandard ohne Diskriminierung (Abs. 1); Genuss des Rechts auf sozialen Schutz ohne Diskriminierung (Abs. 2).

Auch in diesen Bestimmungen ist unter dem Begriff Diskriminierung eine Herabsetzung zu verstehen, die an die Behinderung einer Person anknüpft, ohne dass qualifizierte, sachliche Gründe eine Schlechterbehandlung „rechtfertigen“ und die Belastung zumutbar wäre bzw. wenn angemessene Vorkehrungen zur Beseitigung der Diskriminierung unterlassen werden (vgl. Diskriminierungsdefinition in Art. 2 BehiK). Im Fall der Bildung geht es um den diskriminierungsfreien Zugang, aber auch um Leistungen durch den Staat, die notwendig sein können, damit behinderte Kinder und Jugendliche überhaupt ihr Recht auf Bildung wahrnehmen können (vgl. Kap. 2 lit. B.). Im Bereich der Kranken- und Lebensversicherung und des Arbeitsbereiches sind gesetzliche Regulierungen gefordert, die *Diskriminierungen durch private Versicherungen und Arbeitgeber untersagen*. Das Gesetz fordert ausdrücklich ein Verbot der Diskriminierung in der Kranken- und Lebensversicherung. Der bisherige Schutz vor Diskriminierung in privaten Arbeitsverhältnissen dürfte heute in der Schweiz unter diesem Gesichtspunkt zu wenig ausgebaut sein (siehe auch S. 124 ff.).

Art. 28 Abs. 1 ist programmatischer Natur; der angemessene Lebensstandard soll mit dem Ziel gefördert werden, dass bestehende Ungleichheiten abgebaut werden und Chancengleichheit gefördert wird. Abs. 2 hingegen ist insofern justiziabel, als Menschen mit Behinderungen beim Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit nicht diskriminiert werden dürfen.

VI. *Sur la base de l'égalité / on an equal basis*

1. *Entstehungsgeschichte*

Die meisten Garantien enthalten in einem Teilsatz den Verweis „on an equal basis (with others)“ bzw. „sur la base de l'égalité“. Diese Bezugnahme *fehlt* in Art. 11 (Gefahrensituationen und humanitären Notlagen), Art. 16 (Schutz vor Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch), Art. 20 (Persönliche Mobilität) oder Art. 28 (angemessener Lebensstandard). In Art. 25 (Gesundheit) fehlt der Hinweis ebenfalls, wird jedoch durch Abs. 1 lit. a kompensiert, welcher eine Aufzählung der verschiedenen, in gleichem Umfang zu erbringenden Leistungen enthält. In einzelnen Artikeln finden sich der Begriff Diskriminierung und der Hinweis auf „sur la base de l'égalité/on an equal basis“ in einem einzigen Absatz, so in Art. 23 Abs. 1¹⁷⁰, Art. 24¹⁷¹ und Art. 29 lit. b¹⁷².

Im Entwurf der Working Group ist der Begriff nicht verwendet worden. In einzelnen Garantien fanden sich Wendungen wie „gleiche Rechte“, „gleiche Leistungen“ oder „gleicher Genuss“ etc.¹⁷³. Aus den Materialien, die in diesem Zusammenhang leider nicht besonders ergiebig sind, geht hervor, dass der Begriff im Verlauf der Beratungen nach und nach in einzelne Garantien eingefügt wurde. Damit sollte einerseits eine *Begrenzung* zum Ausdruck gebracht werden: den Behinderten sollten nicht mehr Rechte eingeräumt werden als Nichtbehinderten. Andererseits sollte der *Umfang der Gewährleistungspflicht* präzisiert werden: Referenzgrösse ist der Genuss der Rechte, wie er Nichtbehinderten möglich ist¹⁷⁴.

¹⁷⁰ „Die Vertragsstaaten treffen wirksame und geeignete Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen in allen Fragen, die Ehe, Familie, Elternschaft und Partnerschaften betreffen....“.

¹⁷¹ Dieser hält fest, dass das Recht auf Bildung *ohne Diskriminierung* und auf der Grundlage der *Chancengleichheit* zu verwirklichen sei.

¹⁷² Diese Bestimmung ruft die Staaten auf, ein Umfeld zu fördern, „in dem Menschen mit Behinderungen *ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen* wirksam und umfassend an der Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten“ mitwirken können.

¹⁷³ Report of the Working Group, Annex I; So im Übrigen schon im Entwurf des Vorsitzenden, Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Dezember 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

¹⁷⁴ Eine Zusammenstellung der Vorschläge von Regierungen und NGOs zuhanden der Working Group zeigt, dass die Einfügung der Bezeichnung „on an equal basis“ zunächst im Zusammenhang mit folgenden Garantien vorgeschlagen wurde: Gleichheit vor dem und durch das Gesetz, Teilnahme am kulturellen Leben, Recht auf Arbeit und Recht auf Privat- und Familienleben. Der Entwurf der Working Group wurde in der 5. Sitzung des Ad hoc Committee einer ersten Lesung unterzogen (5th Session of the Ad-Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, 24 January to 4 February 2005). Anlässlich dieser Sitzung diskutierten die Kommissionsmitglieder die Aufnahme des Begriffs in einzelne Artikel (Recht auf Leben und Rechtsausübung, persönliche Freiheit, Privat- und Familienleben). In der sechsten Sitzung regte der Vorsitzende an, die Terminologie „on an equal basis“ einheitlich zu verwenden (Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session (UN Doc. A/60/266)). In dieser Sitzung wurde auch die Verwendung des Begriffs in den Artikeln zu Recht auf Bildung, Recht auf Arbeit und Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben diskutiert.

Der Ausdruck „on an equal basis“ wird im internationalen Menschenrechtsschutz kaum verwendet¹⁷⁵. Der Begriff wird im Definitionskatalog von Art. 2 zwar erwähnt (Definition von „Diskriminierung“ und „angemessene Vorkehrungen“), aber nicht näher bestimmt. Der Deutsche Übersetzungsdienst der Vereinten Nationen braucht die Formulierung „gleichberechtigt“, „gleichberechtigt mit anderen“ oder „auf der Grundlage der Gleichberechtigung“.

2. Vergleich mit anderen, von der Schweiz ratifizierten Konventionen

Ebenso wie die Behindertenkonvention enthält auch die Definition von Diskriminierung im Anti-Rassendiskriminierungsübereinkommen den Verweis auf die „Gleichberechtigung“ („*gleichberechtigtes Anerkennen*“). Wie oben erwähnt, erblickte der Bundesrat in dieser Umschreibung keinerlei Probleme für die Schweiz¹⁷⁶.

Die Frauenrechtskonvention weist ebenfalls Parallelen zur Behindertenkonvention auf. Zum einen haben beide Konventionen zum Ziel, eine spezifische Gruppe der Bevölkerung vor Diskriminierungen zu schützen und für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung in der Gesellschaft zu sorgen. Gleich wie die Behindertenkonvention bestimmt die Frauenrechtskonvention in mehreren Bestimmungen, dass die Verwirklichung bzw. Gewährleistung von Rechten auf der „Grundlage der Gleichberechtigung“ („mit dem Mann“/„mit anderen“) zu erfolgen habe, vgl. insb. Art. 2 (Gewährleistung des gesetzlichen Schutzes), 3 (Gewährleistung des Genusses der Menschenrechte und Grundfreiheiten), 10 (Rechte in Bezug auf Bildung), 11 (Berufsleben), 12 (Gesundheitsversorgung) oder 16 (Ehe- und Familienfragen). Insofern nehmen beide Konventionen eine vergleichende Perspektive ein: die Situation und Interessenlage bestimmter Menschen wird in Relation gesetzt mit dem Rest der Bevölkerung. Zum anderen beschränken sich die Garantien der beiden Übereinkommen nicht auf ein „klassisches“ Diskriminierungsverbot, sondern gehen darüber hinaus. Sowohl die Frauenrechtskonvention als auch die Behindertenkonvention verpflichten die Vertragsstaaten, positive Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung (von Mann und Frau/von Menschen mit und ohne Behinderungen) zu ergreifen.

Zwischen der „Gleichstellung“ von Frau und Mann und jener zwischen Behinderten und Nichtbehinderten gibt es jedoch einen wichtigen Unterschied: Während die Gleichstellung von Frau und Mann (ausser im Bereich biologisch vorgegebener Unterschiede wie Schwangerschaft) in jedem Lebens- und Rechtsbereich rechtlich und tatsächlich möglich ist, gestaltet sich die Situation bei der Behindertengleichstellung komplexer, da mit der Behinderung verbundene Beeinträchtigungen, die z.B. die Sicherheit tangieren, einer „Gleichstellung“ entgegenstehen können (dazu ausführlicher unten).

¹⁷⁵ Eine Ausnahme stellt Art. 2 der Frauenrechtskonvention dar; häufiger ist die Bezeichnung „on an equal footing“.

¹⁷⁶ Botschaft des Bundesrates zum Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 2.3.1992, BBl 1992 III 269 ff., 279, 289.

3. **Gewährleistung der Rechte „sur la base de l'égalité“ in der Behindertenkonvention**

a. *Nicht mehr Rechte als Nichtbehinderte*

Aus den Materialien geht wie erwähnt hervor, dass mit der Bezeichnung „sur la base de l'égalité“ unter anderem zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass behinderten Menschen *keine Extrarechte* eingeräumt werden, die Nichtbehinderte nicht besitzen, sondern dass ihnen der Genuss *aller Rechte, die Nichtbehinderten auch zustehen*, gleichberechtigt zu ermöglichen ist. Dies wurde z.B. im Zusammenhang mit den Beratungen zu den politischen Rechten festgehalten:

“To ensure that there would be no expectation that States should grant extra political rights to persons with disabilities that others did not enjoy, the Committee agreed to add the phrase “on an equal basis with others”. That would ensure that no State would be obliged to give non-citizens with disabilities a right to vote if non-citizens in general would not be entitled to vote.”¹⁷⁷

b. *Gleichberechtigter Genuss der Rechte*

On an equal basis/sur la base de l'égalité bedeutet mehr als Rechtsgleichheit, Chancengleichheit und Diskriminierungsverbot, nämlich *gleichberechtigten Genuss eines Rechtes* (Gleichberechtigung/Gleichstellung vgl. die oben erwähnte deutsche Übersetzung). Insofern geht die Konvention über die Diskriminierungsverbote der EMRK und der beiden UNO-Pakte hinaus, die keine entsprechend weit gefassten Garantien zugunsten von behinderten Menschen enthalten.

Die häufig wiederkehrende Bezugnahme auf Gleichheit, Gleichberechtigung bzw. Gleichstellung zeigt, wie wichtig der internationalen Gemeinschaft der rechtliche und tatsächliche („inklusive“) Einbezug der Interessen von Menschen mit Behinderungen ist. Entsprechend orientiert sich der Text – ähnlich wie die Frauenrechtskonvention – stark an den erwähnten „Vergleichsformulierungen“ (Gleichberechtigt mit...). Vielen der Garantien ist gemeinsam, dass sie Bereiche betreffen, in welchen die formale Gleichbehandlung nicht ausreichend ist, um den gleichberechtigten Genuss der Rechte zu verwirklichen. Vielmehr ist in diesen Feldern der besonderen Situation von Menschen mit Behinderungen durch entsprechende Anpassungsleistungen bzw. Vorkehrungen angemessen Rechnung zu tragen.

Die Verfassungslehre neigt dazu, auch in der Schweiz aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 einen Auftrag zur rechtlichen und faktischen Gleichstellung benachteiligter Bevölkerungsgruppen abzuleiten¹⁷⁸. Das Bundesgericht ist diesbezüglich zurückhaltend¹⁷⁹. Art. 8 Abs. 4 spricht, wie oben dargestellt, lediglich von „Beseitigung von Benachteiligungen“, ohne die Gleichstellung zu erwähnen. Das Behindertengleichstellungsgesetz demgegenüber verbindet die Beseitigungspflicht mit dem Ziel der Gleichstellung:

¹⁷⁷ Report of the Ad-hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chair, Ziff. 51.

¹⁷⁸ Siehe dazu ausführlich oben Ziff. II.2.c.

¹⁷⁹ A.gl.O.

Art. 2 Abs. 2 BehiG

Eine Benachteiligung liegt vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur **tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter** notwendig ist.

Während das Behindertengleichstellungsgesetz eine Negativformulierung enthält (Beseitigung von Benachteiligung), verfolgt die Behindertenkonvention einen positiven Ansatz (Ergreifen angemessener Vorkehrungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen).

c. Schranken

Die Behinderungsformen und die mit ihnen verbundenen Anpassungsleistungen individueller oder struktureller Natur sind sehr heterogen, entsprechend unterschiedlich kostenintensiv, und auch die Zahl der „Begünstigten“ variiert beträchtlich. Aus diesen Gründen sieht die Behindertenkonvention eine Güterabwägung bei der Festlegung der angemessenen Vorkehrungen vor. Art. 5 Abs. 3 BehiK hält für den Bereich der programmatischen Umsetzungsebene der Garantien fest, dass die Vertragsstaaten zur *Förderung der Gleichberechtigung* „alle geeigneten Schritte“ unternehmen müssen, um die Bereitstellung „angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten“. Unter diesen angemessenen Leistungen sind wiederum, gemäss der Definition von Art. 2 Abs. 4 BehiK, *notwendige und geeignete* Änderungen oder Anpassungen zu verstehen, die *keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung* darstellen (siehe dazu im Einzelnen vorstehend Kap. V.1).

Der gleichberechtigte Genuss und der gleichberechtigte Zugang sind nicht in jedem Fall uneingeschränkt möglich. So können stark sehbehinderte oder blinde Menschen z.B. nicht Helikopterpilotinnen oder Buschauffeure werden. Die Verweigerung des Zugangs zu einer solchen Ausbildung knüpft an die mit der Behinderung verbundene Gefahr für die Sicherheit an, welche in solchen Fällen einen qualifizierten, sachlichen, mithin legitimen Grund darstellt. Auch mit Hilfsmitteln und Vorkehrungen kann in diesen Fällen kein gleichberechtigter Zugang zur Ausbildung erreicht werden. Ein weiteres Beispiel wäre die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit bzw. Mündigkeit für den Zugang zu bestimmten Berufen oder die Ausübung der politischen Rechte (z.B. passives Wahlrecht einer geistig behinderten, entmündigten Person).

Die Ermöglichung des gleichberechtigten Genusses eines Rechts kann somit unter folgenden Vorbehalten stehen:

- entgegenstehende qualifizierte sachliche Gründe (z.B. Sicherheit, Gesundheit);
- Unbilligkeit und Unverhältnismässigkeit einer Anpassungsleistung.

d. Einzelfallbetrachtung und Justiziabilität

Es ist bei jeder Garantie danach zu fragen, welche Massnahmen für die Verwirklichung der Rechte im konkreten Einzelfall zu ergreifen sind und welchem Verpflichtungsgrad die Staaten unterworfen sind. Dabei können eine Rolle spielen:

- die Natur der Garantien (Freiheitsrecht, Sozialrecht, Kerngehalt), vgl. dazu vorne, lit. B);
- die Art der Behinderungen (körperlich, geistig, psychisch) und die daraus resultierenden Bedürfnisse;
- die Wahl struktureller oder individuell angepasster Massnahmen (oder einer Kombination);
- die Bandbreite möglicher Massnahmen (Anpassung der Gesetzgebung, faktische Massnahmen);
- die durch die Massnahmen allenfalls entstehenden unverhältnismässigen oder unbilligen Belastungen (für den Staat/für Private);
- entgegenstehende qualifizierte, sachliche Gründe (Sicherheit, Gesundheit, faktische Machbarkeit ...).

Ob eine Garantie die Referenzgrösse „sur la base de l'égalité“ enthält oder nicht, hat zwar einen Einfluss auf die materielle Ausgestaltung des Anspruchs, ist für die Frage der direkten Anwendbarkeit/Justiziabilität jedoch irrelevant. Für jede Garantie sind die drei Verpflichtungsebenen zu unterscheiden (dazu oben Kap. 1, B, II).

Auf der Ebene der *Unterlassungspflichten* ändert sich durch den Ausdruck „sur la base de l'égalité“ nichts an der Justiziabilität. Unterlassungspflichten sind immer justiziabel. Beispiel: Das Folterverbot verbietet (justiziabel) eine grausame oder unmenschliche Behandlung einer behinderten Person, wobei irrelevant ist, ob dieselbe Behandlung für eine nichtbehinderte Person keine unzulässige Behandlung darstellen würde (z.B. Haftbedingungen für Behinderte).

Im Bereich der *Schutzpflichten* konkretisiert er das Ausmass dieser Schutzhandlungen, sei es nun im Bereich der justiziablen Ebene, wenn die Betroffenen einen unmittelbaren Schutzanspruch haben (Beispiel: unmittelbares Einschreiten der Polizei zugunsten misshandelten behinderten Patienten in einem privaten Heim), oder der programmatischen Ebene, welche z.B. mittels der Gesetzgebung umgesetzt wird (Beispiel: Regulierung der Heimaufsicht);

Im Bereich der *Gewährleistungspflichten*, die nicht justiziabel sind, dient er als Richtlinie für die gesetzgeberischen, institutionellen oder verfahrensmässigen Massnahmen (Beispiel: Aus- und Weiterbildung des Gefängnispersonals, Sensibilisierungsmassnahmen, so dass auf die Bedürfnisse behinderter Häftlinge ebenso Rücksicht genommen werden kann wie auf Nichtbehinderte).

4. ***Bedeutung von „sur la base de l'égalité“ in den einzelnen Garantien***

Zu Art. 19, 24, 27 und 30 siehe lit. A, B, C und D in Kapitel 2.

a. *Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses der Menschenrechte und Grundfreiheiten für bestimmte Gruppen*

- Art. 6, Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses von Menschenrechten und Grundfreiheiten für behinderte Frauen.
- Art. 7, Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses von Menschenrechten und Grundfreiheiten für behinderte Kinder sowie des gleichberechtigten Anspruchs auf Meinungsäusserung des behinderten Kindes.

Art. 6 wurde insbesondere deshalb aufgenommen, weil die Frauenrechtskonvention keine spezifische Garantie über die Rechte von behinderten Frauen enthält und behinderte Frauen oftmals Mehrfachdiskriminierungen ausgesetzt sind. Art. 7 verdeutlicht, wie oben erwähnt, die Ansprüche behinderter Kinder aufgrund der Kinderrechtskonvention.

In beiden Artikeln bedeutet der Ausdruck „gleichberechtigt“ einerseits, dass behinderten Frauen und behinderten Kindern die gleichen Rechte (und nicht etwa mehr Rechte) zustehen, wie den nichtbehinderten Frauen und Kindern. Andererseits bedeutet er insbesondere in Bezug auf die Schutz- und Leistungspflicht, dass der Staat mit angemessenen Massnahmen dafür sorgen muss, dass diese Rechte von behinderten Kindern und Frauen auch tatsächlich wahrgenommen werden können.

Art. 7 verdeutlicht, dass die Staaten mit angemessenen Massnahmen sicherstellen müssen, dass auch behinderte Kinder ihr direkt anwendbares Recht auf Anhörung, wie es auch in Art. 12 der Kinderrechtskonvention verankert ist, ausüben können (z.B. durch Gebärdendolmetscher oder technische Hilfsmittel).

b. *Gewährleistung des „gleichberechtigten Zugangs“*

- Art. 9, Gewährleistung des gleichberechtigten Zugangs zur physischen Umwelt, Transportmitteln, Kommunikation etc.

Über den Inhalt des programmatischen Art. 9 wurde im Ad-hoc Committee intensiv diskutiert, jedoch nicht über die Frage der „Gleichberechtigung“, sondern über die Art der Massnahmen. Mit der Bezeichnung „sur la base de l'égalité“ sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass den Behinderten zu allen Orten, Dienstleistungen, Informationen oder Transportmitteln, die auch Nichtbehinderten zur Verfügung stehen, der Zugang ermöglicht wird¹⁸⁰. Ein Gewährleisten im gleichberechtigten Sinne meint auch hier das Bereitstellen von angemessenen Vorkehrungen (z.B. baulicher, kommunikationstechnischer Natur oder Assistenzdienste), die den behinderungsbedingten Bedürfnissen angepasst

¹⁸⁰ Ad-hoc Committee, Consolidation of Proposals Submitted by the Facilitator, 6th session (12. August 2005), <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata9ssf facilitator.htm>.; Report of the Ad-hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chair, Ziff. 65 ff.

sind. Art. 19 enthält einen ganzen Katalog von Massnahmen, die diese Verpflichtung konkretisieren.

- Art. 13, Gewährleistung des gleichberechtigten Zugangs zur Justiz.

In Art. 13 bedeutet der Ausdruck zunächst, dass Menschen mit Behinderungen den gleichen Zugang zu den gleichen Behelfen des Justizsystems haben, die auch Nichtbehinderten zur Verfügung stehen. Darüber hinaus verdeutlicht er, dass der Zugang zum Justizwesen so auszugestalten ist, dass Behinderte ihre Rechte faktisch ausüben können. Art. 13 enthält zwar, anders als andere Garantien, keinen ausführlichen Katalog möglicher Massnahmen, zu denken ist jedoch an bauliche Anpassungen von Gebäuden, Anpassung der Kommunikationstechniken (Brailleschrift, Gebärdendolmetscher), Anpassung der Verfahren (z.B. persönliche Anhörung zu Hause und Verzicht auf Vorführung) oder Bereitstellen von Assistenzdiensten. Die Prozessfähigkeit ist unabdingbare Voraussetzung für die selbständige Geltendmachung von Ansprüchen vor Gericht. Sie muss daher urteilsfähigen, behinderten Menschen ebenso zukommen wie Nichtbehinderten.

c. Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses von Freiheitsrechten

- Art. 10, Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses des Rechts auf Leben;
- Art. 12, Anerkennung der gleichberechtigten Rechts- und Handlungsfähigkeit; Gewährleistung des gleichen Rechts auf Eigentum;
- Art. 14, Gleichberechtigte Garantie auf persönliche Sicherheit und Freiheit; gleichberechtigter Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug; gleichberechtigter Genuss aller Menschenrechte, die für Personen im Freiheitsentzug gelten;
- Art. 17, Gleichberechtigtes Recht auf Achtung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit;
- Art. 15, Verhinderung von Folter auf der Grundlage der Gleichberechtigung;
- Art. 21, Gewährleistung des gleichberechtigten Genusses des Rechts auf freie Meinungsäusserung, Meinungsfreiheit und Zugang zu Informationen;
- Art. 22, Gleichberechtigter Schutz der Vertraulichkeit von personen-, gesundheits- und rehabilitationsbezogenen Informationen.

In diesen Artikeln bedeutet der Ausdruck „sur la base de l'égalité“ zunächst, dass behinderte Menschen die darin enthaltenen Rechte *im gleichen Umfang* geniessen sollen wie Nichtbehinderte (nicht mehr, nicht weniger). Wiederum verdeutlicht er ausserdem, dass die Pflichten zur Verwirklichung dieser Rechte auf den Ebenen der *duty to respect*, *duty to protect* and *duty to fulfill* den besonderen Bedürfnissen von behinderten Menschen anzupassen sind (vgl. dazu S. 18 f.).

In einigen Artikeln verstärkt sich durch die besondere Verletzlichkeit von Behinderten insbesondere die Schutzpflicht des Staates (z.B. Recht auf Leben¹⁸¹,

¹⁸¹ Siehe dazu die Diskussionen im Report of the Ad-hoc Committee on its fifth session (UN Doc A/AC.265/2005/2), Annex II, Report of the Coordinator to the 5th Session, Ziff. 8 ff.

Recht auf körperliche und seelische Unversehrtheit, aber auch Schutz der Daten), in anderen hat es zur Folge, dass angemessene Vorkehrungen und der Abbau von Barrieren nötig sein können, damit das Recht überhaupt von Behinderten ausgeübt werden kann (z.B. Recht auf freie Meinungsäusserung, Zugang zu Informationen).

Folter und unmenschliche, grausame oder erniedrigende Behandlung und Strafen sind gestützt auf die EMRK und den Pakt II absolut verboten (Kerngehalt). Die Erwähnung in Art. 15 BehiK verdeutlicht erstens, dass die Frage, ob überhaupt eine unzulässige Behandlung vorliegt, unter Berücksichtigung der besonderen Verletzlichkeit von Behinderten entschieden werden muss. Zum anderen hat der Staat zur Verhinderung z.B. von unmenschlichen und grausamen Haftbedingungen entsprechende Vorkehren zugunsten der Bedürfnisse von behinderten Inhaftierten zu ergreifen (siehe dazu die Rechtsprechung des EGMR, wonach sich der Staat insbesondere nicht auf fehlende Ressourcen berufen kann¹⁸²).

d. Freizügigkeit und Staatsangehörigkeit

- Art. 18, Gewährleistung gleicher Rechte im Hinblick auf Freizügigkeit, freie Wahl des Wohnsitzes und der Staatsangehörigkeit.

In Art. 18 bedeutet „sur la base de l'égalité“, dass alle Rechte, die Nichtbehinderte im Zusammenhang mit Freizügigkeit, freie Wahl des Wohnsitzes und der Staatsangehörigkeit haben, auch behinderten Menschen zustehen.

e. Politische Rechte

- Art. 29, Garantie der Möglichkeit, dass Menschen mit Behinderungen ihre politischen Rechte gleichberechtigt wahrnehmen können; gleichberechtigte Teilnahme am politischen und öffentlichen Leben (Stimmrecht, aktives und passives Wahlrecht).

Gleichberechtigt heisst in diesem Zusammenhang, dass der Staat die politischen Rechte der urteilsfähigen und mündigen Menschen mit Behinderungen nicht nur achtet und schützt, sondern mit angemessenen Vorkehrungen *gewährleistet*, dass die politischen Rechte, im Umfang wie sie Nichtbehinderten zur Verfügung stehen, tatsächlich ausgeübt werden können. Art. 29 enthält einen Katalog von Massnahmen, welche zur Verwirklichung dieses Rechts dienen sollen (namentlich geeignete Wahlmaterialien, erleichterte Nutzung neuer Technologien; Barrierefreiheit, Recht zur Vertretung etc.).

¹⁸² EGMR, Price g. Vereinigtes Königreich, Appl. No. 33394/96, 10.7.2001 (Polizeigewahrsam; Inhaftierte musste im Rollstuhl schlafen, Lichtschalter war ausser Reichweite, die Toilette war unzugänglich); Vincent g. Frankreich, Appl. No. 6253/03, 24.10.2006 (ordentlicher Strafvollzug; fehlen baulicher Anpassungen bzw. fehlende Verlegung in ein anderes, besser angepasstes Gefängnis); Scoppola g. Italien, Appl. No. 50550/06, 10.6.2008 (Haftbedingungen für einen Strafgefangenen, welcher rund um die Uhr Betreuung benötigt).

VII. Ergebnis

Rechtslage in der Schweiz heute

- Nach schweizerischem Verfassungsrecht hat der Staat das Rechtsgleichheitsgebot und das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung zu achten, behinderte Menschen vor Diskriminierung zu schützen und unter gewissen Umständen positive Leistungen zur Herstellung von Chancengleichheit zu erbringen. Im Bereich der Schutz- und Leistungspflichten, die auf gesetzlicher Ebene konkretisiert werden, kommt den Behörden ein relativ grosser Ermessensspielraum zu;
- Art. 8 Abs. 4 BV enthält einen Gesetzgebungsauftrag zur Beseitigung von gesellschaftlichen *Benachteiligungen* von Menschen mit Behinderungen. Diese Bestimmung geht von ihrem Wortlaut her weniger weit als die Vorgaben der Behindertenkonvention, die auf die Förderung, den Schutz und die Gewährleistung der „volle[n] und gleichberechtigte[n] Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten“ abzielt. Das Behindertengleichstellungsgesetz, welches in Umsetzung von Art. 8 Abs. 4 erlassen wurde, verfolgt jedoch ebenfalls einen Gleichstellungsansatz: Gemäss Art. 2 BehiG liegt eine Benachteiligung vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders behandelt werden und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung notwendig ist;
- Die von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsabkommen enthalten (mit Ausnahme von Art. 2 Frauenrechtskonvention) akzessorische Diskriminierungsverbote. Diese verbieten die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung ihrer durch die EMRK, UNO-Pakte und die Kinderrechtskonvention garantierten Rechte, auch wenn das Kriterium der „Behinderung“ nur im Katalog der Kinderrechtskonvention ausdrücklich erwähnt ist. Die Kinderrechtskonvention enthält konkretere Vorgaben einerseits in Bezug auf die Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen bei der Wahrnehmung der kinderspezifischen Garantien der KRK, andererseits hinsichtlich der weiterführenden, programmatischen Pflichten des Staates zugunsten von behinderten Minderjährigen;
- Weder aus der EMRK, noch aus den UNO-Menschenrechtspakten lässt sich für die Schweiz eine über Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot hinausgehende umfassende *Pflicht* zur gesellschaftlichen Gleichberechtigung/Gleichstellung (ähnlich der Frauenrechtskonvention) von Menschen mit Behinderungen ableiten.

Folgen einer Ratifizierung

- Die Konvention müsste in der Schweiz dazu dienen, das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 und den Auftrag in Art. 8 Abs. 4 BV zu konkretisieren (ähnlich wie die Kinderrechtskonvention und die Frauenrechtskonvention dazu dienen, Art. 11 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 3 BV zu konkretisieren). Sie

würde die Schweiz dazu verpflichten, Hindernisse zu beseitigen und aktiv die gesellschaftliche Inklusion und Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu fördern. In der Frage, mit welchen Massnahmen dieses Ziel anzustreben sei, belässt die Konvention den Vertragsstaaten Spielraum;

- Die Behindertenkonvention enthält die Garantien der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbotes. Beide sind *selbständig und direkt anwendbar (justiziabel)*, beziehen sich also nicht nur auf alle bürgerlichen und politischen, sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Rechte der Konvention, sondern auf die gesamte innerstaatliche Rechtsordnung (Art. 5 Abs. 1 BehiK);
- Die Definition des Diskriminierungsverbotes gleicht im Wesentlichen jener des Anti-Rassendiskriminierungsübereinkommens. Das Diskriminierungsverbot in der Behindertenkonvention enthält allerdings die *Ergänzung*, dass auch das Verweigern angemessener Vorkehrungen eine Diskriminierung darstellen kann. Die staatliche Leistungspflicht in diesem Sinne umfasst „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen“, die „keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen“ (Art. 2). Angesichts der Zurückhaltung des Bundesgerichts in seiner bisherigen Praxis zu den Leistungspflichten im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot, muss davon ausgegangen werden, dass hier auch auf der Ebene der Rechtsprechung der Schutz vor Diskriminierung verstärkt würde;
- Der Vorbehalt der progressiven Realisierbarkeit und der verfügbaren Ressourcen gilt für jene Verpflichtungsebene der wirtschaftlichen und sozialen Rechte nicht, welche unmittelbar anwendbar ist. Dazu zählt namentlich das Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu *vorhandenen* staatlichen Leistungen im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte;
- Die Konvention enthält mehrere Diskriminierungsnormen, die sich auf das Verhältnis zwischen Privaten beziehen und durch die Gesetzgebung umgesetzt werden müssen. So sind im Bereich von Kranken- und Lebensversicherung sowie Arbeitsverhältnissen gesetzliche Regulierungen gefordert, die Diskriminierungen durch private Versicherungen und Arbeitgeber untersagen. Das Gesetz fordert ausdrücklich ein Verbot der Diskriminierung in der Kranken- und Lebensversicherung. Der Schutz vor Diskriminierung in privaten Arbeitsverhältnissen dürfte unter diesen Vorgaben heute noch zu wenig ausgebaut sein;
- Die vergleichenden Formulierungen „sur la base de l'égalité avec les autres“/“on an equal basis“, die in der Konvention häufig verwendet werden, dienen als Referenzgrösse für die rechtliche und tatsächliche Verwirklichung der Konventionsvorgaben („gleich wie Menschen ohne Behinderung“);
- Zum einen begrenzen sie (negativ) die Garantien auf den Umfang jener Rechte, wie sie auch Nichtbehinderten zustehen. Aus den Materialien geht klar hervor, dass mit der Formulierung diese Beschränkung zum Ausdruck

gebracht werden sollten: Behinderte Menschen sollen durch die Konvention nicht mehr Rechte erhalten als Nichtbehinderte;

- Zum anderen bedeuten sie (positiv), dass der Staat durch angemessene Vorkehrungen dafür zu sorgen hat, dass behinderte Menschen ihre Rechte auch tatsächlich im gleichen Ausmass geniessen können. Für jede Garantie ist gesondert zu entscheiden, um welche Massnahmen und um welche Verpflichtungsebene des Staates es sich dabei handelt. Qualifizierte, sachliche Gründe sowie Unverhältnismässigkeit oder Unbilligkeit können der staatlichen Leistungspflicht („angemessene Vorkehrungen“) Grenzen setzen.
- Für jede Garantie ist zu entscheiden, auf welcher Ebene sie justiziabel ist. Ob sie die Verknüpfung „sur la base de l'égalité“/“on an equal basis“ enthält oder nicht, hat keinen Einfluss auf die direkte Anwendbarkeit/Justiziabilität. Der Ausdruck präzisiert jedoch den materiellen Gehalt des Anspruchs, und zwar auf allen Verpflichtungsebenen (ob es sich nun um Unterlassungspflichten, Schutz- oder Gewährleistungspflichten handelt).

2. KAPITEL: EINZELFRAGEN

A. UNABHÄNGIGE LEBENSFÜHRUNG UND EINBEZIEHUNG IN DIE GEMEINSCHAFT

I. *Fragestellung*

Welche möglichen Konflikte bestehen zwischen der schweizerischen Rechtsordnung und Art. 19 der Konvention?

Art. 19 der Konvention verankert das Recht auf Leben in der Gemeinschaft mit gleichen Wahlmöglichkeiten und verankert Massnahmen zur Gewährleistung dieses Rechts.

II. *Vorgaben der Konvention*

Art. 19 BehiK trägt die Überschrift *unabhängige Lebensführung* („living independantly“ „autonomie de vie“) und *Einbeziehung in die Gemeinschaft* („and being included in the community“ /“inclusion dans la société“). Diese Begriffe sind an sich sehr offen. Im Kontext der Bestimmung werden diesem Spielraum aber Grenzen gesetzt. In Absatz 1 ist in erster Linie das Recht genannt, in der Gemeinschaft zu leben und einbezogen zu sein und die gleiche Wahlfreiheit zu geniessen, wie Menschen ohne Behinderungen. Die explizit genannten Massnahmen – insbesondere die Wahlfreiheit der Wohnform in lit. a – deuten nicht darauf hin, dass eine unabhängige Lebensführung als allgemeiner Anspruch auf Unabhängigkeit verstanden werden muss. Vielmehr sollen die genannten Massnahmen verhindern, dass Personen mit Behinderungen zu einer Lebensform gezwungen werden, die sie nicht selbst gewählt haben und dadurch vom Leben in der Gesellschaft ausgeschlossen werden, bzw. an einer selbstgewählten Lebensform gehindert werden, die sie selbst bewältigen können. Es ist deshalb u.E. zu Recht vorgebracht worden, die deutsche Übersetzung „selbstbestimmt leben“, würde dem Sinn der Konvention besser entsprechen¹⁸³. Im Folgenden verwenden wir die Begrifflichkeit der deutschen Arbeitsübersetzung, möchten aber anregen, im Falle einer Ratifikation die Frage der Terminologie für die amtliche Publikation des Vertragstextes in Deutsch zu prüfen.

¹⁸³ Aichele, S. 12 mit weiteren Hinweisen.

1. ***Das Recht auf Leben in der Gemeinschaft mit gleichen Wahlmöglichkeiten und Massnahmen zur Verwirklichung***

Der erste Absatz von Art. 19 verankert das Recht mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere in der Gemeinschaft zu leben.

„Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens anerkennen das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben, (...)“.¹⁸⁴

Der Einbezug in die Gemeinschaft wird als Recht und nicht nur als Ziel genannt. In den vorbereitenden Diskussionen wurde dieses Recht am Schluss bewusst als solches verankert (siehe hinten, Kap. III.3).

Die Massnahmen zur Verwirklichung sind in lit. a bis c aufgeführt.

„[Sie] (...) treffen wirksame und geeignete Massnahmen, um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern, indem sie unter anderem gewährleisten, dass

a) Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben;

b) Menschen mit Behinderungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahe Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahe Unterstützungsdiensten haben, einschliesslich der persönlichen Assistenz, die zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft notwendig ist;

c) gemeindenahe Dienstleistungen und Einrichtungen für die Allgemeinheit Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung zur Verfügung stehen und ihren Bedürfnissen Rechnung tragen.“

Die Massnahmen sollen wirksam und geeignet sein („effective and appropriate“), das Recht auf ein gleichberechtigtes Leben in der Gemeinschaft zu erreichen. Die Massnahmen sollen zudem die volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft erleichtern („facilitate“)¹⁸⁵. Die Auflistung der Massnahmen ist nicht abschliessend¹⁸⁶.

2. ***Gleichberechtigte Möglichkeit der Wahl des Aufenthaltsortes und der Lebensform und das Recht, nicht in einer Institution leben zu müssen (lit. a)***

Die gleichberechtigte Wahl des Aufenthaltsortes und der Lebensform ist insbesondere bei Menschen mit Behinderungen von zentraler Bedeutung. Die Wahl wird von verschiedenen Faktoren stark beeinflusst: von der Pflegebedürftigkeit,

¹⁸⁴ Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes der Vereinten Nationen: <http://www.un.org/Depts/german/>.

¹⁸⁵ Zur Diskussion um *facilitate* oder *enable* siehe hinten, Kap. II.1.b und III.4.

¹⁸⁶ Letter from the Chairman, Ziff. 74.

den baulichen Einrichtungen, den technischen Möglichkeiten und nicht zuletzt auch stark von der finanziellen Belastung der Person oder des Gemeinwesens. Diese verschiedenen Faktoren erschweren gleichzeitig auch eine Definition der Wahlmöglichkeiten, welche die Konvention garantieren soll.

Mehr Klarheit bringt hier einerseits der Zusatz, dass die Wahlmöglichkeit Personen mit Behinderungen *gleichberechtigt* zukommen soll und andererseits die Negativformulierung, dass Menschen mit Behinderungen nicht verpflichtet sind („not obliged to“), in einer *besonderen Wohnform* zu leben. Die gleichberechtigte Wahlmöglichkeit signalisiert, dass Menschen mit Behinderungen nicht mehr, aber auch nicht weniger Wahlmöglichkeiten zukommen sollen („sur la base de l'égalité avec les autres“, siehe vorne, S. 60 ff.).

Die Pflegebedürftigkeit, bauliche und technische Hindernisse und auch finanzielle Aspekte dürften nach den Vorgaben von Art. 19 nicht vorgebracht werden können, um eine Unterbringung in einer Institution zu rechtfertigen. Vielmehr verpflichtet sich der Staat, individuelle Lösungen nicht zu verhindern (Unterlassungspflicht) und auch zu unterstützen (Leistungspflicht).

Wie weit die Leistungspflicht geht, ist in Art. 19 BehiK nicht klar festgelegt. Aus dem Grundsatz von Art. 19 kann in einem ersten Schritt geschlossen werden, dass auf jeden Fall staatliche Beiträge nicht nur für Kosten, welche auch bei Unterbringung in einer Institution anfallen, sondern auch für individuelle Pflege im Kreis der Familie, durch den Partner oder die Partnerin oder durch Drittpersonen zur Verfügung stehen müssen¹⁸⁷.

Die Leistungspflicht steht aber auch in Relation zur Unterlassungspflicht. Der Anspruch, nicht zu einer bestimmten Wohnform verpflichtet werden zu können, ist grundsätzlich als justiziabel zu qualifizieren. Aus dieser Unterlassungspflicht folgt zwar nicht automatisch, dass der Staat für die notwendigen Massnahmen aufkommen muss, wenn die betroffene Person aus eigener Kraft nicht für sich selbst aufkommen kann, eine solche Verpflichtung kann sich aber aus Leistungspflichten ergeben, soweit die nötigen Aufwendungen keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen (dazu vorne, S. 61). Wird jemand wegen zu tiefen oder unflexiblen Sozialversicherungsleistungen zu einer Wohnform „gezwungen“, so kommt der Staat nicht nur seiner Leistungspflicht, sondern auch seiner Unterlassungspflicht nicht nach.

Art. 19 verlangt nicht, dass alle Personen mit Behinderungen zu Hause wohnen sollen, sondern dass ihnen die Wahl der Wohnform ermöglicht wird. Diese Wahl soll ihnen *gleich wie anderen* zukommen und nicht aufgrund ihrer Behinderung von vornherein abgesprochen oder beschränkt werden.

¹⁸⁷ Evaluationen des Pilotsprojekts Assistenzbudget haben aber gezeigt, dass die Kosten für die Allgemeinheit bei Übertritten vom Heim ins Assistenzmodell insgesamt abnehmen. Siehe dazu: Andreas Baltasar, Franziska Müller, Evaluation des Pilotversuchs „Assistenzbudget“, in: Soziale Sicherheit CHSS 1/2008, S. 52.

3. Zugang zu gemeindenahen Unterstützungsdiensten: Verhinderung der Isolation (lit. b)

Als Massnahme zur Verhinderung der Isolation nennt lit. b den Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten („community support services“) zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen Unterstützungsdiensten wie beispielsweise der persönlichen Assistenz. Diese Dienste sollen gemäss lit. b das Leben in der Gemeinschaft und die Einbeziehung in die Gemeinschaft unterstützen und Isolation und Absonderung verhindern. Beispiele für solche Dienste sind die persönliche Assistenz und Pflege zu Hause, Übersetzerdienste und andere Kommunikationsdienste, das Angebot, Information und Zugang zu Hilfsmitteln und speziellen Einrichtungen sowie auch die Unterstützung der Entwicklung solcher Hilfsmittel.

Der Zugang zu diesem Dienstleistungsangebot wird in den Materialien als „progressively realizable“ bezeichnet.¹⁸⁸ Dies spricht für den programmatischen Charakter dieser Massnahmen. Allerdings muss auch in Betracht gezogen werden, dass der Zugang zu bestehenden Dienstleistungen diskriminierungsfrei gewährt werden muss. In der Lehre wird ein solcher Anspruch grundsätzlich als justiziabel qualifiziert, das Bundesgericht anerkennt den justiziablen Charakter in diesen Fällen aber, u.E. zu Unrecht, nicht (siehe vorne, S. 27 und S. 32 ff.).

Programmatischen Charakter ist aber in Bezug auf die *Verfügbarkeit* des Angebots anzunehmen. Fehlende Justiziabilität besteht zudem beim Erfordernis, dass die Dienste *notwendig für das Leben in der Gemeinschaft und der Verhinderung der Isolation* sind. Es lässt sich kaum eindeutig bestimmen, welche Dienste notwendig sind und welche nicht.

4. Dienstleistungen und Einrichtungen des Gemeinwesens für die Allgemeinheit: Gleichberechtigtes Angebot und Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse (lit. c)

Dienstleistungen und Einrichtungen des Gemeinwesens¹⁸⁹ für die Allgemeinheit sollen auch für Menschen mit Behinderungen verfügbar sein, und zwar *auf der Grundlage der Gleichberechtigung* (sur la base de l'égalité avec des autres) und *ihren Bedürfnissen Rechnung tragend*.

In den Beratungen wurde eingebracht, dass in lit. b nicht nur „services“ (Dienste) sondern auch „facilities“ (Einrichtungen) genannt sein sollen¹⁹⁰.

Hier geht es primär um den gleichberechtigten, diskriminierungsfreien Zugang. Zudem sollen die Dienstleistungen und Einrichtungen speziell auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen Rücksicht nehmen („Community services

¹⁸⁸ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 21.

¹⁸⁹ Die Übersetzung des Deutsche Übersetzungsdienstes der Vereinten Nationen spricht von „gemeindenahen“ Dienstleistungen und Einrichtungen. Community services and facilities sind hier als Dienste und Einrichtungen des Gemeinwesens zu verstehen.

¹⁹⁰ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 19.

and facilities (...) are responsive to their needs“). Dies kann einerseits bedeuten, dass sich das Angebot auch nach den speziellen Bedürfnissen dieser Personengruppe richten soll und beispielsweise Dienstleistungen speziell für Menschen mit Behinderungen erbracht werden (z.B. Informationen über Hilfsmittel und Unterstützungsmöglichkeiten speziell für Menschen mit Behinderungen). Andererseits bedeutet es, dass allgemeine Dienstleistungen auf ihre Zugänglichkeit überprüft und angepasst werden müssen (z.B. die Zugänglichkeit von Webseiten insbesondere bei E-Government-Angeboten, verbilligte Wohnungsangebote auch für Menschen mit Behinderungen, Übersetzungen in die Gebärdensprache an Veranstaltungen des Gemeinwesens oder bauliche Massnahmen für alle Gebäude des Gemeinwesens).

Wie die Massnahmen in lit. b haben auch diese Massnahmen einen programmatischen Charakter, wobei der Zugang diskriminierungsfrei gewährt werden muss (siehe vorne, S. 27).

III. Entstehung der verabschiedeten Fassung

1. Working Group

Der erste Entwurf des Vorsitzenden diente als Arbeitsgrundlage für die Working Group. In seinem Vorschlag verankerte der Vorsitzende die Wahl der Wohnform als ein gleichberechtigtes Recht. Ebenso wurde ein Abwehrrecht verankert, nicht in einer Institution leben zu müssen:

“Article 17

Right to live in and be a part of the community

1. Persons with disabilities have the equal right to choose their own living arrangements, which may include establishing their own household, or living with their families, and to the necessary financial and other support in order to effect this choice. This right includes the right not to reside in an institutional facility.
2. States Parties recognize the right of all persons with disability to live in and be a part of the community, and shall take all necessary measures to ensure that:
 - (a) no person with disability is institutionalised;
 - (b) persons with disabilities have access to a range of in-home, residential, and other community support services, necessary to effectively support community living; and
 - (c) general community services are available and responsive to the needs of persons with disabilities living in the community.”¹⁹¹

¹⁹¹ Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Dezember 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

Die Working Group wurde sich in der Diskussion einig, dass es auf den Einzelfall ankomme, ob eine Heimbetreuung oder Betreuung in der Familie vorteilhafter ist. Vorrangig sei in erster Linie die Wahlfreiheit und -möglichkeit der betroffenen Personen¹⁹².

Der Entwurf der Working Group zu Handen des Ad Hoc Committee stellt die Wahlfreiheit auch an erster Stelle in die Liste der Zusicherungen:

“Draft Article 15

Living independantly and being included in the community

States Parties to this Convention shall take effective and appropriate measures to enable persons with disabilities to live independently and be fully included in the community, including by ensuring that:

- a. persons with disabilities have the equal opportunity to choose their place of residence and living arrangements;
- b. persons with disabilities are not obliged to live in an institution or in a particular living arrangement;
- c. that persons with disabilities have access to a range of in-home, residential and other community support services, including personal assistance, necessary to support living and inclusion in the community, and to prevent isolation or segregation from the community;
- d. community services for the general population are available on an equal basis to persons with disabilities and are responsive to their needs;
- e. persons with disabilities have access to information about available support services. “¹⁹³

Im Bericht der Working Group vom 27. Januar 2004 wurde von einigen Mitgliedern in Zweifel gezogen, ob die Staaten bereit seien, die Freiheit vor zwangsweiser Verbringung in eine Institution oder spezieller Wohnform ausnahmslos zu garantieren. Andere wiederum hielten die Bestimmung für unnötig, da dieses Anliegen bereits durch die in lit. a festgehaltene Wahlmöglichkeit des Aufenthaltsortes und der Wohnform garantiert sei¹⁹⁴.

Ebenfalls diskutiert wurde, dass es für die Staaten schwierig sein könnte, die Verfügbarkeit der Dienstleistungen in lit. c (Betreuung, d.h. *personal assistance*, zu Hause oder in einer Institution, sowie weitere Dienstleistungen) und lit.

¹⁹² Daily Summary related to Draft Article 15, RIGHT TO LIVE IN AND BE PART OF THE COMMUNITY, Prepared by Landmine Survivors Network; siehe insbesondere die Stellungnahmen von RI (Rehabilitation International, Ireland), Jamaica, WNUSP (World Network of Users and Survivors of Psychiatry, USA), Deutschland, South African Human Rights Commission, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma15.htm>.

¹⁹³ Report of the Working Group, Annex I, Art. 15.

¹⁹⁴ Report of the Working Group, Annex I, Art. 15 Abs. 1 lit. b Anm. 52: “Some members of the Working Group, while accepting the principle, thought that States Parties would find it impossible to guarantee this obligation without exception. Other members considered that the sub-paragraph was redundant, as the issue was covered in sub-paragraph 1(a).”

d (gleichberechtigter Zugang zu allgemeinen Dienstleistungen der Behörden mit Rücksicht auf die speziellen Bedürfnisse) zu gewährleisten¹⁹⁵.

Schliesslich hat auch die Überschrift „living independently“ Anlass zu Diskussionen gegeben, da eine unabhängige Lebensform nicht in allen Kulturkreisen als wünschenswerte Autonomie verstanden wird, sondern gar als Aufforderung, Menschen mit Behinderungen von der Familie zu trennen¹⁹⁶.

2. Bericht des Ad Hoc Committee und des Vorsitzenden

Das Ad Hoc Committee befasste sich in seiner sechsten Session im August 2005 mit dem zweiten Entwurf. Art. 15 wurde dabei auch in seinem Grundsatz unterstützt und die *freie und gleichberechtigte Wahlmöglichkeit der Lebensform* als das Wesen oder das Grundanliegen (essence) dieser Bestimmung hervorgehoben. Zudem sei das *Recht, in die Gemeinschaft einbezogen zu werden*, der Schlüssel (the key) zu dieser Bestimmung¹⁹⁷.

Diskutiert wurden auch die Verben *enable* oder *facilitate* im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Erreichung der Wahlfreiheit¹⁹⁸. Der zweite Entwurf verwendet das Verb *enable*, während ein Teil des Ad Hoc Committee *facilitate* bevorzugte. Während *measures to enable* eher voraussetzt, dass die Personen mit Behinderungen ohne diese Massnahmen die Wahlfreiheit und die Einbeziehung in die Gemeinschaft aus eigener Kraft nicht erreichen, signalisiert der Ausdruck *measures to facilitate* eine Förderung des Prozesses.

Einige Mitglieder wollten den Bezug zu Art. 12 Pakt II im ersten Absatz von Art. 15 deutlich machen und das Recht zur Bewegungsfreiheit und der freien Wahl des Wohnsitzes ebenfalls erwähnen. Andere hielten allerdings entgegen, dass bei diesem Vorgehen die in Art. 12 Pakt II enthaltenen Beschränkungen nicht berücksichtigt wären¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Report of the Working Group, Annex I, Art. 15 Abs. 1 lit. b Anm. 53: “Some members of the Working Group considered that it would be difficult for States Parties to ensure the availability of the services described in paragraphs 1(c) and (d), and in particular the undertaking in paragraph 1(c) to provide personal assistance.”

¹⁹⁶ Report of the Working Group, Annex I, Art. 15 Abs. 1 lit. b Anm. 51: “Some members of the Working Group expressed the concern that the words “living independently” in the title and chapeau of this draft Article does not reflect the cultural norm in many countries, and that the words might suggest that persons with disabilities should be separated from their families. The Ad Hoc Committee may wish to consider an alternative formulation.”

¹⁹⁷ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 11. Die Verwendung von key und essence ist hier nicht durchwegs klar. Key bezeichnet nach seinem Wortlaut das Instrument, welches zur Verwirklichung des Grundanliegens (essence) von Art. 15 führt. Dies würde aber bedeuten, dass durch den Einbezug in die Gesellschaft eine gleichberechtigte Wahlmöglichkeit der Lebensform erreicht würde. Die umgekehrte Deutung, nämlich dass eine gleichberechtigte Wahlmöglichkeit der Lebensform zum Einbezug in die Gesellschaft führt, ist schon eher nachvollziehbar.

¹⁹⁸ A.a.O., Ziff. 12 f.

¹⁹⁹ A.a.O., Ziff. 14.

Einige Mitglieder brachten noch einmal vor, dass lit. b (*“persons with disabilities are not obliged to live in an institution or in a particular living arrangement”*) gestrichen werden soll, da es entweder bereits in Art. 10 des Konventionsentwurfs (*Freiheit und Sicherheit*) oder auch in lit. a (*„persons with disabilities have the equal opportunity to choose their place of residence and living arrangements”*) enthalten sei. Man hielt jedoch fest, dass lit. b das Anliegen deutlicher zum Ausdruck bringe als Art. 10 des Entwurfs²⁰⁰.

Die Massnahmen in lit. c bis d wurden vom Ad Hoc Committee als „progressively realizable“ bezeichnet. Obwohl das Konzept der programmatischen Bestimmungen dieser Konvention vor allem im vorderen, allgemeinen Teil festgehalten ist (Art. 4 des Konventionsentwurfs), ist es dennoch vorgesehen, dass auch in spezifischen Artikeln der programmatische Charakter durch den spezifisch programmatischen Wortlaut signalisiert wird.²⁰¹ Das Committee hielt zudem noch fest, dass die Liste der Massnahmen nicht abschliessend sei²⁰².

3. Konsolidierter Entwurf und Änderungen zur Endfassung

Auf die Diskussion des Ad Hoc Committee hin erstellte der Vorsitzende einen endgültigen Entwurf. In einem Brief an die Mitglieder des Committee begründete er seine Änderungsvorschläge und u.a. auch die Vorschläge zur Bestimmung über die unabhängige Lebensführung.

Die Garantie war im Zuge einer Neustrukturierung als Art. 19 systematisch bei der Freizügigkeit (Art. 18) und der persönlichen Mobilität (Art. 20) eingeordnet worden. Der Vorsitzende schlug vor, anstelle von *enable* das Verb *facilitate* zu verwenden, wobei dieses wiederum durch *ensuring* ausgeglichen resp. verstärkt werde. Für die Einbeziehung in die Gemeinschaft erachtete er sowohl den Begriff *inclusion* wie auch *participation* als treffend²⁰³.

Bezüglich dem umstrittensten Punkt von Art. 19, dem Recht von Personen mit Behinderungen nicht zwangsweise in eine Institution oder bestimmte Wohnform verbracht zu werden, schlug er vor, nicht den Begriff „Institution“ im Sinne einer Anstalt zu verwenden. Stattdessen solle nur die Bezeichnung *particular living arrangement* (in einer besonderen Wohnform) gebraucht werden. Er begründete dies damit, dass die Verwendung des Begriffes Institution resp. Anstalt implizit befürworte, dass solche Einrichtungen überhaupt bestehen²⁰⁴. Diesem Anliegen trägt die geltende Fassung nun Rechnung.

In der Endfassung, die verabschiedet worden ist, wurden im ersten Absatz noch zwei Änderungen vorgenommen:

²⁰⁰ A.a.O., Ziff. 16.

²⁰¹ A.a.O., Ziff. 21.

²⁰² A.a.O., Ziff. 22

²⁰³ Letter from the Chairman, Ziff. 73.

²⁰⁴ A.a.O., Ziff. 74.

Erstens wurde die Einbeziehung in die Gemeinschaft ausdrücklich als anerkanntes Recht von Personen mit Behinderungen verankert. Dies war auch im ersten Entwurf vorgesehen. Im zweiten Entwurf war dies weggelassen worden.

Zweitens wurde die Wahlmöglichkeit nicht nur als Richtziel der Massnahmen festgehalten, sondern als *Recht*, das gleichberechtigt mit anderen auch Personen mit Behinderungen zusteht („with choices equal to others“). Gleichzeitig bedeutet diese Wortwahl aber auch, dass Personen mit Behinderungen nicht grössere Wahlmöglichkeiten haben sollen als Personen ohne Behinderungen.

4. **Fazit: Diskussionspunkte in der Entstehung um Art. 19**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass folgende Punkte in der Entstehung von Art. 19 zu Diskussionen Anlass gaben:

- *Not obliged to live in a particular living arrangement*: Der umstrittenste und meist diskutierte Punkt in der Erarbeitung von Art. 19 war der Schutz vor zwangsweiser Unterbringung in einer Institution. Bereits in der ersten Sitzung der Working Group gab es unterschiedliche Auffassungen, ob eine Unterbringung in einem Heim kategorisch ausgeschlossen werden müsse oder nicht. Mehrmals zweifelte man auch an der Notwendigkeit eines ausdrücklichen Schutzes durch die Wendung *are not obliged to*, da einerseits die ebenfalls statuierte freie Wahlmöglichkeit als auch Art. 10 des Konventionentwurfs (Sicherheit und Freiheit) diesen Schutz bereits garantieren würden. Schliesslich wurde dieses Abwehrrecht doch ausdrücklich genannt. Zudem verzichtete man ganz auf den Begriff „Institution“, um solche Einrichtungen nicht implizit zu befürworten und verwendete nur den Ausdruck „particular living arrangement“.
- Ein weiterer wichtiger Punkt war die Verankerung der Einbeziehung in die Gemeinschaft als *ausdrückliches individuelles Recht*.
- Für die Auslegung von Art. 19 interessant ist die Diskussion um die Verben *facilitate* und *enable* im Zusammenhang mit den Massnahmen. Die Verwendung von *measures to facilitate* sendet das Signal, dass es sich um positive Massnahmen handelt, die die Einbeziehung in die Gemeinschaft nicht bloss ermöglichen, sondern erleichtern, d.h. um eigentliche Förderungsmassnahmen. Dies darf auch so verstanden werden, dass die Konvention Menschen mit Behinderungen nicht als völlig hilflos ansieht, sondern davon ausgeht, dass sie Vieles aus eigener Kraft bewältigen können.

IV. Rechtslage in der Schweiz

1. Internationale Übereinkommen

a. Bewegungsfreiheit

In den Materialien zu Art. 19 der Konvention wurden die Bezüge in den übrigen internationalen Übereinkommen in erster Linie zur Bewegungsfreiheit gezogen (Art. 12 (1) Pakt II, Art. 5 (d)(i) Rassendiskriminierungskonvention, Art. 15 (4) Frauendiskriminierungskonvention und Art. 39 Wanderarbeiterkonvention). Ausser der Wanderarbeiterkonvention hat die Schweiz diese Übereinkommen ratifiziert und ist in diesem Punkt bereits auf mehreren Ebenen verpflichtet.

b. Diskriminierungsverbote

Die zentralen Verpflichtungen aus Art. 19 der Konvention sind im Grundsatz auf das Diskriminierungsverbot zurückzuführen, welches vorne in Kap. 1 lit. C vertieft behandelt wird. Das Recht auf ein Leben in der Gemeinschaft ist gleichzeitig auch das Recht, nicht diskriminiert von der Gemeinschaft getrennt zu leben.

c. Privatsphäre: Freie Gestaltung der Lebensführung

Neben der Frage der Bewegungsfreiheit und der menschlichen Behandlung bei der Unterbringung in einer Institution ist auch die Privatsphäre und das Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung der betroffenen Person berührt. Art. 8 EMRK und Art. 17 Pakt II bieten hier ebenfalls Schutz, wobei die Rechtssprechung die Thematik noch nicht vertieft hat. Anders als diese Bestimmungen nennt Art. 19 der Konvention keine Einschränkungsmöglichkeiten, was damit zu tun hat, dass der Text die Gewährleistungsebene dieser Garantie anspricht. Gemäss dem Grundsatz der Konvention, dass Menschen mit Behinderungen im Vergleich zu Nichtbehinderten zwar gleiche, nicht aber zusätzliche Rechte erhalten sollen, müssen auf der Ebene der Unterlassungs- und Schutzpflichten die gleichen Schranken wie bei EMRK und Pakt gelten²⁰⁵.

2. Verfassungsrechtliche Ebene

a. Wahl des Aufenthaltsortes und der Lebensform sowie das Recht, nicht zwangsweise in einer Institution leben zu müssen

Die gleichberechtigte Möglichkeit der Wahl des Aufenthaltsortes und der Lebensform sowie das Recht, nicht zwangsweise in einer Institution leben zu

²⁰⁵ Zur grundsätzlichen Frage des Schutzbereiches im Zusammenhang mit Art. 19 der Konvention siehe die anschliessenden Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV.

müssen, berühren die verfassungsrechtliche Garantie der persönlichen Freiheit und des Rechts auf Privatsphäre²⁰⁶:

(aa) Schutz der persönlichen Freiheit und der Privatsphäre

Art. 10 Abs. 2 BV schützt elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung resp. grundlegende Aspekte menschlicher Existenz. Dazu zählt insbesondere das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, über die „wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens selbst zu entscheiden“²⁰⁷. Die Wahl der Wohn- und Lebensform ist ein wesentlicher Aspekt des eigenen Lebens. Ob Menschen mit einer Behinderung beschliessen, alleine zu wohnen oder in Gemeinschaft mit Freunden, mit Verwandten oder in einer Institution ist ein Entscheid, der nicht nur das Privatleben, sondern auch die eigene Lebensgestaltung betrifft. Diese Entscheidung wird demnach vom Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV umfasst.

Art. 13 Abs. 1 BV garantiert die Achtung des Privatlebens, die Achtung des Familienlebens und die Achtung der Wohnung.

Die Definition von Privatleben ist nicht leicht eingrenzbar; das Privatleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV betrifft „Lebenssachverhalte, die der Einzelne als Privatsache abgeschirmt haben möchte“²⁰⁸. Der Ausschluss von der Öffentlichkeit dient hier als negatives Abgrenzungskriterium²⁰⁹. Der Schutzbereich kann auch positiv umschrieben werden als „wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit“²¹⁰: Die Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen, aber auch die Wahl der Lebensform sind ein wesentlicher Teil des Ausdruckes der menschlichen Persönlichkeit, der in den privaten Lebensbereich einer Person gehört. „Der Einzelne darf vom Staat nicht an der Gestaltung seines Lebens und am Verkehr mit anderen Personen gehindert werden“²¹¹.

Der Schutz der Familie umfasst nicht nur die traditionelle Kernfamilie, sondern Verwandte von einer gewissen Nähe in tatsächlich gelebten Beziehungen²¹².

Die Wohnung als „Rückzugsort für eine vom Staat unbehelligte Gestaltung des Privatlebens“²¹³ ist primär gegen das unbefugte Eindringen von Staatsorganen geschützt. Dies könnte für Menschen mit Behinderungen relevant werden, wenn ihre Wohnsituation ihnen kaum mehr Privatsphäre bietet.

²⁰⁶ Die Abgrenzungen zwischen den beiden Garantien sind relativ komplex. Siehe Kiener/Kälin, S. 162 f.

²⁰⁷ Kiener/Kälin, S. 129.

²⁰⁸ Kiener/Kälin, S. 148.

²⁰⁹ Stephan Breitenmoser, Rz. 12.

²¹⁰ Stephan Breitenmoser, Rz. 18.

²¹¹ René Rhinow, Grundzüge des Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 1241.

²¹² Kiener/Kälin, S. 149 f.; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 112; Stephan Breitenmoser, Rz. 24.

²¹³ Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 154 f.

Beide Garantien sind gemäss Art. 36 BV auch Einschränkungen unterworfen. Dies insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Aufenthalt in einer staatlichen Klinik oder einem staatlichen Wohnheim, in welchem ein sog. Sonderstatusverhältnis gilt.

Der Text von Art. 19 der Konvention hingegen sieht wie alle anderen Bestimmungen keinerlei Einschränkungen vor, wie oben erwähnt muss aber davon ausgegangen werden, dass auf der Ebene der Unterlassungs- und Schutzpflichten die üblichen Einschränkungsmöglichkeiten der Garantie implizit sind. Auch wenn die Wahlfreiheit der betroffenen Personen durch staatliche Organe grundsätzlich nicht eingeschränkt werden soll, ist es zulässig, medizinische und finanzielle Notwendigkeiten im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

Die Bewegungsfreiheit in Art. 10 Abs. 2 BV sowie die Niederlassungsfreiheit in Art. 24 BV betrifft weniger Art. 19 als Art. 18 der Konvention, welcher speziell die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit anspricht.

(bb) Förderung des Wohnungsangebots für Menschen mit Behinderungen

In Art. 108 Abs. 4 BV zur Wohnbauförderung verpflichtet sich der Bund, die Interessen von Menschen mit Behinderungen sowie auch die Interessen von anderen Personengruppen mit spezifischen Bedürfnissen bei der Wohnbauförderung zu berücksichtigen. Die Bestimmung geht inhaltlich jedoch nicht über Art. 8 Abs. 4 BV hinaus²¹⁴. Immerhin kann die Erwähnung im Kontext der Wohnbauförderung der Frage des Wohnungsangebots für Menschen mit Behinderungen mehr Gewicht verleihen.

Mit der Einführung des Neuen Finanzausgleichs ab dem 1. Januar 2008 tragen die Kantone gemäss Art. 112b Abs. 2 BV die Kosten für die Infrastruktur insbesondere durch Beiträge an den „Bau und den Betrieb von Institutionen, die dem Wohnen und dem Arbeiten dienen“.

*b. Gemeindenahe Dienstleistungen und Einrichtungen für die Allgemeinheit:
Gleichberechtigtes Angebot und Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse*

Der diskriminierungsfreie Zugang zu gemeindenahe Dienstleistungen und Einrichtungen für die Allgemeinheit und die Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse wird grundsätzlich auch durch Art. 8 Abs. 2 und 4 BV gewährleistet. Die Konvention würde hier nun aber die Behörden konkret in die Pflicht nehmen, alle ihre Dienstleistungen nicht nur zugänglich zu machen, sondern auch positive Massnahmen zu ergreifen, um die speziellen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen zu berücksichtigen.

²¹⁴ Cipriano Alvarez, Kommentar zu Art. 108, Rz. 28 ff., in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich 2008.

3. **Bundesgesetzliche Ebene**

a. *Hilflosenentschädigung bei Invalidität und Ergänzungsleistungen*

(aa) *Hilflosenentschädigung nach IVG (SR 831.20)*

Eine Person, hat Anspruch auf *Hilflosenentschädigung* nach Art. 42 IVG, wenn sie im Sinne von Art. 9 ATSG als hilflos gilt und die übrigen Voraussetzungen erfüllt (Wohnsitz und Aufenthalt in der Schweiz, besondere Bestimmungen bei Minderjährigen)²¹⁵. Der Anspruch auf Hilflosenentschädigung besteht nur, wenn die Person sich nicht in einer Institution zur Durchführung von Eingliederungsmassnahmen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 IVG aufhält.

Anknüpfungspunkt für die Hilflosigkeit nach Art. 9 ATSG ist die gesundheitlich bedingte Notwendigkeit der Hilfe und Überwachung bei *alltäglichen Lebensverrichtungen*: Dies sind laut Kreisschreiben beispielsweise Ankleiden, Auskleiden, Aufstehen, Absitzen, Abliegen, Essen, Körperpflege, Verrichtung der Notdurft und Fortbewegung in und ausserhalb der Wohnung²¹⁶. Berufsausübung oder Haushaltsführung werden nicht zu diesen alltäglichen Lebensverrichtungen gezählt²¹⁷.

Laut Art. 42 Abs 3 IVG gelten über Art. 9 ATSG hinaus Personen als hilflos im Sinne des IVG, wenn sie wegen gesundheitlicher Beeinträchtigung *dauernd auf lebenspraktische Begleitung* angewiesen sind. Ein Bedarf an lebenspraktischer Begleitung ist in den Fällen von Art. 38 Abs. 1 IVV zu bejahen, wenn das selbständige Wohnen oder Verrichtungen und Kontakte ausserhalb der Wohnung ohne Begleitung einer Drittperson nicht möglich sind oder wenn die Person ernsthaft gefährdet ist, sich dauernd von der Aussenwelt zu isolieren. Die lebenspraktische Begleitung bezieht sich nicht auf die Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen, sondern stellt ein „eigenes Institut der Hilfe dar“²¹⁸. Anspruch haben jedoch nur Menschen mit einer psychischen oder geistigen Behinderung oder einer hirnrorganischen Verletzung resp. kognitiven Einschränkungen. Andere körperliche Behinderungen werden nicht berücksichtigt²¹⁹. Im vorangehenden, heute nicht mehr geltenden Kreisschreiben vom 1. Januar 2004 wurde noch ausdrücklich betont, dass die lebenspraktische Begleitung auch Menschen mit nur körperlicher Behinderung zukommen könne²²⁰. Dies wurde jedoch bereits in einem Rundschreiben modifiziert²²¹. Im neuen Kreisschreiben wird klar festgehalten, dass das es das Ziel des Gesetzgebers war, „die Benachteiligung psychisch Kranker auszugleichen“²²². Der Anspruch

²¹⁵ Siehe auch Ueli Kieser, S. 341 f.

²¹⁶ Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) vom 1. Januar 2008, Rz. 8010 ff.

²¹⁷ A.a.O., Rz. 8012.

²¹⁸ BGE 133 V 450 E. 8.2 S. 463 ff. und E. 9 S. 466.

²¹⁹ Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) vom 1. Januar 2008, Rz. 8047.2.

²²⁰ Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) vom 1. Januar 2004, Rz. 8042 (nicht mehr gültig).

²²¹ IV-Rundschreiben Nr. 201 vom 19. Mai 2004.

²²² A.a.O., Rz. 8047.2.

auf lebenspraktische Begleitung besteht unabhängig davon, ob die Person alleine oder mit Familie oder Partner zusammen lebt. Ausschlaggebend ist einzig die objektive Hilfsbedürftigkeit²²³.

Der Grad der Hilflosigkeit (leicht, mittelschwer oder schwer) wird nach den Vorgaben in Art. 37 IVV bemessen. Dabei sind die Art der Beeinträchtigung in den alltäglichen Lebensverrichtungen und – sofern es sich um eine psychische oder geistige Beeinträchtigung handelt – das Erfordernis der lebenspraktischen Begleitung ausschlaggebend. Ist eine Person ausschliesslich auf dauernde, lebenspraktische Begleitung angewiesen, nicht aber auf Hilfe in alltäglichen Lebensverrichtungen, kann höchstens von einer leichten Hilflosigkeit ausgegangen werden (Art. 42 Abs. 3 Satz 2 IVG und Art. 37 Abs. 3 lit. e IVV). Allerdings muss bei ausschliesslich psychischer gesundheitlicher Beeinträchtigung die Invalidität mindestens Anspruch auf eine Viertelsrente geben, d.h. mindestens ein Invaliditätsgrad von 40% festgestellt worden sein.

Auch Minderjährige haben Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung (Art. 42^{bis} IVG), sofern sie nicht in einer Institution zur Durchführung von Eingliederungsmassnahmen untergebracht sind, d.h. der Anspruch besteht nur an jenen Tagen, an denen sie auch zu Hause sind. Vor Vollendung des 18. Altersjahrs besteht kein Anspruch auf lebenspraktische Begleitung (Art. 42^{bis} Abs. 5 IVG und Art. 38 Abs. 1 IVV). Ist hingegen eine intensive Betreuung notwendig, wird ein Intensivpflegezuschlag begründet (Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG).

(bb) Ergänzungsleistungen (ELG, SR 831.30)

Decken die Einnahmen einer Person, die Hilflosenentschädigung erhält, die „anerkannten“ Ausgaben nicht, so besteht Anspruch auf Ergänzungsleistungen²²⁴. Zusätzlich hat gemäss Art. 14 ELG der Kanton Krankheits- und Behindernungskosten zu tragen. Das ELG definiert die Art der zu entschädigenden Kosten in Art. 14 Abs. 1 ELG und legt in Abs. 3 Mindestbeiträge fest. Alleinstehende Personen erhalten mindestens 25'000 CHF pro Jahr. Bei zu Hause lebenden Personen, die Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung haben und bei denen eine schwere Hilflosigkeit vorliegt, erhöht sich der Mindestbeitrag auf 90'000 CHF pro Jahr.

(cc) Pilotversuch und Weiterführung Assistenzbudget

Im Rahmen der 4. IV-Revision wurden Pilotprojekte veranlasst, welche verschiedene Massnahmen zur Förderung der eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Lebensführung von Versicherten evaluieren sollten. Seit dem 1. Januar 2006 führt die Fachstelle Assistenz Schweiz (FAssiS) bis zum 31. Dezember 2009 den Pilotversuch Assistenzbudget im Auftrag des Bundesrates durch²²⁵. Das Assistenzbudget soll Menschen mit Behinderungen, die Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung haben, eine eigenverantwortliche Lebensfüh-

²²³ Vgl. BGE 133 V 450 E. 5 S. 460; IV-Rundschreiben Nr. 201 vom 19. Mai 2004 S. 2 Ziff. 2.

²²⁴ Siehe auch Ueli Kieser, S. 343 ff.

²²⁵ Bundesamt für Sozialversicherung, Pilotversuch „Assistenzbudget“: Projektbeschreibung, Juni 2005.

rung ermöglichen, in welcher sie ihre Ausgaben selber bestimmen und die Finanzen eigenständig verwenden können.

Im Pilotversuch setzt sich das Assistenzgeld aus einer Pauschale zusammen, die nach dem Grad der festgestellten Hilflosigkeit berechnet ist (monatlich CHF 300.- bei leichter, CHF 600.- bei mittelschwerer und CHF 900.- bei schwerer Hilflosigkeit), und einem individuellen Budget, das den behinderungsbedingten Bedarf an Assistenz decken soll²²⁶. Dabei können die Versicherten mit einer Selbstdeklaration ihr Budget im Rahmen der Höchstgrenzen selber zusammenstellen. Die IV-Stelle überprüft den Bedarf und verfügt die definitive Höhe des Assistenzgeldes. Die eigenverantwortliche Budgetierung und Verwendung des Assistenzgeldes soll u.a. auch die Möglichkeit bieten, zu Hause zu wohnen und die Pflege selber zu organisieren (ob durch Familie, Bekannte oder auch Professionelle). Personengruppen, die bisher unentgeltliche Bereuung erbrachten, sollten so entweder zeitlich entlastet oder finanziell entschädigt werden²²⁷. Der Bundesrat hat beschlossen, nach dem Pilotversuch eine definitive Regelung zu treffen. Im Gegensatz zum Pilotversuch soll die Zielgruppe auf bereits in gewisser Masse selbständige Versicherte eingeschränkt werden. Zudem sollen Assistenzleistungen von Angehörigen nicht entschädigt werden²²⁸.

(dd) Fazit

Die sozialversicherungsrechtliche Unterstützung ermöglicht die in Art. 19 der Konvention verlangte Wahlfreiheit durch Leistungen, die das Wohnen zu Hause ermöglichen. Grundsätzlich besteht kein finanzieller Zwang, in einer Institution statt zu Hause zu leben. Ob die tatsächlichen finanziellen Leistungen wirklich ausreichen, kann hier nicht beurteilt werden. Ein unterstützenswerter Schritt ist hier sicher die Richtung, die das Pilotprojekt Assistenzbudget einschlägt, allerdings müssen die geplanten Einschränkungen nicht nur auf ihre Kosteneinsparende Wirkung, sondern auch auf ihren Einfluss auf die Wahlmöglichkeiten von Menschen mit Behinderungen überprüft werden.

b. Behindertengleichstellungsgesetz und –verordnung

(aa) Wohnungsangebot

Gemäss Art. 3 lit. c BehiG fallen Wohngebäude mit mehr als acht Einheiten unter den Geltungsbereich des BehiG. Bei Benachteiligungen im Sinne des BehiG können Betroffene nach Art. 7 BehiG verlangen, dass die Benachteiligung unterlassen wird und in gewissen Fällen sogar beseitigt wird.

Art. 19 der Konvention verlangt nicht ausdrücklich, dass Privatwohnungen baulich so gestaltet werden, dass sie für Menschen mit Behinderungen zugänglich sind. Grundsätzlich ist die Zugänglichkeit eine Voraussetzung dafür, dass

²²⁶ A.a.O., S. 8 f.

²²⁷ Bundesamt für Sozialversicherung, Pilotversuch „Assistenzbudget“: Projektbeschreibung, Juni 2005, S. 5.

²²⁸ Pressemitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 3. September 2008 (<http://www.bsv.admin.ch/aktuell/medien/00120/index.html?lang=de&msg-id=21090>)

das Wohnen zu Hause überhaupt möglich ist. Allerdings besteht nach Art. 19 kein Anspruch darauf, in einer bestimmten Wohnung leben zu können, an der allenfalls noch bauliche Massnahmen getroffen werden müssen. Immerhin muss aber doch ein genügend grosses Angebot von zugänglichen Wohnungen bestehen, um von einer Wahlfreiheit zu sprechen.

(bb) Dienstleistungen des Gemeinwesens

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BehiG sind Bund und Kantone gemeinsam verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu verhindern, verringern oder beseitigen. Diese allgemeine Formulierung mit programmatischem Charakter beinhaltet bereits alle spezifischen Massnahmen, welche die Konvention ebenfalls verankern will und bezieht sich insbesondere auch auf die Dienstleistungen des Gemeinwesens. Allerdings sind die Verpflichtungen in Art. 19 zu spezifischeren Massnahmen konkreter und daher, wenn auch nicht justiziabel, so doch besser überprüfbar.

Art. 14 BehiG sieht für den Bund Massnahmen für Sprach-, Hör- und Sehbehinderte im Verkehr zwischen Behörden und der Bevölkerung (Absatz 1) und bei Dienstleistungen auf dem Internet (Absatz 2) vor. Art. 9 bis 11 der Behindertenverordnung (BehiV; SR 151.31) präzisieren die Anforderungen. Art. 10 Abs. 1 BehiV legt beispielsweise für die Dienstleistungen im Internet fest, dass diese dem W3C-Standard programmiert sein müssen²²⁹. Die Bundesbehörden sind also klar verpflichtet, ihre Dienstleistungen zugänglich und für Menschen mit Behinderungen auch nutzbar zu machen.

Art. 19 lit. c der Konvention geht nicht über diese bestehende Verpflichtung hinaus. Da das Behindertengleichstellungsgesetz zwar in Art. 14 BehiG und Art. 9 – 11 BehiV jedoch nur den Bund verpflichtet, geht die Konvention in Bezug auf die Verpflichtung der Kantone weiter, da sie konkreter und spezifischer ist. Allerdings geht man bereits heute davon aus, dass die Kantone zur Anpassung ihrer Dienstleistungen verpflichtet sind²³⁰.

(cc) Vertiefung: Accessibility E-Government

Im Falle einer Ratifikation der Konvention besteht bei Kantonen und Gemeinden voraussichtlich Handlungsbedarf im Bereich der Zugänglichkeit von Dienstleistungen des Gemeinwesens auf dem Internet. Die Schweizer Accessibility-Studie 2007 stellt den Webseiten des Bundes in Bezug auf die Barrierefreiheit gute Noten aus, hingegen bestehen bei den Webseiten der Kantone und Gemeinden noch einige Barrieren, die Menschen mit Behinderungen den Zugang erschweren oder bei wenig Erfahrung fast verunmöglichen²³¹.

Für die Bundesverwaltung bestehen auf der Grundlage von Art. 10 BehiV Richtlinien für die Gestaltung von barrierefreien Internetangeboten (PO28) welche bis 31. Dezember 2006 umgesetzt worden waren. Die Bundeskanzlei

²²⁹ www.w3.org

²³⁰ Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz, S. 1802.

²³¹ Stiftung Zugang für Alle, Schweizer Accessibility-Studie 2007, S. 30 f.

überprüft die Einhaltung der Standards. Einige Städte und Kantone haben sich freiwillig zusammengeschlossen und Accessibility-Standards erarbeitet, welche die Zugänglichkeit auf kantonalen und kommunalen Websites koordinieren und fördern soll²³².

Die Kantone müssten hier verbindlich verpflichtet werden, zugängliche Standards nach W3C einzuführen. Dies kann angesichts des programmatischen Charakters der Bestimmung stufenweise geschehen.

B. DAS RECHT AUF BILDUNG IN DER BEHINDERTENKONVENTION UND BEDEUTUNG FÜR DIE SCHWEIZ

I. Fragestellung

Welche möglichen Konflikte bestehen zwischen der schweizerischen Rechtsordnung und den Verpflichtungen aus Art. 24 BehiK?

II. Konzept und Entstehung

Das Recht auf Bildung in Art. 24 der Konvention lehnt sich an die entsprechenden Bestimmungen des Sozialpaktes (Art. 13) und der Kinderrechtskonvention (Art. 23, 28 und 29) an. Für den Entwurf der Working Group und auch im Verlauf der Beratungen²³³ wurde mit Referenzen aus diesen beiden Abkommen gearbeitet, aber auch mit den Standard Rules²³⁴ und den relevanten Allgemeinen Bemerkungen zu Sozialpakt²³⁵ und Kinderrechtskonvention²³⁶. Art. 24 ist im Licht der allgemeinen Prinzipien auszulegen, die durch die Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes für das Recht auf Bildung und die Rechte von Menschen mit Behinderungen entwickelt worden sind. Im Vordergrund stehen die vier Grundprinzipien, welche durch den Ausschuss für WSK-Rechte und die UNO-Sonderberichterstatterin über das Recht auf Bildung, K. TOMASEVSKI (Mandat 1998-2004) entwickelt worden sind: Die Staaten haben gestützt auf das Recht auf Bildung die Pflicht, ein Bildungssystem aufzubauen, in welchem für jede Person ein ausreichendes Angebot *vorhanden* (available),

²³² A.a.O., S. 24 f.

²³³ Siehe die Dokumente auf www.un.org/esa/socdev/enable/rights.htm.

²³⁴ Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, UN-GA res. 48&96, 20. Dezember 1993 (insb. Art. 6).

²³⁵ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment Nr. 13 (1999), E/C.12/1999/10.

²³⁶ Kinderrechtsausschuss, General Comment, Nr. 9 (2006), CRC/C/GC/9.

zugänglich (accessible), *akzeptabel* (acceptable) und *anpassungsfähig* (adaptable) ist²³⁷.

Im Verlauf der Beratungen zur Behindertenkonvention einigte man sich darauf, keinen besonderen Verweis auf die progressive Realisierbarkeit in diese Bestimmung aufzunehmen, sondern diese Frage in einem eigenen Artikel zu regeln (heute Art. 4). Unbestritten war im Verlauf der Verhandlungen, dass dem Recht auf Bildung eine Schlüsselfunktion zukommt und es auch Erwachsene umfasst (sich also nicht auf Kinder und Jugendliche beschränkt). Die nun in Abs. 1 verankerte *Pflicht* der Staaten, ein inklusives Bildungssystem aufzubauen, war in dieser deutlichen Form im Entwurf der Working Group zunächst nicht enthalten und wurde erst in den Verhandlungen, insbesondere auf Antrag der Nichtregierungsorganisationen, aufgenommen²³⁸. Im Entwurf der Working Group war zudem lediglich vorgesehen, dass jede behinderte Person inklusive und zugängliche Bildung „wählen kann“ („can choose“, Art. 17 Abs. 2 lit. a, Working Group Draft). Hier wurde die Verpflichtung verstärkt; nach der Endfassung müssen die Staaten ein inklusives Bildungssystem „sicherstellen“ („shall ensure“, Art. 24 Abs. 1 Endfassung)²³⁹.

Die Schlussfassung von Art. 24 enthält fünf Teilaspekte, die im Folgenden untersucht werden sollen:

- Recht auf (Grundschul-)Bildung, Verbot der Diskriminierung;
- Chancengleichheit und Gleichstellung, Umsetzungsvorgaben, Pflicht zum Aufbau eines inklusiven Bildungssystems;
- Erlernen von Kenntnissen in Kommunikationstechniken und lebenspraktischen Fertigkeiten;
- Ausbildung des Lehrpersonals;
- Berufsbildung, Hochschule, Fortbildung.

²³⁷Annual Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, January 1.2001, E/CN.4/2001/52 11, paras. 4f., unter Bezugnahme auf die früheren Jahresberichte E/CN.4/1999/49, paras. 42-74 und E/CN.4/2000/6, paras. 30-65; Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment 13 (1999), para. 10.

²³⁸ Report of the Working Group, Annex I, Art. 17; siehe dazu den Kommentar zu Handen des Ad-Hoc-Committee des britischen Centre for Studies on Inclusive Education, <http://209.85.135.104/search?q=cache:GzfF9mB-EzQJ:www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5docs/ahc5csie.doc+right+to+education+convention+disabilities&hl=de&ct=clnk&cd=2&gl=ch>.

²³⁹ Report of the Working Group, Annex I, Art. 17; siehe dazu das Statement „Article 17 and inclusive education in the new UN Disability Convention: Briefing from the Centre for Studies on Inclusive Education, August 2004“, <http://209.85.135.104/search?q=cache:GgODcz-yYqsJ:www.un.org/esa/socdev/enable/rights/csiecontribahc4.doc+right+to+education+convention+disabilities&hl=de&ct=clnk&cd=14&gl=ch>].

III. Recht auf Bildung, Diskriminierungsverbot, Chancengleichheit

1. Vorgaben der Konvention zum Recht auf (Grundschul-)Bildung und Diskriminierungsverbot: Art. 24 Abs. 1 und 2 BehiK

Die Behindertenkonvention enthält das Recht auf Bildung für Menschen mit Behinderungen und in Übereinstimmung mit Art. 13 Abs. 1 und 2 lit. a Sozialpakt sowie Art. 28 Abs. 1 lit. a und Art. 29 Abs. 1 lit. a Kinderrechtskonvention insbesondere das Recht auf unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen. Diese Garantien finden sich in Art. 24 Abs. 1 (Anerkennung des Rechts auf Bildung, Verbot der Diskriminierung) und Abs. 2 lit. a BehiK (Verbot des diskriminierenden Ausschlusses vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht und vom Sekundarschulunterricht).

Das Verbot der Diskriminierung beim Genuss des Rechts auf Bildung in Art. 24 Abs. 1 ist direkt anwendbar²⁴⁰. Dabei ist die Definition von „Diskriminierung“, wie sie in Art. 2 Abs. 3 und 4 der Konvention verankert ist, zu berücksichtigen: auch das Verweigern angemessener Vorkehrungen stellt eine Diskriminierung dar. Stellt der Staat Bildungsangebote zur Verfügung, muss er den Zugang zu diesen diskriminierungsfrei gestalten und darf niemanden aus diskriminierenden Gründen von der Nutzung ausschliessen. Der UNO-Sozialrechtsausschuss vertritt in seiner *Allgemeinen Bemerkung* zum Recht auf Bildung in Art. 13 des UNO-Sozialpaktes ebenfalls diese Auffassung:

„[The] prohibition against discrimination enshrined in article 2 (2) of the Covenant is subject to neither progressive realization nor the availability of resources; it applies fully and immediately to all aspects of education and encompasses all internationally prohibited grounds of discrimination“²⁴¹.

Abs. 1 enthält neben den Grundgarantien (Recht auf Bildung, Verbot der Diskriminierung) und der Chancengleichheit ähnlich wie Art. 13 Abs. 1 des UNO-Sozialpaktes verschiedene Vorgaben, an welchen sich das Bildungssystem ausrichten hat, namentlich die *Beachtung von gewissen Grundwerten*, das Ziel der *Entfaltung der Persönlichkeit* und die *Ermöglichung der Teilnahme an der Gesellschaft* (siehe dazu Art. 13 Abs. 1 Sozialpakt; Art. 28 Abs. 1 Kinderrechtskonvention). Das Diskriminierungsverbot ist vom Vorbehalt der progressiven Realisierbarkeit (vgl. Art. 4) ausgenommen²⁴²: Stellt der Staat Leistungen zur Verfügung, darf er beim Zugang und beim Genuss niemanden diskriminieren.

²⁴⁰ Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Kritik in der Literatur siehe oben, S. 32 ff.

²⁴¹ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment 13 (1999), §31. Dazu Breen, S. 33.

²⁴² Ad Hoc Committee, Fourth Session (UN Doc. A/59/360), Annex IV, Report of the Coordinator, Summary of Discussions on Draft Article 4, Ziff. 7.

2. Gleichstellung im Bildungsbereich: Art. 24 Abs. 1 und 2 Behindertenkonvention

Abs. 2 ist programmatischer Natur. Er konkretisiert, an welchen Grundsätzen sich das Bildungssystem auszurichten hat, damit das *Recht auf Bildung* von Menschen mit Behinderungen realisiert und *Chancengleichheit* erreicht werden kann. Der Gesetzgeber ist nach dem Wortlaut der Konvention *verpflichtet*, mit angemessenen Massnahmen (Pädagogik, Zugänglichkeit, Kommunikationsmittel, Erleichterungen etc.) *sicherzustellen*,

- dass Menschen aufgrund ihrer Behinderung nicht vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden (lit. a);
- dass Kinder nicht aufgrund ihrer Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Sekundarschulunterricht ausgeschlossen werden; die Erweiterung auf den höheren Unterricht in diesem Abschnitt wurde erst im Verlauf der Beratungen aufgenommen²⁴³ (lit. a). Die Materialien ergeben, dass damit kein unmittelbares Recht auf unentgeltliche höhere Schulbildung eingeräumt werden sollte; die Garantie soll sicherstellen, dass Kinder und Jugendliche nicht von der Nutzung bestehender unentgeltlicher staatlicher Angebote ausgeschlossen werden²⁴⁴;
- dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit Nichtbehinderten in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Grundschulunterricht²⁴⁵ und einer entsprechenden Sekundarschulbildung haben (lit. b);
- dass auf persönliche Bedürfnisse Rücksicht genommen wird (lit. c);
- dass behinderte Menschen die notwendige Unterstützung im Rahmen des allgemeinen Bildungssystems erhalten. Ziel dieser Bemühungen muss es sein, ein inklusives Bildungsangebot zu schaffen, welches die Grundlage für eine maximale/optimale schulische und soziale Entwicklung bietet („consistent with the full goal of inclusion“, lit. d und e).

Aus den Materialien zu den Konventionsentwürfen geht hervor, dass mit lit. b keine Pflicht zum Besuch der Regelschule geschaffen werden soll, wenn dies mit den Bedürfnissen der Kinder nicht vereinbar ist²⁴⁶. Die Konvention statuiert ebenso wenig wie Art. 28 Kinderrechtskonvention ein absolutes Recht der Eltern, die Schulform für ihre Kinder auszuwählen; die Wahl der Eltern steht zudem unter dem Vorbehalt des Kindesinteresses (Art. 3 Kinderrechtskonvention).

²⁴³ Vgl. Report of the Working Group, Annex I, Art. 17 Abs. 2 lit. c (heute Art. 24).

²⁴⁴ Report by the Chair Man, Right to Education, 6th Session of the Ad Hoc Committee, 1.8.-12.8.2005, para. 37 [<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24ssrepchair.htm>].

²⁴⁵ Die Behindertenkonvention verwendet – in Übereinstimmung mit Art. 13 Abs. 2 lit. a Sozialpakt und Art. 28 Abs. 1 lit. a. Kinderrechtskonvention die Bezeichnung „primary education“.

²⁴⁶ Report of the Working Group, Annex I, Art. 17, Anm. 58.

Eine Kernaussage in Abs. 1 ist die *Verpflichtung zur Errichtung eines inklusiven Bildungssystems*, welches Menschen mit Behinderungen nicht diskriminiert und für Chancengleichheit sorgt. Die deutsche Arbeitsübersetzung ist insofern **unpräzise**, als sie die Formulierung „inclusive“ im englischen Originaltext mit „integrativ“ übersetzt. Inklusiv meint jedoch eine strukturelle, auf Diversität ausgerichtete Anpassung des Bildungsbereichs, die über die individuelle Integration des einzelnen Kindes hinausreicht:

„Inclusion is a process that involves all children, not just a number of „special“ children. It gives non-disabled children the experience of growing up in an environment where diversity is the norm rather than the exception. It is when the education system fails to provide for and accommodate this diversity, that difficulties arise, leading to marginalization and exclusion. Inclusion is not the same as “integration”, which implies bringing children with disabilities into a “normal” standard (...). Inclusion, on the other hand, requires that schools adapt and provide the needed support of ensure that all children can work and learn together.“²⁴⁷

„Inclusion is seen as a process of addressing and responding to the diversity of needs of all learners through increasing participation in learning, cultures and communities, and reducing exclusion within and from education. It involves changes and modifications in content, approaches, structures and strategies, with a common vision which covers all children of the appropriate age range and a conviction that it is the responsibility of the regular system to educate all children.“²⁴⁸

Auch der Bericht des UNO-Sonderberichterstatters über das Recht auf Bildung von Personen mit Behinderungen (2007) stellt die Schaffung inklusiver Bildungssysteme ins Zentrum der Staatenverpflichtung²⁴⁹. Er empfiehlt den Staaten, folgende Massnahmen zu ergreifen: (a) Anpassung der gesetzlichen Grundlagen; (b) Bündelung der Verwaltungszuständigkeit für die Bildung von behinderten und nicht behinderten Personen bei der gleichen Behörde; (c) Aufbau eines einheitlichen Schulsystems für alle Personen einer bestimmten Region; (d) Integration des Sonderschulangebotes und anderer separierender Angebote in die Regelschule; (e) Aus- und Weiterbildung des Lehrpersonals; (f) Aus- und Weiterbildung der Schulverwaltungsbehörden; (g) Anpassung der Rahmenbedingungen wie Klassengrösse, Zugänglichkeit von Räumen, Angebote von Hilfsmitteln etc.; (h) Aufbau eines inklusiven Vorschulbetreuungssystems.

²⁴⁷ Definition gemäss UNICEF Innocenti Research Centre, Promoting the Rights of Children with Disabilities, Innocenti Digest No.13, 2007, S. 1.

²⁴⁸ Definition gemäss UNESCO-Richtlinien „Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for all“, 2005, S. 13 f.

²⁴⁹ Report of the UN-Special Rapporteur on the Right to Education, The Right to Education of Persons with Disabilities, Implementation of GA Resolution 60/251, A/HRC/4/29, 19. Februar 2007, S. 8 f. (normative Vorgaben) und 13 f. (Umsetzungsprobleme) sowie S. 23 ff. (Empfehlungen).

3. *Recht auf Bildung in der Schweiz*

a. *Allgemeine Grundsätze*

Nach HOERDEGEN lassen sich aus der relevanten Verfassungs- und Gesetzgebung im Bildungsbereich sowie der Rechtsgleichheit und der Kinderrechtskonvention folgende allgemeine normative Grundziele der schweizerischen Bildungsverfassung ableiten:

- *Kindeswohl* (Art. 3 Abs. 1 Kinderrechtskonvention und Art. 11 Abs. 1 BV, bundesgerichtliche Rechtsprechung),
- *Integration* (Art. 41 Abs. 1 lit. g BV, Art. 3 lit. a Berufsbildungsgesetz, Art. 20 Abs. 2 BehiG, bundesgerichtliche Rechtsprechung),
- *Chancengleichheit* (primär programmatischer Gehalt, abgeleitet aus der Rechtsgleichheit in Art. 8 Abs. 1 BV, verstanden als „Egalisierung der Bildungschancen“, was mindestens Startchancen- und Wegchancengleichheit umfasst) ,
- *Durchlässigkeit* (vertikal und horizontal; vgl. Harmonisierungsvorgaben durch Art. 61a ff. BV; Berufsbildungsgesetz),
- *Qualität* (Art. 61a und Art. 63a BV) und
- *Pluralismus* (Achtung der (religiösen) Erziehungsrechte der Eltern; Privatschulfreiheit)²⁵⁰.

b. *Individualrecht auf Grundschulunterricht in der Schweiz*

Für die Schweiz bereits heute relevant ist der programmatische Art. 23 Kinderrechtskonvention, welcher die Staaten unter Berücksichtigung der elterlichen Leistungsmöglichkeiten „soweit als möglich“ dazu anhält, dem behinderten Kind die Ausbildung und die Vorbereitung auf das Berufsleben unentgeltlich zugänglich zu machen²⁵¹. In seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 9 (2006) über die Rechte von behinderten Kindern hat der Kinderrechtsausschuss festgehalten, dass sich die schulische Ausbildung am Prinzip der Inklusion orientieren soll²⁵². Die Schweiz hat überdies die bildungsbezogenen Rechte aus Art. 28 der Kinderrechtskonvention sowie Art. 13 des UNO-Sozialpaktes zu beachten²⁵³. Diese enthalten

(a) das Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht,

²⁵⁰ Hoerdeggen, S. S. 113 ff.; S. 121 ff.

²⁵¹ Art. 23 Abs. 3 KRK: „In Anerkennung der besonderen Bedürfnisse eines behinderten Kindes ist die nach Absatz 2 gewährte Unterstützung soweit irgend möglich und unter Berücksichtigung der finanziellen Mittel der Eltern oder anderer Personen, die das Kind betreuen, unentgeltlich zu leisten und so zu gestalten, dass sichergestellt ist, dass Erziehung, Ausbildung, Gesundheitsdienste, Rehabilitationsdienste, Vorbereitung auf das Berufsleben und Erholungsmöglichkeiten dem behinderten Kind tatsächlich in einer Weise zugänglich sind, die der möglichst vollständigen sozialen Integration und individuellen Entfaltung des Kindes einschliesslich seiner kulturellen und geistigen Entwicklung förderlich ist.“

²⁵² KRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 9 (2006), CRC/C/GC/9, 27. Februar 2006, § 66 ff.

²⁵³ Referenzdokumente: Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, UN-GA res. 48&96, 20. Dezember 1993 (Art. 6); UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (Art. 13); UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 (Art. 23 und 28).

- (b) einen Anspruch auf gleichen (diskriminierungsfreien) Zugang zu vorhandenen schulischen und anderen Bildungseinrichtungen²⁵⁴,
- (c) auf programmatischer Ebene die Verpflichtung, die verschiedenen Formen des weiterführenden Schulwesens (inkl. Hochschulen) allgemein verfügbar und jedermann zugänglich zu machen.

Zu den genannten Garantien wurden keine Vorbehalte erklärt.

Das Recht auf Grundschulunterricht gemäss Art. 19 BV belässt den Kantonen bei der Regelung des Grundschulwesens einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Er stellt insofern einen individualrechtlichen Minimal-Standard dar, welcher von den Kantonen – unter Heranziehung der anderen relevanten Verfassungsnormen (insbesondere der Sozialziele von Art. 41 Abs. 1 lit. f²⁵⁵ und den Vorgaben in Art. 62 ff. BV), der Kinderrechtskonvention und des Sozialpaktes – nicht unterschritten werden darf. Wie das Bundesgericht in einem Leitescheid (BGE 130 I 352) ausführte, muss die Ausbildung *unentgeltlich, angemessen und geeignet* sein sowie genügen, um die Schülerinnen und Schüler auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten: „Art. 19 BV verschafft einen Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende, unentgeltliche Grundschulausbildung auch für Behinderte“ (E. 3.2.). Dieser Anspruch ist dann verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, welches die Chancengleichheit nicht mehr wahrt bzw. wenn das Kind Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten. Der Anspruch umfasst ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen: „Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden (...)“ (E. 3.3.). In einem Entscheid aus dem Jahre 2007 präzisierte das Bundesgericht zum Recht auf Grundschulbildung von Kindern mit Behinderungen, dass Art. 8 Abs. 2 die *Diskriminierung* von Kindern mit Behinderungen auch im Schulbereich verbiete und das Behindertengleichstellungsgesetz die Kantone verpflichte, entsprechende Massnahmen für behinderte Kinder und Jugendliche vorzusehen²⁵⁶.

b. Umsetzung/programmatische Ebene: Bildungsverfassung und Kompetenzverteilung

Die Kantone haben für einen verfassungskonformen Grundschulunterricht zu sorgen, der allen Kindern offen steht und an öffentlichen Schulen unentgeltlich ist (Art. 62 BV). Mit dem Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 3.10.2003 wurde Art. 62 BV um einen dritten Absatz ergänzt, welcher die

²⁵⁴ Kälin/Künzli, S. 399.

²⁵⁵ Das Sozialziel in Art. 41 Abs. 1 lit. f und g BV verlangt, dass sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Kinder und Jugendliche nach ihren Fähigkeiten ausgebildet und in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden.

²⁵⁶ BGer-Entscheid 2C_187/2007 vom 16.8.2007, E. 2.4.1.

Kantone dazu verpflichtet, allen behinderten Kindern und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr eine ausreichende staatliche oder unter staatlicher Aufsicht stehende Sonderschulung zu gewährleisten²⁵⁷. Damit fällt dieser Bereich nun in die alleinige fachliche und finanzielle Verantwortung der Kantone. Zu den Massnahmen der ausreichenden Sonderschulung zählen unter anderem die integrative, stationäre oder teilstationäre Sonderschulung, Beratung, heilpädagogische Früherziehung und pädagogisch-therapeutische Massnahmen, Heimaufenthalte und Transporte²⁵⁸ (individuelle Beiträge sowie Beiträge an Institutionen). Die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 2 BV verpflichtet die Kantone dazu, Sonderschulkonzepte zu erstellen und durch den Bund genehmigen zu lassen. Während der Übergangsfrist von drei Jahren müssen die Kantone den bisherigen Standard der Sonderschulfinanzierung nach IVG gewährleisten. Berufsberatung und Finanzierung der begleitenden Massnahmen der erstmaligen beruflichen Ausbildung von Jugendlichen bzw. Erwachsenen mit Behinderungen bleiben hingegen Aufgabe der Invalidenversicherung (Art. 15 f. IVG).

Mit Bundesbeschluss über die Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung vom 16. Dezember 2005, wurde Art. 62 BV zudem in Abs. 4 um die Bestimmung erweitert, wonach der Bund bei fehlender Selbstkoordination der Kantone Vorschriften über Schuleintrittsalter, Schulpflicht, Dauer und Ziele der Bildungsstufen erlassen kann. Bund und Kantone müssen im Bereich der Bildung ihre Anstrengungen koordinieren und ihre Zusammenarbeit mit gemeinsamen Organen sicherstellen (Art. 61a Abs. 2 BV)²⁵⁹. Der ebenfalls neue Art. 48a Abs. 1 BV hält schliesslich fest, dass der Bund auf Antrag von Kantonen interkantonale Verträge im Bereich des Schulwesens für behinderte Kinder für allgemein verbindlich erklären oder Kantone zur Beteiligung verpflichten kann. Diese legislatorischen Aktivitäten zeigen, dass der Bedarf an verbesserter Koordination und Zusammenarbeit im Grundschulbereich erkannt worden ist.

c. Vorgaben des Behindertengleichstellungsgesetzes

Der Bund hat im Behindertengleichstellungsgesetz zuhanden der Kantone gewisse Mindeststandards und Rahmenvorgaben für die Bildung von behinderten Kindern und Jugendlichen gesetzt. Gemäss Art. 20 haben die Kantone dafür zu sorgen, dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulbildung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist (Abs. 1). Dabei ist, „so weit dies möglich ist und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule“ zu fördern (Abs. 2).

²⁵⁷ Nach bisherigem Recht hatten Behinderte gemäss der Invalidengesetzgebung einen Anspruch auf Sonderschulung (Art. 8 und 19 IVG, Art. 8f f. IVV). Mangels gesetzlicher Grundlage bezahlte die IV jedoch keine Beiträge, wenn ein Kind pädagogisch-therapeutische Begleitmassnahmen benötigte, aber die Regelschule besuchte. Nach Inkrafttreten der NFA entfallen die Leistungen der IV in diesem Bereich und die organisatorische, finanzielle und fachliche Kompetenz geht gänzlich an die Kantone über (Botschaft Ausführungsgesetzgebung NFA, S. 6218 ff.).

²⁵⁸ Botschaft NFA, S. 2416 ff.; Gächter/Cruchon, S. 163.

²⁵⁹ Bundesbeschluss über die Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung vom 16.12.2005; angenommen in der Volksabstimmung vom 21.5.2006.

Die Grundschule soll behinderte und nicht behinderte Jugendliche entsprechend ihren Fähigkeiten und Neigungen darauf vorbereiten, nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit entweder eine Berufsausbildung zu beginnen oder eine höhere Schulstufe zu besuchen. Eine den besonderen Bedürfnissen angepasste Grundschulbildung kann je nach Behinderung, Bildungsfähigkeit und Berufsaussichten bedeuten, dass auch alltagspraktische und berufsvorbereitende Massnahmen zum Grundschulunterricht gehören.

Der Wortlaut von Abs. 2 macht deutlich, dass primär die Integration in die Regelschule gefördert werden soll, soweit dies mit dem Wohl der Kinder vereinbar ist. Eine behinderungsbedingte Nichteinschulung in die Regelschule muss qualifiziert gerechtfertigt werden. Massgebend ist dabei in erster Linie das Wohl der betreffenden Kinder, wobei das „effektiv Mögliche nicht ausser Acht gelassen werden darf“²⁶⁰. Der Geltungsbereich von Art. 20 BehiG beschränkt sich auf die Grundschule.

Das Benachteiligungsverbot in Art. 2 Abs. 5 BehiG erfasst alle staatlichen Schulen und anderen Bildungseinrichtungen aller Stufen mit einem öffentlich-rechtlichen Auftrag (auf private Anbieter ist ansonsten Art. 6 BehiG anwendbar, welcher Diskriminierungen verbietet)²⁶¹. Eine widerrechtliche Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung liegt gemäss Art. 2 Abs. 5 BehiG insbesondere vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden oder die Dauer und die Ausgestaltung des Bildungsangebotes sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen nicht angepasst sind²⁶². Ob eine Beseitigung der Benachteiligung gesetzlich geboten ist, entscheidet sich nach der Verhältnismässigkeitsprüfung von Art. 11 Abs. 1 BehiG, wobei im Fall der Grundschulbildung der verfassungsmässige Anspruch in jedem Fall zu wahren ist.

d. Entwicklungen im Bereich der Sonderpädagogik

Der ganze Bereich der Sonderpädagogik ist zur Zeit stark im Umbruch. Der Bericht von EDK/EDI für „Eurybase“ gibt einen Überblick über das schweizerische System und die Aufgaben, die von den Kantonen mit der NFA übernommen werden²⁶³. Zur Sonderpädagogik im weiteren Sinne im *Grundschulbereich* gehören die heilpädagogische Früherziehung, ambulante Förder-, Beratungs- und Therapieangebote, integrative Schulung, Sonderklassen und Sonderschulung. Der Bericht erwähnt insbesondere (1) die mangelhafte Datenerhebung über die verschiedenen Angebote, (2) die immer noch (zu) hohe (Ein-)Schulung von Kin-

²⁶⁰ BGE 130 I 352, E. 6.1.3.

²⁶¹ Sutter/Sprecher, S. 189.

²⁶² Betreffend der Dauer siehe Art. 62 Abs. 3, welcher eine ausreichende Sonderschulung bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr vorsieht.

²⁶³ EDK/EDI, Kapitel 10 des Schweizerischen Beitrages für die Datenbank „Eurybase – the Data Base on Education Systems in Europe“, Stand 5. November 2007, online einsehbar unter http://209.85.135.104/search?q=cache:GyicBEHCvIYJ:www.csps-szh.ch/fileadmin/data/2_sonderpaedagogik/Sonderpaedagogik.Schweiz.pdf+Sonderp%C3%A4dagogik&hl=de&ct=clnk&cd=2&gl=ch.

dern ausserhalb der Regelklassen²⁶⁴, (3) Unterschiede im Angebot zwischen den Kantonen sowie (4) die uneinheitliche Regelung der Abklärungs- und Zuweisungsverfahren von sonderpädagogischen Massnahmen (welche je nach Kanton variieren)²⁶⁵.

Die Kantone haben per 1.1.2008 die gesamte fachliche, rechtliche und finanzielle Verantwortung übernommen. Die Erziehungsdirektorenkonferenz hat am 25.10.2007 gestützt auf den Auftrag in Art. 62 Abs. 3 BV die „Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik“ verabschiedet, welche in Kraft tritt, sobald zehn Kantone beigetreten sind (frühestens am 1.1.2011)²⁶⁶. Sie dient zum einen der Umsetzung der Aufträge in Art. 62 Abs. 3 BV und Art. 20 des BehiG, zum anderen verwirklicht sie mit ihren Harmonisierungsbemühungen den neuen Verfassungsgrundsatz in Art. 43a Abs. 4 BV, wonach Leistungen der Grundversorgung allen Personen in „vergleichbarer Weise offen stehen“ müssen. Das Konkordat erklärt die Sonderpädagogik zu einem Teil des allgemeinen öffentlichen Bildungsauftrages²⁶⁷. Einen Anspruch auf entsprechende Massnahmen haben Kinder und Jugendliche, die in ihren Entwicklungs- und Bildungsmöglichkeiten so stark beeinträchtigt sind, dass sie dem Unterricht in der Regelschule ohne spezifische Unterstützung nicht beziehungsweise nicht mehr folgen können *oder* wenn sie besondere Bildungsbedürfnisse haben. Ebenso haben Kinder vor der Einschulung einen Anspruch, wenn ihre Entwicklung eingeschränkt oder gefährdet ist oder sie dem Unterricht in der Regelschule ohne spezifische Unterstützung nicht werden folgen können (Art. 3). Art. 2 des Konkordats hält fest, dass (im Rahmen der Verhältnismässigkeit und entsprechend den Bedürfnissen des Kindes, vgl. Art. 20 BehiG) primär integrative Lösungen zu verfolgen sind und separierender Unterricht die Ausnahme darstellen sollte. Art. 2 lit. c wiederholt den Grundsatz der Unentgeltlichkeit von Art. 62 Abs. 2 BV. Das Konkordat statuiert verschiedene Grundangebote, die von den Kantonen mindestens zur Verfügung gestellt werden müssen. Überdies enthält es Regelungen zu den sog. „verstärkten Massnahmen“ nach individuellem Bedarf (Art. 5) und Bestimmungen über die Anordnung der Massnahmen (Art. 6, standardisiertes Verfahren, Trennung von Abklärungsstellen und Leistungserbringern sowie periodische Überprüfung der Zweckmässigkeit). In Art. 7 ff. statuiert es verschiedene Harmonisierungs- und Koordinationsinstrumente. Im Vordergrund stehen dabei die Verwendung einheitlicher Terminologie, einheitlicher Qualitätsstandards und standardisierter Abklärungsverfahren (Art. 7). Grundsätzlich werden keine neuen Lehrpläne entwickelt. Die Anforderungsniveaus sollen aus den allgemeinen Bildungsstandards der Regelschule, unter Berücksichtigung der individuellen Situation der Schülerinnen und Schüler, abgeleitet werden (Art. 8).

²⁶⁴ Bericht EDK/EDI, S. 5.

²⁶⁵ Bericht EDK/EDI, S. 8. Siehe dort auch den Hinweis auf das Netzwerk Integrative Schulung, mit welchem der Erfahrungsaustausch gefördert werden soll.

²⁶⁶ Ebenfalls neu ausgearbeitet wurde eine interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule, welche das alte Konkordat von 1970 über die Schulkoordination ablöst (HarmonoS vom 14.7.2007).

²⁶⁷ Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren EDK, Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 4. Dezember 2007, S. 2 ff.; siehe auch Giezendanner, Rz. 4.1.3.

Verschiedene Kantone sind gegenwärtig daran, die separierenden Angebote noch vor Inkrafttreten des Sonderschulkonkordates verstärkt mit integrierender Schulung zu kombinieren bzw. zu ersetzen, sofern dies im Interesse der betroffenen Kinder liegt²⁶⁸. Insofern soll eine Umkehr des bisherigen Trends zu laufend vermehrter Sonderschulung eingeleitet werden²⁶⁹.

IV. Kenntnisse in Kommunikationstechniken und lebenspraktischen Fertigkeiten

1. Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 3 BehiK

Art. 24 Abs. 3 Behindertenkonvention, eine programmatische Bestimmung, äussert sich zu den Aufgaben des Bildungssystems in den Bereichen Kommunikation, „lebenspraktische Fertigkeiten“ und Mobilität. Dazu zählt z.B., dass die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderungen ermöglichen, behinderungsspezifische Kommunikationsmittel zu erlernen. Die Konvention zählt die wesentlichen Bereiche auf:

„(...) Zu diesem Zweck ergreifen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen; unter anderem

a) erleichtern sie das Erlernen von Brailleschrift, alternativer Schrift, ergänzenden und alternativen Formen, Mitteln und Formaten der Kommunikation, den Erwerb von Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten sowie die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen und das Mentoring;

b) erleichtern sie das Erlernen der Gebärdensprache und die Förderung der sprachlichen Identität der Gehörlosen;

c) stellen sie sicher, dass blinden, gehörlosen oder taubblinden Menschen, insbesondere Kindern, Bildung in den Sprachen und Kommunikationsformen und mit den Kommunikationsmitteln, die für den Einzelnen am besten geeignet sind, sowie in einem Umfeld vermittelt wird, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet.(...)“

Diese Pflichten wurden bereits durch den UNO-Sozialrechtsausschuss im Zusammenhang mit Art. 13 Sozialpakt formuliert²⁷⁰.

²⁶⁸ Siehe z.B. die Entwicklungen in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Graubünden, Luzern, Schaffhausen und Zürich.

²⁶⁹ Die Anzahl der Kinder in Sonderklassen hat in den vergangenen 25 Jahren kontinuierlich zugenommen (von rund 4,3 auf rund 6,2 Prozent). Die Zahlen sind seit dem Schuljahr 2005/2006 wieder leicht rückläufig. Zur Statistik siehe

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/02/key/ind5.indicator.50305.503.html?close=507>. Der oben erwähnte Bericht EDK/EDI „Eurybase“, S. 5, hält fest: „Heute ist der Begriff Inklusion daran, Fuss zu fassen. Inklusion meint den Einschluss von Menschen mit Behinderungen in das gesellschaftliche Umfeld. Inklusion ist eine Weiterentwicklung des Integrationsgedankens.“

²⁷⁰ Ausschuss für WSK-Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 (1994), § 35.

2. *Rechtslage in der Schweiz*

Gemäss Art. 20 Abs. 3 BehiG haben die Kantone dafür zu sorgen, dass „wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderte Kinder und Jugendliche und ihnen besonders nahe stehenden Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können“ (Abs. 3). Wie die Botschaft dazu ausführt, sei das Erlernen dieser Fertigkeiten zentral für die „Integration in die Gesellschaft“, weshalb es zum „Pflichtstoff“ der Grundausbildung gehöre, die die Kantone zu gewährleisten haben²⁷¹. *Mit diesem Unterricht müsste nach dem Konventionstext (lit. b) auch die Förderung der sprachlichen Identität verbunden sein (Gebärdensprache).*

Was die Ausbildung im Bereich von „Mobilitätsfertigkeiten“ anbelangt, so ist Art. 7 der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (SR 831.232. 51) zu beachten, welcher bestimmt: „Setzt der Gebrauch eines Hilfsmittels ein besonderes Training des Versicherten voraus, so übernimmt die Versicherung die dadurch entstehenden Kosten“.

V. *Ausbildung des Lehrpersonals*

1. *Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 4*

Art. 24 Abs. 4 BehiK schliesslich (wiederum programmatisch) betrifft die Lehrerinnen- und Lehrerausbildung sowie –weiterbildung. Die Vertragsstaaten müssen geeignete Massnahmen ergreifen, um qualifiziertes Personal *auszubilden, fortzubilden und einzustellen*. Ohne Lehrpersonen mit der entsprechenden Ausbildung sind inklusive Bildung von Kindern mit Behinderungen im allgemeinen Schulsystem und ein ergänzendes, adäquates Zusatzangebot nicht realisierbar²⁷².

2. *Rechtslage in der Schweiz*

Der programmatische Art. 24 Abs. 4 steht mit der *Rechtslage* in der Schweiz nicht in Konflikt; die Umsetzung auf kantonaler Ebene – auch dieser Bereich ist gegenwärtig im Umbruch – wird zeigen müssen, ob Angebot, Qualität und Koordination weiter verbessert werden können.

Zur Gewährleistung der Bildungsrechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 20 BehiG gehört, dass die Kantone entsprechendes Personal ausbilden und einstellen (Sonderpädagogik, Erlernen von Kommunikationstechniken). Damit Kinder und Jugendliche mit besonderen Bedürfnissen die Regelschule

²⁷¹ Botschaft BehiG, S. 1786.

²⁷² Siehe dazu ebenfalls Ausschuss für WSK-Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 (1994), § 35.

besuchen können, bedarf es überdies gewisser Grundkenntnisse und der speziellen Fortbildung des allgemeinen Lehrpersonals.

Gemäss Art. 9 des (oben erwähnten, noch nicht in Kraft getretenen) Sonder-
schulkonkordats soll die Grundausbildung in der schulischen Heilpädagogik und
des Fachpersonals im Bundesrecht oder in den Anerkennungsreglementen der
EDK geregelt werden. Zudem verpflichten sich die Kantone zur Zusammenar-
beit bei der Entwicklung von Weiterbildungsangeboten. Wie die EDK in ihrem
Kommentar zum Konkordat schreibt, gilt dabei folgendes:

- Die Kantone werden in ihren kantonalen Konzepten für Sonderpädagogik
die Ausbildungsanforderungen regeln;
- Die Ausbildungsanforderungen müssen mit den Bedürfnissen des sonderpä-
dagogischen Grundangebots übereinstimmen (die Grundausbildung erfolgt
bereits heute mehrheitlich integriert in die Pädagogischen Hochschulen);
- Die EDK hat für gewisse Ausbildungsbereiche bereits heute Mindestvoraus-
setzungen für die Anerkennung von Abschlüssen festgelegt;
- Die Qualitätsstandards (Art. 7 Konkordat) müssen für alle Personen gelten,
die sich im Bereich Sonderpädagogik betätigen (also nicht nur für Lehrkräfte
mit der Grundausbildung);
- Die Weiterbildung unter Zusammenarbeit mit dem Berufsfeld, den Fachver-
bänden und den Kompetenzzentren ist grundsätzlich in das Angebot der
Hochschulen zu integrieren²⁷³.

In Art. 10 verpflichten sich die Kantone, gegenüber der EDK eine kantonale
Kontaktstelle einzurichten, die für sämtliche Fragen im Bereich der Sonderpä-
dagogik zuständig ist.

VI. Hochschule, Berufsbildung, Fortbildung: Art. 24 Abs. 5 BehiK

1. Vorgaben der Konvention: Art. 24 Abs. 5

Art. 24 Abs. 5 betrifft die Berufs- und Erwachsenen(fort-)bildung. Er verpflich-
tet die Staaten dazu, Menschen mit Behinderungen beim Zugang zu Hoch-
schul- und Berufsausbildung sowie anderen Formen der Erwachsenenbildung
nicht zu diskriminieren und mit geeigneten positiven Massnahmen sicherzustel-
len, dass dieser Zugang nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch ermöglicht
wird (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 lit. c des Sozialpaktes).

²⁷³ EDK, Kommentar Konkordat, S. 15.

2. *Rechtslage in der Schweiz*

Bund und Kantone müssen Benachteiligungen bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildungen verhindern, verringern und beseitigen (Art. 5 BehiG). Eine solche Benachteiligung liegt nach Art. 2 BehiG insbesondere vor, wenn:

- a. die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Bezug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden;
- b. die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind.

Diese Pflicht besteht für alle Bereiche und Stufen des Bildungssystems, also auch für die Sekundarstufe II und die Tertiärstufe, mithin auch für Hochschulen und die Erwachsenenbildung. Für die nachobligatorische Schulzeit gilt weiterhin Art. 16 IVG, welcher während der erstmaligen Berufsausbildung oder einer allgemeinbildenden Ausbildung auf Sekundarstufe II (inkl. Maturitätsschulen und Fachmittelschulen) IV-finanzierte sonderpädagogische Massnahmen ermöglicht (vgl. auch Art. 5 IVV), sofern die Invalidität nach Bundesrecht anerkannt ist²⁷⁴.

Das Berufsbildungsgesetz vom 13.12.2002 (SR 412.10) definiert die Berufsbildung als eine „gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt“ (Art.1). Die Massnahmen des Bundes zielen darauf ab, die Initiative der Kantone und der Organisationen mit finanziellen und anderen Mitteln zu fördern, einheitliche Leitlinien für die Ausgestaltung des Berufsbildungssystems zu schaffen und die Zusammenarbeit zu verbessern²⁷⁵. Art. 3 setzt das Ziel, ein Berufsbildungssystem zu fördern und zu entwickeln, das „den Einzelnen die berufliche und persönliche Entfaltung und die Integration in die Gesellschaft“ ermöglicht (lit. a). Weiter bezweckt das Gesetz den „Ausgleich der Bildungschancen“ sowie „die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen“ zu beseitigen (lit. c). Art. 7 erteilt dem Bund die Möglichkeit, Massnahmen im Bereich der Berufsbildung zur Förderung von benachteiligten Gruppen zu ergreifen. Für Personen mit Lernschwierigkeiten oder Behinderungen kann die Dauer der beruflichen Grundbildung angemessen verlängert werden (Art. 18 Abs. 1). Die Berufsfachschulen haben den Auftrag, Benachteiligungen für Behinderte durch geeignete Bildungsangebote zu beseitigen (Art. 21 Abs. 2 lit. c). Art. 35 Abs. 3 der Berufsbildungsverordnung vom 19. November 2003 (SR 412.101) hält fest, dass bei der Abschlussprüfung der beruflichen Grundbildung von Menschen mit Behinderungen entsprechende Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen bzw. zuzulassen sind und falls nötig mehr Zeit zu gewähren ist. Art. 10 der BBV regelt (in Abgrenzung zur nur drei- bis vierjährigen Grundbildung) die vereinfachte, zweijährige Grundbildung, die den individuellen Voraussetzungen der Lernenden durch differenziertes Lernangebot und entsprechende Didaktik Rechnung trägt. Der Abschnitt über die höhere Berufsbildung (Art. 23 ff. BBV) und über die berufsorientierte Weiterbildung (Art. 29 ff. BBV) äussern sich nicht zur Integration von Menschen mit Behinderungen,

²⁷⁴ Dazu EDK, Kommentar Konkordat, S. 7.

²⁷⁵ Botschaft Berufsbildungsgesetz, Einleitung, S. 5686 f.

doch gelten die oben erwähnten Grundsätze von Art. 3 lit. a und c. auch hier²⁷⁶.

Für Personen, an welche die zweijährige berufliche Grundbildung mit eidgenössischem Berufsattest zu hohe Anforderungen stellt, hat INSOS (Soziale Institutionen für Menschen mit Behinderungen Schweiz), einen zweijährigen Ausbildungsgang „Praktische Ausbildung INSOS“ entwickelt. Die Ausbildung ist vorwiegend auf das Erlernen und Ausführen von einfachen praktischen Tätigkeiten und der entsprechenden theoretischen Kenntnisse ausgerichtet²⁷⁷.

VII. *Fazit: Der Bildungsbereich im Umbruch*

- Die Schweiz erfüllt verschiedene Vorgaben der Konvention im Bildungsbereich noch nicht; sie befindet sich jedoch auf dem Weg in jene Richtung, welche die Konvention vorgibt. Die Grundziele der Schweizerischen Bildungsverfassung, insbesondere *Chancengleichheit, Kindeswohl und Integration*, weisen einen intensiven Bezug zur Behindertengleichstellung auf. In Umsetzung der NFA und der neuen Bildungsverfassung sind weite Teile des Bildungsbereichs auf kantonaler Ebene stark im *Umbau*; diese Ausgangslage eröffnet die *Chance*, Systeme zu überdenken, inklusive Strukturen aufzubauen und die Koordination zu verbessern. Dies gilt insbesondere für den Bereich der obligatorischen Schule. Art. 20 i.V.m. Art. 5 Behindertengleichstellungsgesetz sowie das Sonderschulkonkordat (so ihm die Kantone beitreten) erfüllen wichtige Anliegen der Behindertenkonvention, namentlich den Individualisierungsgrundsatz, die Beseitigung von Benachteiligungen und den Vorrang von Integration vor Separatschulung. Allerdings bedarf es vermehrter Anstrengung, um das Ziel eines inklusiven Bildungssystems zu erreichen und alle Bildungsstufen durch den Abbau von Hindernissen und mit positiven Massnahmen für Menschen mit Behinderungen gleichermaßen zugänglich zu machen wie für Nichtbehinderte.
- Die Behindertenkonvention verwendet den Begriff „Inklusion“, welcher anders als das Konzept der Einzelintegration eine umfassende strukturelle Ausrichtung der Schule auf Diversität beinhaltet²⁷⁸. Bei der Umsetzung auf kantonaler Ebene wird man sich damit auseinandersetzen müssen, wie die Struktur des Grundschulangebotes dieser Vorgabe gerecht werden kann. Der Erfolg der Umsetzung wird namentlich auch davon abhängen, wie viele *Ressourcen* für die strukturellen und personellen Bedürfnisse einer inklusiven Schule zur Verfügung gestellt werden (insbesondere Ausbildung der Lehrerinnen und Lehrer und Team-Teaching). Die Kon-

²⁷⁶ Siehe auch das Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen IFEG vom 6.10.2006, SR 831.26.

²⁷⁷ Bericht EDK/EDI, S. 13 f.

²⁷⁸ Siehe auch die Kritik am Modell der Einzelintegration (im Unterschied zu Integrationsklassen) von Georg Feuser, Professor für Sonderpädagogik, Institut für Sonderpädagogik der Universität Zürich, Interview Tagesanzeiger vom 11.9.2006.

vention verpflichtet den Vertragsstaat in Art. 4 Abs. 2 dazu, die Sozialrechte unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel („to the maximum of available resources“) schrittweise zu verwirklichen.

- Wird die Konvention durch die Schweiz ratifiziert, müssen ihre Bestimmungen herangezogen werden, um das verfassungsmässige Recht auf Bildung von Kindern und Jugendlichen mit spezifischen, behinderungsbedingten Bedürfnissen zu konkretisieren. Dies gilt sowohl für die Gesetzgebung (Umsetzung von Art. 20 BehiG) wie für die Rechtsanwendung (Umfang des justiziablen Anspruchs auf Grundschulbildung, Art. 19 BV). Die Konvention verleiht jedem behinderten Kind einen Anspruch auf eine seinen Bedürfnissen angemessene Grundschulbildung; die Nichteinschulung in die Regelklasse muss (auch unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbotes) qualifiziert gerechtfertigt sein. Eine Diskriminierung im Bereich der Bildung kann nach der Konvention dann vorliegen, wenn angemessene Vorkehrungen zur Verwirklichung des Rechts verweigert werden (mithin Anpassungen des Bildungsangebotes an die Bedürfnisse des Kindes zu Unrecht unterlassen werden).
- Die Kantone sind gestützt auf Art. 20 Abs. 3 Behindertengleichstellungsgesetz verpflichtet, das Erlernen behinderungsspezifischer *Kommunikationsformen* (Gebärdensprache etc.) für Betroffene und ihnen nahe stehende Personen zu ermöglichen. Die Kantone wären nach der Behindertenkonvention überdies verpflichtet, begleitend zu diesem Unterricht mit geeigneten Massnahmen *die sprachliche Identität von wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderten Personen zu fördern*.
- Grundsätzlich besteht auch im Bereich der *nachobligatorischen Schulzeit* sowie in der Berufsbildung bereits nach heutiger Rechtslage in der Schweiz die Pflicht zur Ermöglichung des Zugangs zu schulischen Einrichtungen und zur Anpassung an besondere Bedürfnisse (vgl. die Grundsatznormen im BehiG, insbesondere Art. 5 i.V.m. Art. 2 Abs. 5). Die Massnahmen zur Schaffung eines Bildungsangebotes, welches über das Diskriminierungsverbot hinaus mit entsprechenden staatlichen Leistungen den *gleichberechtigten Zugang* ermöglicht („gleichberechtigt mit anderen“), sind hier jedoch im Vergleich zu den Vorgaben der Konvention eher schwach ausgebildet.

C. ARBEIT UND BESCHÄFTIGUNG (ART. 27) UND BEDEUTUNG FÜR DIE SCHWEIZ

I. *Fragestellung*

Welche möglichen Konflikte bestehen zwischen der schweizerischen Rechtsordnung – insbesondere unter Berücksichtigung des Art. 41 lit. d BV – und den Verpflichtungen aus Art. 27 BehiK?

Art. 27 der Konvention umschreibt den Inhalt des Rechts auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen und verankert Massnahmen, welche zur Durchsetzung dieses Rechts geeignet sind.

II. *Vorgaben der Konvention*

Das Recht auf Arbeit soll Menschen mit Behinderungen einen diskriminierungsfreien und gleichberechtigten Zugang zum Arbeitsmarkt verschaffen, damit ihre wirtschaftliche Existenz gesichert werden kann, sie vor Armut geschützt werden, nicht in wirtschaftliche Abhängigkeit geraten und ihre Persönlichkeitsrechte wahrnehmen können.

Teilweise wird in der Lehre bemängelt, dass die Konvention das Recht auf Arbeit sehr offen verankert hat. Die Durchsetzung ähnele den sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten²⁷⁹. Andere Autoren vertreten die Meinung, dass die Konvention in erster Linie dazu diene, die bereits bestehenden menschenrechtlichen Standards unter dem besonderen Blickwinkel der Menschen mit Behinderungen zu präzisieren und zu ergänzen²⁸⁰. Ein Ziel der Konvention sei die vollständige und wirksame Integration der Menschen mit Behinderungen in der Gesellschaft, was zum Beispiel in der Forderung nach gleichberechtigtem Zugang zum Arbeitsmarkt zur Sprache komme²⁸¹. Dass es sich nur um den *gleichberechtigten* und nicht den *gleichen* Zugang handelt, geht auch aus den Materialien klar hervor, da man von einer Quotenregelung zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen abgesehen hat²⁸².

1. *Das Recht auf Arbeit*

In Absatz 1 von Artikel 27 wird das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit anerkannt:

²⁷⁹ Schmal, in: Archiv des Völkerrechts, Bd. 45, S. 536.

²⁸⁰ Bielefeldt, S. 13.

²⁸¹ A.a.O., S. 10.

²⁸² Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Rz. 102.

„1. Die Vertragsstaaten anerkennen das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit; dies beinhaltet das Recht auf die Möglichkeit, den Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, die in einem offenen, integrativen und für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Arbeitsmarkt und Arbeitsumfeld frei gewählt oder angenommen wird. Die Vertragsstaaten sichern und fördern die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, einschließlich für Menschen, die während der Beschäftigung eine Behinderung erwerben, durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um unter anderem (...)“²⁸³

Das Recht soll Menschen mit Behinderungen gleich wie anderen zukommen („on an equal basis with others“, siehe vorne, S. 60 ff.). Sie dürfen nicht aufgrund ihrer Behinderung diskriminiert werden.

Eine Pflicht, wonach die Vertragsstaaten dieses Recht für Menschen mit Behinderungen zu garantieren haben, ist Art. 27 der Konvention nicht zu entnehmen. Art. 27 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 der Konvention vermittelt keinen Anspruch des Einzelnen auf eine Arbeitsstelle (siehe vorne, Kap. 1 lit. B Ziff. IV).

Im ersten Abschnitt werden die Teilgehalte des Rechts auf Arbeit präzisiert, nämlich

- die Möglichkeit („opportunity“) eine Arbeit frei zu wählen oder anzunehmen und
- ein offenes, integratives und zugängliches Arbeitsumfeld.

Das Recht auf Arbeit vermittelt einerseits ein klassisches Freiheitsrecht, in welchem der Staat jede Beeinträchtigung der freien Wahl zu unterlassen hat, andererseits Schutzpflichten, Menschen mit Behinderungen vor privaten Arbeitgebern zu schützen. Schlussendlich ist auch eine Leistungspflicht abzuleiten, die die Vertragsstaaten verpflichtet, gesetzgeberische Massnahmen zu treffen, wo diese zur Durchsetzung des Rechts auf Arbeit notwendig sind. Unterlassungspflichten wie beispielsweise das Recht, die Arbeit frei zu wählen, sind unmittelbar anwendbar. Schutzpflichten sind insofern unmittelbar anwendbar, als sie keine gesetzgeberische Tätigkeit verlangen. Gewährleistungspflichten haben grundsätzlich progressiv verpflichtenden Charakter.

Gemäss Satz 2 im Chapeau sollen die Vertragsstaaten die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit durch *geeignete Schritte* („appropriate steps“) einschliesslich *durch Erlass von Rechtsvorschriften sichern* und *fördern*. Diese werden in nicht abschliessender Weise („*inter alia*“) in den lit. a bis k aufgeführt. Anhand dieser Massnahmen werden den Staaten Möglichkeiten der Sicherung des Rechts der Menschen mit Behinderungen auf Arbeit aufgezeigt. Auch wenn den Staaten bezüglich der zu treffenden Massnahmen generell ein weiter Ermessensspielraum ein-

²⁸³ „1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to work, on an equal basis with others; this includes the right to the opportunity to gain a living by work freely chosen or accepted in a labour market and work environment that is open, inclusive and accessible to persons with disabilities. States Parties shall safeguard and promote the realization of the right to work, including for those who acquire a disability during the course of employment, by taking appropriate steps, including through legislation, to, inter alia:“

geräumt wird, werden sie gehalten, Ausgrenzung der Menschen mit Behinderungen zu verhindern und denen die *gleichen Rechte* wie den anderen Menschen auf dem Arbeitsmarkt bzw. in der Arbeit zu gewähren.

Absatz 1 erwähnt explizit, dass dies auch Menschen mit einschliessen soll, die eine Behinderung erst während der Arbeit erwerben²⁸⁴. Diese Bestimmung ist schwer einzuordnen. Sie kann einerseits so ausgelegt werden, dass es Menschen mit einschliessen soll, die *während* einer beruflichen Tätigkeit eine Behinderung erwerben oder andererseits solche, die *wegen* einer bestimmten Tätigkeit Behinderungen erleiden. Allenfalls könnte der Grund darin liegen, dass Staaten mit Art. 27 der Konvention auch zu Massnahmen verpflichtet werden, die drohende Behinderungen verhindern sollen²⁸⁵. Eine teleologische Auslegung deutet darauf hin, dass die Bestimmung verhindern will, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsprozess ausgeschlossen werden, bloss weil sie eine Behinderung erwerben.

a. *Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Beschäftigung (lit. a)*

„a) Diskriminierung auf Grund von Behinderung in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art, einschliesslich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen, zu verbieten;“²⁸⁶

Lit. a verpflichtet die Vertragsstaaten die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen im Zusammenhang mit Erwerbstätigkeit irgendwelcher Art zu verbieten. Es fällt auf, dass neben der Verpflichtung in Art. 5 Abs. 2 der Konvention, Diskriminierung allgemein zu verbieten, hier ein spezieller Auftrag damit sich die Menschen mit Behinderungen in der freien Marktwirtschaft diskriminierungsfrei bewegen und behaupten können. Der Grund dafür liegt vor allem in der Überzeugung, dass auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt Menschen mit Behinderungen häufiger der Ausbeutung ausgesetzt sind²⁸⁷.

Art. 27 lit. a enthält einerseits einen *Gesetzgebungsauftrag*, der sehr präzise verfasst ist und eine rasche Umsetzung ermöglicht. Andererseits wird der Staat verpflichtet, das Diskriminierungsverbot selbst zu beachten und in seinem Bereich gegen Diskriminierungen, etwa durch einen Beamten, sofort einzuschreiten. Da er so präzise formuliert ist, ist es vertretbar, lit. a zumindest im staatlichen Bereich unmittelbar verpflichtenden Charakter zuzuschreiben, die Frage kann aber letztlich offen gelassen werden, da gestützt auf das justiziable Diskriminierungsverbot von Art. 5 Abs. 1 BehiK in jedem Fall direkt gegen Gesetze vorgegangen werden kann, welche Diskriminierungen im Arbeitsbereich verankern.

²⁸⁴ "(...), including for those who acquire a disability during the course of employment, (...). "

²⁸⁵ Beispielsweise kennt das Schweizerische Sozialversicherungsrecht mit Art. 8 Abs. 1 IVG eine ähnliche Bestimmung: auch von Invalidität bedrohte Versicherte haben Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen.

²⁸⁶ "(a) Prohibit discrimination on the basis of disability with regard to all matters concerning all forms of employment, including conditions of recruitment, hiring and employment, continuance of employment, career advancement and safe and healthy working conditions."

²⁸⁷ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 96.

b. Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen in der Arbeit (lit. b)

„b) das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, einschließlich Chancengleichheit und gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit, auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, einschließlich Schutz vor Belästigungen, und auf Abhilfe bei Missständen zu schützen;“²⁸⁸

Die Bestimmung gewährt Menschen mit Behinderungen Schutz bei der Ausübung ihrer Rechte am Arbeitsplatz. Die Behinderungen dürfen kein Hindernis sein, gleiche Rechte zu beanspruchen wie andere Arbeitnehmer („on an equal basis with others“):

- Gerechte und günstige Arbeitsbedingungen: Die Bestimmung betont insbesondere die *Chancengleichheit und den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit*.
- Sichere und gesunde Arbeitsbedingungen (u.a. Schutz vor Belästigungen).
- Abhilfe bei Missständen.

In lit. b werden die Vertragsstaaten aufgefordert, Menschen mit Behinderungen in ihren Rechten am Arbeitsplatz zu schützen (Schutzpflicht). Schutzpflichten sind unmittelbar verpflichtend, soweit sie keine gesetzgeberische Tätigkeiten erfordern (siehe vorne, S. 33). Sie können sowohl kurativ²⁸⁹ als auch präventiv greifen, wobei vorliegend vorwiegend die präventiven Pflichten im Vordergrund stehen. Präventive Schutzpflichten verlangen von den Vertragsstaaten, solchen Missständen beispielsweise durch entsprechende gesetzliche Vorschriften, Kontrollen und effektive Sanktionen vorzubeugen.

c. Arbeitnehmer- und Koalitionsrechte (lit. c)

„c) zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen ihre Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsrechte gleichberechtigt mit anderen ausüben können;“²⁹⁰

Nach dieser Bestimmung soll den Menschen mit Behinderungen das Arbeitnehmer- und Koalitionsrecht *gleichberechtigt mit anderen gewährleistet* werden. Aus den Materialien geht hervor, dass die Formulierung „on an equal basis with others“ beibehalten wurde, „in accordance with national laws of general application“ aus dieser Bestimmung herausgestrichen worden ist²⁹¹.

In erster Linie handelt es sich hier um ein klassisches Freiheitsrecht, das eine Unterlassungspflicht des Staates beinhaltet. Die Vertragsstaaten dürfen Menschen

²⁸⁸ “(b) Protect the rights of persons with disabilities, on an equal basis with others, to just and favourable conditions of work, including equal opportunities and equal remuneration for work of equal value, safe and healthy working conditions, including protection from harassment, and the redress of grievances.”

²⁸⁹ Als kurative Schutzpflichten aus lit. b sind beispielsweise ein wirksamer Rechtsschutz und allfällige Kompensationszahlungen zu verstehen.

²⁹⁰ “(c) Ensure that persons with disabilities are able to exercise their labour and trade union rights on an equal basis with others.”

²⁹¹ Letter from the Chairman (UN Doc A/AC.265/2006/1), Annex II, Art. 27.

mit Behinderungen nicht daran hindern, sich in Gewerkschaften zusammenzuschliessen. Der Vertragsstaat hat zudem die Ausübung der Arbeitnehmer- und Koalitionsrechte sicherzustellen („ensure“). Dies beinhaltet sowohl eine Schutzpflicht gegenüber dem privaten Arbeitgeber als auch eine Gewährleistungspflicht, die mit einem Gesetzgebungsauftrag verbunden ist. Zudem ist ein Vertragsstaat zur Ergreifung anderer Massnahmen verpflichtet, falls dies zur Verwirklichung der Garantie notwendig ist.

d. Wirksamer Zugang zu Beratung, Stellenvermittlung und Berufsbildung (lit. d)

„d) Menschen mit Behinderungen wirksamen Zugang zu allgemeinen fachlichen und beruflichen Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung sowie Berufsausbildung und Weiterbildung zu ermöglichen;“²⁹²

In lit. e geht es um die Ermöglichung („enable“) des *wirksamen Zugangs* („effective access“) zu *allgemeinen* fachlichen und beruflichen Beratungsprogrammen, Stellenvermittlung sowie Berufsausbildung. Vertragsstaaten müssen also den „wirksamen Zugang“ mittels gesetzgeberischer und administrativer Massnahmen ermöglichen, nicht aber selber gewährleisten. Die Garantie der Zugänglichkeit ist in der Konvention in allgemeiner Weise in Art. 9 geregelt. Dass der Zugang zusätzlich in Art. 27 lit. e gewährleistet wird, legt den Schluss nahe, dass er zusätzliche Teilhalte verankert. Dem Wortlaut ist nur zu entnehmen, dass die genannten Dienste spezifisch auf die Bedürfnisse der Berufsbildung und Vermittlung ausgerichtet sind und somit auf einen auf das Recht auf Arbeit präzisierten Zugang zugeschnitten ist. Anders als in Art. 9, der stark auf örtlichen Zugang und verschiedene Kommunikationsmittel und –technologien Bezug nimmt, könnte lit. e so interpretiert werden, dass sie sich insbesondere der wirksamen inhaltlichen Zugänglichkeit widmet, bei der die Vermittlung, Beratung und Bildung auf spezifische Bedürfnisse eingeht.

Lit. d verlangt nicht, dass die Staaten Beratungs- und Vermittlungsangebote selber zur Verfügung stellen, sondern dass sie bestehende, allgemeine Dienste zugänglich machen – seien dies private oder staatliche Dienstleistungen. Es geht vorliegend nicht ausschliesslich um den diskriminierungsfreien Zugang zu staatlichen Dienstleistungen, sondern um ein „Ermöglichen“ des Zugangs, was auch Verpflichtungen im Leistungsbereich nicht ausschliesst. Inhaltlich ist lit. d nicht genügend konkret, um als justiziabel und direkt anwendbar gelten zu können.

e. Möglichkeiten für selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit (lit. e und f)

„e) für Menschen mit Behinderungen Beschäftigungsmöglichkeiten und beruflichen Aufstieg auf dem Arbeitsmarkt sowie die Unterstützung bei der Arbeitssuche, beim Erhalt und der Beibehaltung eines Arbeitsplatzes und beim beruflichen Wiedereinstieg zu fördern;“²⁹³

²⁹² “(d) Enable persons with disabilities to have effective access to general technical and vocational guidance programmes, placement services and vocational and continuing training.”

²⁹³ “(e) Promote employment opportunities and career advancement for persons with disabilities in the labour market, as well as assistance in finding, obtaining, maintaining and returning to employment.”

„f) Möglichkeiten für Selbständigkeit, Unternehmertum, die Bildung von Genossenschaften und die Gründung eines eigenen Geschäfts zu fördern;“²⁹⁴

Vertragsstaaten sollen Menschen mit Behinderungen in ihrer unselbständigen wie auch selbständigen Erwerbstätigkeit fördern.

Beide Bestimmungen sind offen formuliert und lassen einen sehr weiten Ermessensspielraum zu. Um die genannten Möglichkeiten für Menschen mit Behinderungen zu fördern, sind viele Massnahmen denkbar und effektiv. Lit. e und f überlassen es den Vertragsstaaten, die konkrete Ausgestaltung dieser Massnahmen vorzunehmen, hingegen geht klar hervor, dass Förderung auch in Angriff genommen werden muss. Die beiden Bestimmungen haben also einen *programmatischen* Charakter.

f. Beschäftigung im öffentlichen Sektor (lit. g)

„g) Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen;“²⁹⁵

Diese Bestimmung verpflichtet Staaten grundsätzlich, Menschen mit Behinderungen anzustellen, allerdings wird offen gelassen, wieweit diese Verpflichtung reicht. Klar erscheint, dass kein individueller Anspruch auf Beschäftigung im öffentlichen Sektor besteht. In welchem Umfang die Anstellungspolitik zu geschehen hat ist jedoch nicht genügend konkret geregelt und deshalb nicht unmittelbar, sondern progressiv verpflichtend zu verstehen. Aus den Materialien geht hervor, dass man sich dessen bewusst war, aber davon ausging, dass diese Verpflichtung als Vorbild für den privaten Sektor dienen werde²⁹⁶.

g. Beschäftigung im privaten Sektor (lit. h)

„h) die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor durch geeignete Strategien und Massnahmen zu fördern, wozu auch Programme für positive Massnahmen, Anreize und andere Massnahmen gehören können;“²⁹⁷

Während die letzt genannte Bestimmung Staaten verpflichtet, Menschen mit Behinderungen anzustellen, geht eine solche Verpflichtung gegenüber Privaten aus lit. h nicht hervor. Vielmehr werden Staaten angesprochen, Anreize für private Unternehmungen zu schaffen und sie somit zur Anstellung von Menschen mit Behinderungen zu bewegen. Auch diese Förderungsverpflichtung hat ähnlich wie lit. e und f programmatischen Charakter. Innerhalb des Ad Hoc Committee konnte man keine Einigung über die Einführung oder Nichteinführung von Quoten finden. Zudem fand man sich erst bei weniger spezifischen Massnahmen wie Programme für positive Massnahmen und Anreize. Die Mehrheit des Ad Hoc Committee wollte Quoten

²⁹⁴ “(f) Promote opportunities for self-employment, entrepreneurship, the development of cooperatives and starting one’s own business.”

²⁹⁵ “(g) Employ persons with disabilities in the public sector.”

²⁹⁶ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 98.

²⁹⁷ “(h) Promote the employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures, which may include affirmative action programmes, incentives and other measures.”

nicht als spezifische Massnahmen mit einbeziehen (siehe auch hinten, Ziff. III.2 und 4)²⁹⁸.

h. Angemessene Vorkehrungen (lit. i)

„i) sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden;“²⁹⁹

Lit. i fordert die Vertragsstaaten auf sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz *angemessene Vorkehrungen* („reasonable accommodation“) für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Was unter angemessenen Vorkehrungen zu verstehen ist, wird in Art. 2 der Konvention konkretisiert³⁰⁰. Demnach bedeuteten 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“³⁰¹.

Im Zusammenhang mit Art. 27 lit. i geht es um die erforderlichen Änderungen und Anpassungen, die getroffen werden müssen, damit Menschen mit Behinderungen ihrer Arbeit nachgehen und ihre Rechte am Arbeitsplatz wahrnehmen können.

Wie in der Definition in Art. 2 der Konvention festgehalten, dürfen angemessene Vorkehrungen keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung für den Arbeitgeber darstellen („disproportionate and undue burden“). Andernfalls fallen sie nicht unter die in lit. i geforderten Vorkehrungen, auch wenn sie für die Wahrnehmung der Rechte und die Gleichberechtigung am Arbeitsplatz notwendig und geeignet erscheinen. Die Bestimmung lässt hier einen Ermessensspielraum zu, in welchem die Frage der Billigkeit und Verhältnismässigkeit den Vertragsstaaten überlassen wird. Aus dieser Bestimmung lassen sich aufgrund der offenen Formulierung keine individuellen Ansprüche ableiten. Es ist aufgrund von Art. 27 Abs. 1 lit. i i.V.m. Art. 2 der Konvention weder eindeutig feststellbar, was „Vorkehrungen“ sind, noch, ob sie angemessen, unverhältnismässig oder unbillig sind. Lit. i ist deshalb weitgehend als progressiv verpflichtend resp. programmatisch zu verstehen. Allerdings muss beachtet werden, dass gemäss Art. 2 der Konvention das Verweigern angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung qualifiziert wird (siehe vorne, S. 67 und S. 87). Ergreift der Staat als Arbeitgeber keinerlei Vorkehrungen, um den Arbeitsplatz von Menschen mit Behinderungen im Sinne von Art. 27 lit. i zu gestal-

²⁹⁸ Report of the Working Group, Annex I, Art. 22; Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 102.

²⁹⁹ "(i) Ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace;"

³⁰⁰ In den Beratungen hatten einige Mitglieder der Arbeitsgruppe vorgeschlagen, zusätzlich zu anderen Bestimmungen betreffend angemessene Vorkehrungen diesen Artikel wegen ihrer wichtigen Bedeutung für das Arbeitsumfeld ausführlicher zu formulieren (Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee, Annex I, Art. 22, Anm. 93).

³⁰¹ "'Reasonable accommodation' means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms."

ten, verletzt er das Diskriminierungsverbot. Muss beispielsweise eine Angestellte, die aufgrund einer Behinderung nicht mit einer herkömmlichen Computermaus arbeiten kann, die für sie geeignete Computerausrüstung selber erwerben, hat dies auch eine diskriminierende Wirkung. In diesem speziellen Fall gilt Art. 27 Abs. 1 lit. i i.V.m. Art. 2 der Konvention als unmittelbar verpflichtend.

Die Verpflichtung der Vertragsstaaten besteht in der Sicherstellung solcher Vorkehrungen am Arbeitsplatz. Diese Gewährleistungspflicht birgt einerseits einen Gesetzgebungsauftrag (private Arbeitgeber sollen zu diesen Vorkehrungen verpflichtet werden), andererseits wird der Staat selbst als Arbeitgeber verpflichtet.

i. Sammeln von Arbeitserfahrung, berufliche Rehabilitation und Wiedereinstieg sowie Erhalt des Arbeitsplatzes (lit. j und k)

„j) das Sammeln von Arbeitserfahrung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt durch Menschen mit Behinderungen zu fördern;“³⁰²

„k) Programme für die berufliche Rehabilitation, den Erhalt des Arbeitsplatzes und den beruflichen Wiedereinstieg von Menschen mit Behinderungen zu fördern;“³⁰³

Die Vertragsstaaten sollen Menschen mit Behinderungen in ihren Bemühungen fördern, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren, integriert zu bleiben und Erfahrungen zu sammeln. Ein justiziables Recht, welches den Individuen subjektive, durchsetzbare Ansprüche verleiht, ist daraus nicht zu entnehmen. Auch diese Förderungsverpflichtung hat ähnlich wie lit. e, f und h programmatischen Charakter.

2. Schutz vor Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit

Absatz 2 verlangt, dass die Staaten *sicherstellen* müssen, dass Menschen mit Behinderungen nicht in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten und sie *gleichberechtigt mit anderen vor Zwangs- oder Pflichtarbeit geschützt* werden. Die Bestimmung ist praktisch deckungsgleich mit dem Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit in Art. 6 Uno-Pakt I³⁰⁴ und Art. 8 Uno-Pakt II und vermittelt einen direkten Abwehr- und Schutzanspruch sowie einen Gesetzgebungsauftrag. Während Sklaverei oder Leibeigenschaft absolut verboten werden soll, verlangt Art. 27 Abs. 2 der Konvention bei Zwangs- oder Pflichtarbeit den gleichen Schutz wie für andere. Unter Annahme einer besonderen Verletzlichkeit von Menschen mit geistigen Behinderungen³⁰⁵ kann und soll Art. 27 Abs. 2 die Vertragsstaaten auf die Problematik der Ausnützung und Zwangsarbeit sensibilisieren.

³⁰² “(j) Promote the acquisition by persons with disabilities of work experience in the open labour market.”

³⁰³ “(k) Promote vocational and professional rehabilitation, job retention and return-to-work programmes for persons with disabilities.”

³⁰⁴ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Ziff. 23 - 25.

³⁰⁵ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 96.

III. Entstehung der verabschiedeten Fassung

1. Working Group

Der erste Vorschlag des Vorsitzenden des Ad Hoc Committee enthielt weit weniger Massnahmen als der heutige Art. 27. Zudem lautete die Überschrift noch „Recht auf Arbeit“ und nicht „Recht auf Arbeit und Beschäftigung“.

Artikel 25 (Right to Work)

„Persons with disabilities have the right of access to productive resources and services and the right to work, which includes the right to gain a living by work which he or she freely chooses or accepts. Such right also includes the right of access to the workplace and to reasonable accommodation in all aspects of the recruitment and hiring process, as well as on the job, with a view to promoting equal opportunity and treatment of persons with disabilities as compared to non-disabled workers“.³⁰⁶

Während den Beratungen und Diskussionen hinsichtlich der Tragweite und Inhalt des Rechts auf Arbeit hat man festgestellt, dass dieser Artikel erweitert werden muss³⁰⁷. Die Working Group erarbeitete einen Entwurf, der verschiedene Massnahmen auflistete. Satz 2 des Entwurfes wurde neu unter den Massnahmen aufgeführt.

Draft Article 22 Right to Work

“States Parties recognise the right of persons with disabilities to work, which includes the opportunity to gain a living by work that they freely choose or accept, with a view to promoting equal opportunity and treatment of persons with disabilities, and protecting them from poverty. States Parties shall take appropriate steps to safeguard and promote the realisation of this right, including measures to:

- a. promote a labour market and work environment that are open, inclusive, and accessible to all persons with disabilities;
- b. enable persons with disabilities to have effective access to general technical and vocational guidance programs, placement services, assistive devices, and vocational and continuing training;
- c. promote employment opportunities and career advancement for persons with disabilities in the open labour market, including opportunities for self-employment and starting one's own business, as well as assistance in finding, obtaining and maintaining employment;
- d. encourage employers to hire persons with disabilities, such as through affirmative action programs, incentives and quotas;
- e. ensure the reasonable accommodation of persons with disabilities in the workplace and work environment;

³⁰⁶ Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Dezember 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

³⁰⁷ Daily Summary related to Draft Article 22, RIGHT TO WORK, Prepared by Landmine Survivors Network, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma22.htm>.

- f. promote the acquisition by persons with disabilities of work experience in the open labour market;
- g. promote vocational and professional rehabilitation, job retention and return-to-work programs;
- h. protect through legislation persons with disabilities with regard to employment, continuance of employment, career advancement, working conditions, including equal remuneration for work of equal value and equal opportunities, and the redressing of grievances, and to ensure that persons with disabilities are able to exercise their labour and trade union rights;
- i. ensure that persons with disabilities have equal opportunity to employment in the public sector;
- j. promote recognition of the skills, merits, abilities and contributions of persons with disabilities to the workplace and the labour market, and to combat stereotypes and prejudices about persons with disabilities in the workplace and the labour market.³⁰⁸

Einige Mitglieder der Working Group waren der Meinung, dass es angebracht sei, die besonderen Umstände der Frauen mit Behinderungen bei der Erfüllung dieses Rechts anzusprechen³⁰⁹. Andere verlangten, dass in diesem Artikel eine ausführlichere Definition der angemessenen Vorkehrungen erfolgen solle, als an anderen Stellen, weil dieser Verpflichtung unter dem Aspekt des Rechts auf Arbeit eine besondere Bedeutung zukomme³¹⁰. Beide Anliegen flossen nicht in die folgenden Entwürfe ein. Die Working Group wies zudem auf die sehr offenen Formulierungen hin und gab zu bedenken, dass andere Artikel konkreter ausgestaltet seien und sich vorliegend beispielsweise eine konkretere Ausgestaltung von Ausbildungsmöglichkeiten aufdrängen würde³¹¹.

2. Bericht des Ad Hoc Committee und des Vorsitzenden

In seiner sechsten Sitzung am 17. August 2005 setzte sich das Ad Hoc Committee mit dem zweiten Entwurf auseinander.

- Im Allgemeinen war man sich einig, dass die Garantie als Recht ausgestaltet sein soll und dass von schon bestehenden internationalen Instrumenten wie den ILO-Konventionen nicht abgewichen werden sollte³¹².

³⁰⁸ Report of the Working Group, Annex I, Art. 22.

³⁰⁹ Report of the Working Group, Annex I, Art. 22, Anm.. 87: "Some members of the Working Group raised the issue of a need to address the special circumstances of women with disabilities in fulfilling this right".

³¹⁰ A.a.O., Anm. 93: Some members of the Working Group emphasized the particular importance of the obligation to make reasonable accommodation in the employment context, and considered that a more detailed paragraph on reasonable accommodation should be elaborated under the right to work, in addition to any draft article on reasonable accommodation elsewhere in the Convention.

³¹¹ A.a.O., Anm. 88: "The Ad Hoc Committee may wish to consider whether broad terms in which this draft Article is expressed are consistent with the detailed provisions of other articles of the draft Convention. The Committee may also wish to consider in this context whether further thought should be given to elaborating provisions for the training of persons with disabilities. "

³¹² Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziff. 95.

- Es wurde insbesondere auf die Gefahr der Ausbeutung der Menschen mit Behinderungen und die Wichtigkeit der Anerkennung eines offenen, für die behinderten Menschen zugänglichen Arbeitsmarkt durch die Staaten hingewiesen. Wegen der Gefahr des Ausschlusses aus der Gemeinschaft und deren Arbeitsbedingungen war man auch gegen geschützte Werkstätten³¹³.
- Der Inhalt der Einleitung in Absatz 1 sollte insbesondere die allgemeinen Prinzipien beinhalten, während die darauf folgenden Unterabsätze Massnahmen umschreiben sollten, die zur Verwirklichung dieser Prinzipien beitragen³¹⁴. Da man einerseits den Menschen mit Behinderungen gleichberechtigte Rechte auf dem Arbeitsmarkt gewähren und andererseits Staaten in die Pflicht nehmen wollte, wurden die allgemeinen Prinzipien in der Einleitung um „on an equal basis with others“ (...), „with a view to promoting equal opportunity and treatment of persons with disabilities“ (...) und States Parties „shall set an example of employment of persons with disabilities“ ergänzt³¹⁵.
- Hinsichtlich der Quoten konnte keine Einigung erreicht werden. Auf die explizite Nennung wurde deshalb verzichtet und auf weniger spezifische Massnahmen wie Programme für positive Massnahmen und Anreize zurückgegriffen („other appropriate policies, support and special measures“)³¹⁶.
- Lit. e wurde überarbeitet: „ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace“³¹⁷. Zudem wurde die Streichung von lit. f, die Verschiebung von lit. g in eine bestehende andere Bestimmung diskutiert. Lit. h (Schutz am Arbeitsplatz) wurde wegen seiner besonderen Bedeutung an die erste Position verlegt³¹⁸.
- Den Bestrebungen, das Verbot der Sklaverei und der Leibeigenschaft in einem getrennten Artikel nach dem Modell von Art. 8 Pakt II zu verankern, wurde jedoch nicht entsprochen³¹⁹.

Der Vorsitzende schlug im Anschluss an die Diskussionen des Ad Hoc Committee vor, dass der erste Teil von lit. j (Förderung der Anerkennung von Fertigkeiten, Verdiensten und Fähigkeiten) zu Art. 8 Abs. 2 (a) (iii) verlegt werde (Massnahmen zur Bewusstseinsbildung)³²⁰.

³¹³ A.a.O., Ziff. 96.

³¹⁴ A.a.O., Ziff. 98.

³¹⁵ A.a.O., Ziff. 99.

³¹⁶ A.a.O., Ziff. 103.

³¹⁷ Report of the Ad Hoc Committee on its sixth session, Annex II, Report by the Chairman, Ziif.104.

³¹⁸ A.a.O., Ziff. 108.

³¹⁹ Third Session of the Ad Hoc Committee, Comments, proposals and amendments submitted electronically; Comments prepared by Landmine Networks

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata27tscomments.htm>; and Fourth Session of the Ad Hoc Committee, Comments, proposals and amendments submitted electronically; Comments prepared by Landmine Networks

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata27fscomments.htm>.

³²⁰ Letter from the Chairman, Ziff. 99.

3. *Entwurf vor der Endfassung*

Article 27 Work and employment

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to work, on an equal basis with others; this includes the right to the opportunity to gain a living by work freely chosen or accepted in a labour market and work environment that is open, inclusive and accessible to persons with disabilities. States Parties shall safeguard and promote the realization of the right to work, including for those who acquire a disability during the course of employment, by taking appropriate steps, including through legislation, inter alia:

a. To prohibit discrimination on the basis of disability with regard to all matters concerning employment, including conditions of recruitment, hiring and employment, continuance of employment, career advancement, and working conditions;

b. To protect the rights of persons with disabilities, on an equal basis with others, to just and favourable conditions of work, including equal opportunities and equal remuneration for work of equal value, safe and healthy working conditions, including protection from harassment, and the redressing of grievances;

c. To ensure that persons with disabilities are able to exercise their labour and trade union rights [on an equal basis with others and in accordance with national laws of general application];

d. To enable persons with disabilities to have effective access to general technical and vocational guidance programmes, placement services and vocational and continuing training;

e. To promote employment opportunities and career advancement for persons with disabilities in the labour market, as well as assistance in finding, obtaining and maintaining and returning to employment;

f. To promote opportunities for self-employment, entrepreneurship and starting one's own business;

g. To employ persons with disabilities in the public sector;

h. To promote the employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures, which may include affirmative action programmes, incentives and other measures;

i. To ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace;

j. To promote the acquisition by persons with disabilities of work experience in the open labour market;

k. To promote vocational and professional rehabilitation, job retention and return-to-work programmes for persons with disabilities.

2. States Parties shall ensure that persons with disabilities are not held in slavery or in servitude, and are protected, on an equal basis with others, from forced or compulsory labour.³²¹

Erst zu diesem Zeitpunkt wurde der Gesetzesauftrag eingebracht, Diskriminierung im Bereich der Arbeit zu verbieten. Die frühere lit. h nannte die Diskriminierung nicht, sondern benutzte die Formulierung „Protect through legislation (...)“. Vor der Endfassung wurden noch einige wenige Änderungen angebracht:

- Lit. a wurde leicht ergänzt: „Prohibit discrimination on the basis of disability with regard to all matters concerning *,all forms of'* employment, including

³²¹ Report of the Ad Hoc Committee at its seventh session, Annex II, Article 27.

conditions of recruitment, hiring and employment, continuance of employment, career advancement and safe and *‘healthy’* working conditions“.

- Unklar waren die Positionen der Mitglieder hinsichtlich lit. b, da vorgeschlagen wurde, dies neu zu formulieren um die Verpflichtungen der Parteien klarer zum Ausdruck zu bringen. Auch der Begriff „*redress*“ (Abhilfe) gab Anlass zu Diskussionen, da er unklar sei. In der Endfassung wurde diese Formulierung aber beibehalten.
- In Lit. c wurde der Nebensatz: „To ensure that persons with disabilities are able to exercise their labour and trade union rights *,on an equal basis with others and in accordance with national laws of general application’*“ weglassen.
- Das Verbot der Sklaverei, Leibeigenschaft, Zwangs- und Pflichtarbeit, welches auch in Art. 6 Pakt I und Art. 8 Pakt II verankert ist, wurde als Absatz 2 neu aufgenommen.

4. Fazit

Im Gegensatz zum ersten Vorschlag wurde der erste Entwurf stark erweitert. Auch die Überschrift wurde von „Right to Work“ zu „Right to Work and Employment“ geändert.

Zu diskutieren gab zusammengefasst insbesondere die Frage von Quoten für die Beschäftigung im private Sektor, die Gefahr von geschützten Werkstätten und die Definition der „angemessenen Vorkehrungen“. Ein wesentlicher Teil der vorbereitenden Diskussionen war auch die Frage der Notwendigkeit gewisser Bestimmungen (insbesondere die heutige lit. j).

IV. *Verschiedene Modelle für die Integration der Menschen mit Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt*

In Bezug auf die Integration der Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt gibt es verschiedene Modelle.

Dazu gehören namentlich die unterstützte Beschäftigung, Antidiskriminierung, Quotenmodelle und Rehabilitation durch Verpflichtungen³²².

³²² Pärli (et. al.), Rz. 2.40.

1. *Unterstützte Beschäftigung*

Die unterstützte Beschäftigung wird definiert als: *“providing support to people with disabilities or other disadvantaged groups to secure and maintain paid employment in the open labour market”*³²³. Das aus den USA stammende Modell bezweckt den Menschen mit Behinderungen mittels Unterstützung auf dem Arbeitsmarkt bezahlte Arbeit zu vermitteln und deren gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen.

In der Konvention ist dieses Modell in Art. 27 Abs. 1 lit. e reflektiert. Demnach sollen die Vertragsstaaten unter anderem die Unterstützung bei der Arbeitssuche, beim Erhalt und der Beibehaltung des Arbeitsplatzes fördern. Das Konzept unterscheidet sich von den herkömmlichen Modellen, die Menschen mit Behinderungen in den Werkstätten unentgeltlich beschäftigen. In der Schweiz ist diese Art der Integration im Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vorgesehen, was zur Kritik Anlass gibt³²⁴, weil damit nur ein enger Kreis von Menschen mit Behinderungen erfasst wird³²⁵.

2. *Antidiskriminierung vs. Quotenmodelle*

Während manche Länder wie die USA oder Grossbritannien mit Antidiskriminierungsnormen den freien Zugang zum Arbeitsmarkt und Sicherung des Arbeitsplatzes für Menschen mit Behinderungen bezwecken sowie Schadenersatzleistungen bei bewiesener Diskriminierung vorsehen, sehen andere Länder Quoten vor. In diesen Ländern müssen demnach die Arbeitgeber den Beweis dafür erbringen, dass sie eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern angestellt haben, die behindert sind.

Sowohl die Konvention (Art. 5 und 27) als auch die schweizerische Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 und 4) kennen keine Quotenvorgaben, sondern beruhen auf dem Antidiskriminierungsansatz.

Zu erwähnen sind bei Antidiskriminierungsmodellen insbesondere die beiden Konzepte von *Diversity* bzw. *Disability Managements*, die aus dem Bereich der Unternehmensführung stammen:

- Das in den USA entwickelte Konzept des Diversity Managements beruht auf der Überlegung, dass sich das Arbeitsklima verbessere und die Produktivität erhöht werde, wenn die unterschiedlichen Merkmale des Personals (inklusive, aber nicht beschränkt auf Menschen mit Behinderungen) im Arbeitsprozess berücksichtigt und die Strukturen ihren Bedürfnissen angepasst werde³²⁶. Das Konzept des Diversity Managements ist

³²³ European Union of Supported Employment (<http://www.euse.org/>)

³²⁴ Pärli (et. al.), Rz. 2.53, 2.66 f.

³²⁵ Vgl. Art. 18 IVG Abs. 1 lit. a, das aktive Unterstützung der Versicherten bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes vorsieht.

³²⁶ Aretz/Hansen, S. 8, Pärli (et. al), Rz. 2.80 f.

in der Konvention nicht vorgesehen. In den bundesgesetzlichen Regelungen, welche die Integration Behinderter in den Arbeitsmarkt bezwecken, fehlt es ebenfalls.

- Bei Disability Management handelt es sich um einen Ansatz, der aus Kanada stammt und von der ILO als „*Ein Prozeß am Arbeitsplatz, der darauf abzielt, die Beschäftigung von Behinderten durch koordiniertes Bemühen zu erleichtern, unter Berücksichtigung der individuellen Bedarfssituation, der Arbeitsumwelt, der Unternehmensanforderungen und der rechtlichen Verpflichtungen*“, definiert wird³²⁷. Bei diesem Ansatz konzentriert man sich auf Menschen mit Behinderungen und ist bemüht, die Behinderung früh genug zu erkennen, um sie vorzubeugen bzw. mit ihr sachgerecht umzugehen. In der Konvention kommt dieses Konzept ansatzweise in Art. 27 Abs. 1 lit. e vor, während das IVG diesbezügliche Massnahmen konkret aufzählt³²⁸.

3. *Rehabilitation durch Verpflichtungen*

Beim Modell der beruflichen Rehabilitation durch Verpflichtungen geht es schliesslich um ein Konzept, dass Menschen mit Behinderungen Leistungen erst dann beanspruchen dürfen, wenn die berufliche Rehabilitation keinen Erfolg gebracht hat.

In der Konvention fehlt eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne. Im Bundesgesetz über die Invalidenversicherung ist in Art. 28 Abs. 1 lit. a vorgesehen, dass Versicherte Anspruch auf eine Rente haben, wenn die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit sich im Aufgabenbereich zu betätigen trotz zumutbarer Eingliederungsmassnahmen nicht wieder hergestellt, erhalten oder verbessert wurde.

V. *Rechtslage in der Schweiz*

1. *Internationale Übereinkommen*

a. *Internationales Übereinkommen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*

Die Anerkennung des Rechts auf Arbeit wie sie in Art. 27 Abs. 1 formuliert ist, wird gleichlautend auch in Art. 6 (1) Pakt I verankert. Darin anerkennen die

³²⁷ ILO, Leitfaden zum Management von Behinderung am Arbeitsplatz, S. 2. Genf 2002 (Zitat aus der englischen Version).

³²⁸ Massnahmen der Frühintervention in Art. 7d IVG; Botschaft 5. Revision Invalidenversicherung, S. 4510 ff.

Vertragsstaaten das Recht auf die Möglichkeit, den Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommen Arbeit zu verdienen. Auch Art. 6 verpflichtet die Vertragsstaaten, geeignete Schritte zum Schutz (Ziff. 1) und zur Verwirklichung (Ziff. 2) dieses Rechts zu unternehmen. Art. 7 Pakt I verankert das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen. Art. 27 Abs. 1 lit. b BehiK geht nicht über die in Art. 7 lit. a-c Pakt I garantierten Rechte hinaus. Auch Art. 8 Abs. 1 lit. a Pakt I deckt den Schutz der Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsrechte von Art. 27 Abs. 1 lit. c der Konvention ab.

Das Verbot der Zwangsarbeit in Art. 27 Abs. 2 der Konvention ist auch in Art. 6 Abs. 1 Pakt I enthalten, indem ein Recht auf freie Wahl der Arbeit im Gegenzug ein Verbot der Zwangsarbeit mit einschliesst³²⁹.

b. Internationales Übereinkommen über bürgerliche und politische Rechte

Art. 27 Abs. 2 der Konvention nimmt auf Art. 8 Pakt II Bezug, indem er das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit gleich wie bei anderen auch für Menschen mit Behinderungen verbietet („on an equal basis with others“). Art. 8 (1) und (2) Pakt II verbietet Sklaverei und Leibeigenschaft absolut. Laut Art. 8 (3) (c) Pakt II gelten gewisse Arbeiten nicht als verbotene Zwangsarbeit, obwohl sie nicht freiwillig geleistet werden. Dies betrifft Arbeiten wie den Militärdienst (ii), Arbeiten im Fall von Notständen (iii) oder Arbeiten, die zu den normalen Bürgerpflichten gehören (iv). Diese Ausnahmen gelten durch die Bezugnahme (on an equal basis with others) auch für Menschen mit Behinderungen.

c. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

In Art. 11 Abs. 1 der Frauendiskriminierungskonvention verpflichten sich die Vertragsstaaten, Massnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben zu treffen. Garantiert werden in Absatz 1 insbesondere das Recht auf Arbeit, das Recht auf gleiche Möglichkeiten und Anwendung gleicher Auswahlkriterien, das Recht auf freie Berufswahl, gleiches Entgelt bei gleichwertiger Arbeit, Rechte auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit und das Recht auf Schutz der Gesundheit. Für Frauen mit Behinderungen sind diese speziellen Garantien, wie sie die Konvention in Art. 27 insbesondere in den lit. b und d garantiert, ebenfalls über die Frauendiskriminierungskonvention verankert.

d. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

Art. 5 (e)(i) und (ii) Rassendiskriminierungskonvention verankert das Recht auf Arbeit, die freie Wahl, gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, Schutz ge-

³²⁹ Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 5, Ziff. 21; Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford 1995, S. 198, 205.

gen Arbeitslosigkeit, gleiche und gerechte Entlohnung und das Recht Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten.

e. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)

Die ILO-Konvention Nr. 159 (SR 0.822.725.9) ist der beruflichen Rehabilitation und der Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen gewidmet. Sie legt in Art. 1 fest, dass die berufliche Rehabilitation und Beschäftigung auf dem Grundsatz der Chancengleichheit basiert und besondere positive Massnahmen nicht als Diskriminierung zu anderen Arbeitnehmern anzusehen sind. Art. 7 verankert die Pflicht zu Massnahmen wie Berufsberatung, -bildung, Arbeitsvermittlungsdienste. Bestehende Dienste sollen angepasst werden. Dies entspricht dem Anliegen, das Art. 27 Abs. 1 lit. d der Konvention ebenfalls verfolgt.

Die ILO-Konvention Nr. 168 (SR 0.822.726.8) verpflichtet die Vertragsstaaten in Art. 8 besondere Förderungsprogramme bei Arbeitslosigkeit von u.a. Menschen mit Behinderungen durchzuführen. Art. 6 Abs. 1 der ILO-Konvention Nr. 168 verankert zudem ein Diskriminierungsverbot im Bereich der Unterstützung während der Arbeitslosigkeit.

2. Verfassungsrechtliche Ebene

a. Diskriminierungsverbot

Art. 8 BV verbietet in Abs. 2 die Diskriminierung unter anderem wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Abs. 4 enthält einen Gesetzgebungsauftrag, Benachteiligungen von Behinderten zu beseitigen.

Dieses Diskriminierungsverbot erfüllt bereits teilweise das in Art. 27 Abs. 1 lit. a der Konvention geforderte Verbot. Allerdings formuliert lit. a sehr viel präziser, in welchen Bereichen die Diskriminierung explizit verboten werden soll. Insbesondere erfasst hier die Konvention alle Bereiche des Berufslebens, d.h. auch den Bereich der Privatwirtschaft. Das justiziable Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV entfaltet keine Drittwirkung, und der Gesetzgebungsauftrag von Abs. 4 der gleichen Bestimmung ist für den Arbeitsbereich nur im Hinblick auf die Bundesverwaltung umgesetzt worden³³⁰. Art. 27 Abs. 1 lit. a BehiK geht damit klar über das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung hinaus.

b. Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV schützt als Freiheitsrecht jede privatwirtschaftliche Tätigkeit der Einzelnen. Im Mittelpunkt dieser Garantie steht die Berufsfreiheit, welche die freie Wahl des Berufes, den freien Berufszugang sowie

³³⁰ Dazu unten Ziff. 4 a.

die freie Berufsausübung umfasst³³¹. Als weitere Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit werden die freie Wahl der Ausbildungsstätte, des Arbeitsplatzes, die Freiheit unternehmerischer Betätigung und die Gleichbehandlung der Konkurrenten genannt³³². Die Freiheit der Berufswahl verbietet insbesondere auch die Zwangs- oder Pflichtarbeit³³³. Die Berufswahlfreiheit und Wahl der Ausbildung entsprechen der in Art. 27 Abs. 1 der Konvention geforderten Wahlfreiheit.

c. Sozialziele

Im Art. 41 BV sind die Sozialziele umschrieben. Abs. 1 lit. d besagt, dass sich *Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einsetzen damit Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können*. Diese Bestimmung bedingt, dass eine angemessene Entschädigung für Erwerbsarbeit entrichtet wird, die über das Existenzminimum hinaus geht. Mit dem angemessenen Lohn soll über den Grundbedarf hinaus, z.B. auch die kulturellen Bedürfnisse gedeckt werden, weil der Gedanke des Sozialstaates nicht nur in der Hervorhebung des Wertes der Arbeit liegen kann; vielmehr muss eine menschenwürdige Gesellschaft ermöglicht werden³³⁴. Die Bestimmung ist insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit des Lohnes bei gleichwertiger Arbeit von Bedeutung. Sowohl für Frauen und Männer wie auch für Behinderte und Nichtbehinderte³³⁵. Damit ist aber kein justiziables Recht verbunden³³⁶.

3. Bundesgesetze und -verordnungen

a. Das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG), die Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV) und das Bundespersonalgesetz

Das Behindertengleichstellungsgesetz setzt Rahmenbedingungen, damit Menschen mit Behinderungen die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben erleichtert und sie sich insbesondere aus – und weiterbilden und eine Erwerbstätigkeit ausüben können (Art. 1 Abs. 2 BehiG). Der Geltungsbereich umfasst gemäss Art. 3 lit. g BehiG nur Arbeitsverhältnisse nach dem Bundespersonalgesetz. Im vierten Abschnitt werden die besonderen Bestimmungen für den Bund im Personalbereich näher ausgeführt.

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BehiG i.V.m. Art. 2 lit. e BehiV ist der Bund als Arbeitgeber verpflichtet alles zu unternehmen, um Menschen mit Behinderungen

³³¹ Klaus A. Vallender, in: Ehrenzeller (Hrsg.), St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Zürich 2008, Rz. 9-15.

³³² A.a.O., Rz. 16-23.

³³³ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 639, mit Hinweisen auf Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt II.

³³⁴ Bigler-Eggenberger, Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 54 f.

³³⁵ A.a.O., Rz. 60.

³³⁶ Bigler-Eggenberger, Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 51 ff.; Vgl. Müller, J.P., S. 439, FN. 206.

gleiche Chancen wie anderen anzubieten³³⁷. Art. 13 Abs. 2 BehiG schränkt den Geltungsbereich auf Arbeitgeber nach Art. 3 des Bundespersonalgesetzes ein. Die Massnahmen im Personalbereich gelten nicht für die Kantone. Art. 12 Abs. 1 BehiV besagt, dass der Arbeitgeber alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen hat,

„um das berufliche Umfeld entsprechend den Bedürfnissen seiner behinderten Angestellten zu gestalten, insbesondere durch Anpassung der folgenden Bereiche: a. Arbeitsräume; b. Arbeitsplätze; c. Arbeitszeiten; d. Möglichkeiten der beruflichen Weiterbildung; e. Karrierenplanung“.

Schliesslich kann der Bundesrat nach Art. 17 BehiG in Verbindung mit Art. 18 BehiV einerseits Pilotversuche durchführen oder unterstützen und andererseits Investitionsbeiträge für die Schaffung oder Einrichtung behindertengerechter Arbeitsplätze vorsehen. Diese Massnahmen sind Teilkonzepte des Supported Employment, das in den USA und auch in Österreich durchgeführt worden ist³³⁸.

Die Personalpolitik des Bundes verpflichtet die Arbeitgeber in Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG Massnahmen „für die Chancengleichheit der Behinderten sowie zu deren Beschäftigung und Eingliederung“ zu treffen. Eine ähnliche Regelung ist in der Konvention in Art. 27 Abs. 1 lit. k vorgesehen. Programme für die berufliche Rehabilitation, den Erhalt des Arbeitsplatzes und den Wiedereinstieg von Menschen mit Behinderungen sollen gefördert werden.

Fazit

Soweit der Bund angesprochen wird, entsprechen die Massnahmen in Art. 12 BehiV den Verpflichtungen aus der Konvention, die in Art. 27 Abs. 1 lit. i als „angemessene Vorkehrungen“ verlangt sind.

Art. 27 Abs. 1 lit. g der Konvention verlangt zudem, dass im öffentlichen Sektor Menschen mit Behinderungen beschäftigt werden. Der Bund als Arbeitgeber verfügt mit Art. 13 Abs. 1 BehiG, Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG über gesetzlich verankerte Begleitmassnahmen und ist entsprechend sensibilisiert.

Mit Art. 16 Abs. 2 lit. b BehiG i.V.m. Art. 17 und 18 BehiV werden Programmbeiträge und Pilotversuche zur Integration Behinderter unterstützt. Damit wird der Förderungsverpflichtung in Art. 27 Abs. 1 lit. d, e, f, h, j, k ansatzweise entsprochen.

b. Behindertengleichstellungsgesetz und Invalidenversicherung: die Begriffe „Invalidität“ und „Behinderung“

Im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht wird der Begriff der Behinderung nicht definiert, hingegen die Invalidität. Parlamentarische Vorstösse, die den Begriff der Invalidität mit dem Begriff der Behinderung zu ersetzen versuchten,

³³⁷ Vgl. auch Art. 3 Bundespersonalgesetz.

³³⁸ Pärli (et.al), Rz. 4.17 f.

wurden vom Bundesrat abgelehnt³³⁹. In der Botschaft hat der Bundesrat dazu Stellung genommen und führt aus: „*Das BehiG hat zum Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind (...). Im Gegensatz zum BehiG definiert das Sozialversicherungsrecht nicht die Behinderung allgemein, sondern verwendet den engeren Begriff ‚Invalidität‘.*“³⁴⁰ Nach diesen Ausführungen stellt der Bundesrat die Begriffe Behinderung und Invalidität gegenüber: Die *Behinderung* umfasst voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigungen, die Tätigkeiten, wie die Vornahme alltäglicher Verrichtungen, Pflege sozialer Kontakte, Fortbewegung, Aus- und Fortbildung und Ausübung einer Erwerbstätigkeit erschweren. Demgegenüber beinhaltet *Invalidität* drei Elemente, nämlich das medizinische (Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit), das wirtschaftliche (bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit) und das kausale Element (Zusammenhang zwischen Gesundheitsschaden und Erwerbsunfähigkeit). Nach diesen Erläuterungen bezieht sich der Bundesrat auf seine früheren Ausführungen in der Botschaft vom 11. Dezember 2000 zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligung behinderter Menschen und fügt hinzu, dass die gesellschaftliche Stellung der Menschen mit Behinderungen nicht bloss über die Erwerbsfähigkeit definiert werden dürfe, da die Definition der Behinderung unabhängig von den erwerblichen Auswirkungen eines Gesundheitsschadens erfolge. Im BehiG würden die Funktionsverluste des Menschen umschrieben, was einen grösseren Personenkreis erfasse, als das Sozialversicherungsrecht, wie z.B. die Betagten, die nicht mehr im erwerbsfähigen Alter stünden. Auch der Vollzug sei unterschiedlich gestaltet. Während für die BehiG das eidgenössische Büro für Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zuständig sei, seien für den Bereich der IV verschiedene Stellen, wie die IV-Stellen, die Ausgleichskassen, die Zentrale Ausgleichsstelle und das BSV zuständig³⁴¹.

c. Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20)

Dieser Begriff der Invalidität mit seiner Einschränkung auf eine Teilkategorie der Menschen mit Behinderungen ist in Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) unter Bezugnahme auf die Erwerbsunfähigkeit gemäss Art. 7 ATSG festgeschrieben³⁴².

(aa) Massnahmen der Frühintervention

Massnahmen der Frühintervention sind in Art. 7d IVG konkretisiert. Sie sind auf Personen zugeschnitten, die als arbeitsunfähig eingestuft werden und die-

³³⁹ Thomas Locher, Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs nach dem 5. IV-Revision, in: Jusletter 12. September 2005, Rz. 28 ff. Der Autor gibt dem Bundesrat in diesem Sinne Recht, vgl. Rz. 30.

³⁴⁰ Botschaft 5. Revision Invalidenversicherung, S. 4469.

³⁴¹ Botschaft 5. Revision Invalidenversicherung, S. 4469 ff. und S. 4472.

³⁴² Ueli Kieser, S. 169 ff.; Vgl. auch Art. 4 IVG Abs. 1, wonach Invalidität Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein kann und die Sonderfälle der Invalidität im Art. 5 IVG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 und 3 ATSG.

nen der Beibehaltung des aktuellen oder Integration in den zukünftigen Arbeitsplatz. Auf Massnahmen der Frühintervention besteht jedoch gemäss Art. 7d Abs. 3 IVG kein Anspruch.

(bb) Eingliederungsmassnahmen

Invalide oder von Invalidität bedrohte Personen haben laut Art. 8 IVG bei Erfüllung aller Voraussetzungen Anspruch auf notwendige und geeignete Eingliederungsmassnahmen.

Art. 8 Abs. 3 IVG listet verschiedene Arten von Eingliederungsmassnahmen auf. Diese bestehen aus *medizinischen Massnahmen; Integrationsmassnahmen* zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung; *Massnahmen beruflicher Art* und in der *Abgabe von Hilfsmitteln* sowie der *Entrichtung von Taggeldern*.

(cc) Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung

Der neu eingeführte Art. 14a IVG richtet sich an die Versicherten, die seit mindestens sechs Monaten zu mindestens 50 Prozent arbeitsunfähig sind und gewährt einen Anspruch auf Integrationsmassnahmen. Die IV-Stellen sind verpflichtet während dieser Zeit die Versicherten zu begleiten³⁴³. Ziel der Integrationsmassnahmen ist die Ermöglichung einer erfolgreichen Eingliederung durch die aktive Förderung der verbleibenden Erwerbstätigkeit und sie sind insbesondere an die Menschen mit psychischen Krankheiten ausgerichtet³⁴⁴.

(dd) Die Massnahmen beruflicher Art

Massnahmen beruflicher Art sind Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung und Kapitalhilfe. Sie sollen Menschen mit Behinderungen den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern und die Chancengleichheit fördern sowie ein Anreizsystem für den Arbeitgeber schaffen. Die Massnahmen sind in den Art. 15 bis 18b IVG und in den Art. 2 ff. IVV näher geregelt.

Art. 18 IVG sieht beispielsweise eine aktive Unterstützung bei der Arbeitsvermittlung vor. Nach Art. 18a IVG können auch im Falle eines neu vermittelten Arbeitsplatzes Einarbeitungszuschüsse geleistet werden. Laut Art. 18b IVG kann für Selbständigerwerbende eine Kapitalhilfe zugesprochen werden.

(ee) XtraJobs: Projekt Personalverleih

Das Bundesamt für Sozialversicherung hat in Zusammenarbeit mit privaten Initianten das Projekt „Personalverleih für Behinderte“ lanciert. Früher bekannt unter der Bezeichnung „Job-Passarelle“ startete es am 1. Juli 2007 in Zusammenarbeit mit den Arbeitgebern, der Behindertenorganisationen und der IV.

³⁴³ Botschaft 5. Revision Invalidenversicherung, S. 4563 f.

³⁴⁴ Dieter Widmer, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 6. Auflage, Zürich 2008, S. 83.

Das Projekt hat zum Ziel, die Integration der Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt zu erleichtern³⁴⁵.

(ff) Fazit

Die Massnahmen der Frühintervention entsprechen grundsätzlich dem Anliegen in Art. 27 Abs. 1 lit. e (Erhalt und Beibehaltung des Arbeitsplatzes und Wiedereinstieg) und dem Hinweis im Chapeau von Art. 27 der Konvention, dass auch Menschen, die ihre Behinderung im Laufe der Arbeit erwerben, in ihrem Recht auf Arbeit nach Art. 27 geschützt werden sollen. Auch die Konvention gewährt den Individuen in dieser Hinsicht keinen durchsetzbaren Anspruch auf Frühintervention.

Die Eingliederungsmassnahmen entsprechen Massnahmen die Art. 27 der Konvention zentral sind. Lit. d, e, f, i und j haben die Eingliederung und Weiterentwicklung in der Arbeitswelt zum Ziel. Integrationsmassnahmen, Beratung, Vermittlung und Starthilfen entsprechen der Förderung im Sinne der Konvention. Auch das Projekt Personalverleih entspricht diesem Anliegen.

Die Integrationsmassnahmen, die Ansätze des „supported-employment“ enthalten, stehen auch im Einklang mit der Konventionsbestimmung lit. e, die die Unterstützung der Behinderten bei der Arbeitssuche, beim Erhalt und der Beibehaltung eines Arbeitsplatzes und beim Wiedereinstieg vorsieht. Obwohl diese Bestimmung des IVG nur Menschen mit 50%igem Invaliditätsgrad erfasst, entspricht sie ansatzweise dem Anliegen in lit. e.

Es erscheint einzig problematisch, dass nur Anspruchsberechtigte im Sinne des Sozialversicherungsrechts von diesen Massnahmen profitieren und Personen, deren Arbeitsunfähigkeit nicht oder noch nicht behördlich festgestellt worden ist, nicht in den Genuss dieser Hilfestellung kommen. Dies kann insbesondere Personen treffen, die erst gefährdet sind, invalid zu werden.

d. Das Fachhochschulgesetz (FHSZ; SR 424.71) und das Berufsbildungsgesetz (BBG; SR 412.10)

Einen wichtigen Stellenwert haben das Fachhochschulgesetz und das Berufsbildungsgesetz, da sie die Berufsbildung der Menschen mit Behinderungen speziell regeln.

Gemäss Art. 3 Abs. 5 lit. b des Fachhochschulgesetzes sorgen die Fachschulen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben für die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen. Die Fachhochschulen werden in die Pflicht genommen, die Benachteiligungen der Menschen mit Behinderungen zu beseitigen. Diese Massnahmen sollen sowohl bei der Anstellung oder Beförderung der Lehrkräfte wie auch bei der Zulassung zum Studium durchgeführt werden. Auch ein Quotensystem wird vorgeschlagen, das als geeignete Massnahme erachtet wird, um die Chancengleichheit zu verwirklichen³⁴⁶.

³⁴⁵ www.xtrajobs.ch.

³⁴⁶ Botschaft Fachhochschulgesetz, S. 171.

Das Berufsbildungsgesetz nimmt schon bei der Festlegung seiner Ziele in Artikel 3 lit. c BBG Bezug auf Menschen mit Behinderungen. Demnach soll das Gesetz auch die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen fördern und entwickeln. In Art. 18 und 21 werden die Berücksichtigung individueller Bedürfnisse sowie der Bildungsauftrag der Berufsfachschule konkretisiert. Gemäss Art. 18 Abs. 1 BBG kann die Dauer der beruflichen Grundbildung für die Menschen mit Lernschwierigkeiten verlängert werden und der Bund kann die fachkundige individuelle Begleitung fördern. Art. 21 Abs. 1 BBG verlangt, dass die Berufsfachhochschulen gemäss ihrem Bildungsauftrag die unterschiedlichen Begabungen berücksichtigen und den Bedürfnissen der Personen mit Lernschwierigkeiten Rechnung tragen (Art. 21 Abs. 1 lit. b BBG) und tatsächliche Gleichstellung durch entsprechende Bildungsangebote fördern (lit. c).

Die Berufsbildung ist ein wichtiges Integrationsinstrument nicht nur für Menschen mit Behinderungen, sondern allgemein für Jugendliche. Die Botschaft zum Berufsbildungsgesetz hält fest, es seien zwar besondere oder geschützte Lernstätten für die Menschen, welche innerhalb der standardisierten Bildungsgänge keine Chancen hätten notwendig. Hingegen sei Menschen mit Behinderungen nicht gedient, wenn „innerhalb eines Normfeldes spezielle Ausnahmen und Abstriche bei der Qualifikation gemacht werden. Wenn jemand ein Berufsdiplom erhält, dann soll dieses der zertifizierten Fähigkeit entsprechen“³⁴⁷.

Der Bund leistet gemäss Art. 55 Abs. 1 BBG Beiträge für besondere Leistungen im öffentlichen Interesse. Lit. a dieser Bestimmung zählt Fördermassnahmen für die Bildung und berufsorientierten Weiterbildung von Menschen mit Behinderungen zu solchen Leistungen im öffentlichen Interesse.

Fazit

Der Verpflichtung zur Förderung der beruflichen Integration und Beschäftigungsmöglichkeiten in Art. 27 Abs. 1 lit. e der Konvention wird mit den bestehenden Massnahmen grundsätzlich nachgekommen. Allerdings sind die Bestimmungen des FHSG und des BBG relativ offen.

Beispielsweise ist die Erfüllung der Aufgabe „Beseitigung von Benachteiligungen für Menschen mit Behinderungen“ im Fachhochschulgesetz wenig konkret, immerhin sind die vollziehenden Behörden durch Art. 5 Abs. 1 lit. b FHSG auf die Beseitigung der Nachteile sensibilisiert und haben die Vorgabe, diesen Aspekt zu berücksichtigen. Das Berufsbildungsgesetz nimmt mit Art. 18 BBG speziell Rücksicht auf Lernende mit Behinderungen. Wichtig ist insbesondere der Bildungsauftrag in Art. 21 Abs. 1 lit. c, spezielle Bildungsangebote und -formen für Menschen mit Behinderungen vorzusehen, um eine Beseitigung der Benachteiligung zu fördern.

Mit Blick auf Art. 27 Abs. 1 lit. d der Konvention (wirksamer Zugang zu Berufsausbildung) wäre eine konkretere Verpflichtung, den Zugang zur Berufsbildung zu gewährleisten, notwendig, diese könnte aber durch eine konventions-

³⁴⁷ Botschaft Berufsbildungsgesetz, S. 5702.

konforme Auslegung der einschlägigen Bestimmungen und ihre Konkretisierung auf der Ebene von Schulreglementen und administrativen Massnahmen an den betroffenen Schulen erfüllt werden.

f. Das Arbeitsgesetz und die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz

Das Arbeitsgesetz gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 ArG sowohl für die öffentlichen wie auch für die privaten Betriebe. Da es zwingende Bestimmungen bezüglich der Gesundheitsvorsorge, Unfallverhütung, Arbeits- und Ruhezeit, Sonderregelungen für die jugendlichen Arbeitnehmer und bei Schwangerschaft sowie Mutterschaft enthält, wird es auch Arbeitsschutzrecht genannt³⁴⁸. Art. 6 ArG i.V.m. Art. 3 ArGV 3³⁴⁹ bestimmt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind³⁵⁰.

Insbesondere müssen betriebliche Einrichtungen und der Arbeitsablauf so gestaltet werden, damit sie nach Möglichkeit weder Gesundheitsgefährdungen noch Überbeanspruchung der Arbeitnehmer verursachen können (Art. 6 Abs. 2 ArG). Die Grundsätze der Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz sind in Art. 2 Abs. 1 ArGV 3 geregelt. Als Einschränkung hält Absatz 2 fest, dass die baulichen und organisatorischen Auswirkungen verhältnismässig sein müssen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze in Art. 2 Abs. 1 ArGV 3 den Anforderungen entsprechen, die Art. 27 Abs. 1 der Konvention in lit. b an *sichere und gesunde Arbeitsbedingungen* stellt³⁵¹. Dies gilt auch für die Ausführungen in Art. 15 ff. ArGV 3.

Die „angemessenen Vorkehrungen“, die lit. i verlangt, müssten voraussichtlich konkreter ausgestaltet werden, damit den spezifischen Bedürfnissen und Risiken von Menschen mit Behinderungen Rechnung getragen wird.

g. Das Arbeitslosenversicherungsgesetz und die Arbeitslosenversicherungsverordnung

Nach Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Absatz 2 derselben Bestimmung nimmt Bezug auf Menschen mit Behinderungen:

„Der körperlich oder geistig Behinderte gilt als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung,

³⁴⁸ Schürer, S. 21 f.

³⁴⁹ SR 822.113.

³⁵⁰ Pärli (et.al), Die Autoren sind der Meinung, wenn der Arbeitgeber keine angemessenen Vorkehrungen im Sinne von Art. 6 ArG i.V.m. Art. 2 ArGV 3 treffe, könne dies für die Menschen mit einer Behinderung mittelbar diskriminierend auswirken, was eine Verletzung ihrer Persönlichkeit darstelle.

³⁵¹ Vgl. insbesondere auch Art. 7 des ILO Übereinkommens Nr. 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten, Inkrafttreten: 20. Juni 1986, SR. 0.822.725.9; Bestimmung 7 der UNO Rahmenbestimmungen für die Herstellung der Chancengleichheit für die Behinderte.

auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte. Der Bundesrat regelt die Koordination mit der Invalidenversicherung.“

Die Abklärung der Vermittlungsfähigkeit der Menschen mit Behinderungen erfolgt nach Art. 15 AVIV i.V.m. Art. 32 Abs. 2 ATSG, Art. 15 Abs. 2 und 96b AVIG. Wichtig in diesem Zusammenhang ist Art. 15 Abs. 3 AVIV, der bestimmt, dass solange jemand nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist und sich bei der Invalidenversicherung oder einer anderen Versicherung angemeldet hat, als vermittlungsfähig gilt, bis die andere Versicherung einen Entscheid gefällt hat. Diese Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung bezweckt den Schutz von Personen, die eine Behinderung erst neu erworben haben, damit sie die Abklärungs- beziehungsweise Wartezeit überbrücken können³⁵². In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist Art. 4 Abs. 2 lit. b AVAM-Verordnung (SR 823.114) über das Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik, der eine Vernetzung mit der Invalidenversicherung vorsieht, u.a. um diese Vorleistungspflicht zu koordinieren.

Art. 15 Abs. 2 AVIG erfüllt zwei Funktionen: Einerseits ermöglicht er Menschen mit Behinderungen eine Anspruchsberechtigung im Rahmen der Arbeitslosenversicherung, indem er für sie geringere Anforderungen voraussetzt. Andererseits ist er eine Koordinationsbestimmung, die unter anderem die Koordination mit der Invalidenversicherung festlegt³⁵³.

Weitere Erleichterungen sieht die Verordnung in Art. 25 lit. b AVIV vor. Der versicherte Verdienst von Menschen mit Behinderungen, die während oder unmittelbar vor der Arbeitslosigkeit behindert worden sind, entspricht gemäss Art. 40b AVIV der verbleibenden Erwerbsfähigkeit. Schliesslich gewährt Art. 90 Abs. 1 lit. b AVIV Einarbeitungszuschüsse für Menschen mit körperlicher, psychischer oder geistiger Behinderung.

h. Das Arbeitsvertragsrecht

Das Arbeitsvertragsrecht verankert in Art. 328 OR die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und bildet Grundlage für die zu treffenden Sicherheitsvorkehrungen, den Schutz der Arbeitnehmer vor schikanösen Weisungen und – abgeleitet aus der Fürsorgepflicht – die Gleichbehandlung³⁵⁴. Der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers erfordert die sachgemässe Instruktion, besondere Aufsicht und Kontrolle des Arbeitgebers hinsichtlich der Beschaffenheit der Arbeitsräume und der Nebenräume. Er muss die Arbeitsgeräte und –maschinen mit notwendigen Schutzvorrichtungen versehen und den Arbeitsablauf entsprechend organisieren³⁵⁵.

³⁵² A.a.O., S. 32.

³⁵³ Flückiger, S. 24 f.

³⁵⁴ Schürer, S. 101.

³⁵⁵ Alfred Koller, *Der Arbeitsvertrag*, § 46 S.491, N 103 in: *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss de Handels- und Wertpapierrechts/von Theo Guhl*, 9. Aufl. / bearbeitet von Alfred Koller (et al), Zürich 2000.

Art. 328 OR**VII. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers****1. Im Allgemeinen**

¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung im Arbeitsvertragsrecht schützt die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer: die Eigenschaften der Person, die ihr kraft ihrer Persönlichkeit zukommen, dürfen kein Kündigungsgrund darstellen. Solche Eigenschaften sind insbesondere Geschlecht, HIV-Positivität, Krankheit, Rasse, Herkunft, Staatsangehörigkeit und Behinderung³⁵⁶. Eine Kündigung ist dann missbräuchlich, wenn das persönliche Merkmal, aufgrund dessen der Vertrag aufgelöst wurde in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht. Wird dennoch eine missbräuchliche Kündigung ausgesprochen, ist sie nicht nichtig³⁵⁷.

Art. 336 OR**III. Kündigungsschutz****1. Missbräuchliche Kündigung****a. Grundsatz**

¹ Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht:

a. wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb;

(...)

Fazit

Das Arbeitsvertragsrecht schützt Menschen mit Behinderungen in privaten Arbeitsverhältnissen einerseits durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Art. 328 OR, aus der auch ein Gleichstellungsgebot abgeleitet wird, andererseits durch den Schutz in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor missbräuchlicher Kündigung aufgrund einer Behinderung.

³⁵⁶ Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 336, N 4.

³⁵⁷ Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Basel 2005, S. 245.

Damit kommt es den Vorgaben von Art. 27 Abs. 1 lit. a der Konvention insoweit nach, als es die Arbeitnehmer mit Behinderungen gegenüber ihren privaten Arbeitgebern punktuell vor Diskriminierung schützt. Allerdings genügen diese Bestimmungen den präzisen Vorgaben von lit. a nicht.

Insbesondere schützt das Arbeitsvertragsrecht nicht vor Diskriminierung bei der Anstellung, d.h. beim Zugang zum Arbeitsmarkt. Wie schon beim Verfassungsrecht gezeigt, *bleibt die Schweizerische Rechtsordnung im Bereich der privatwirtschaftlichen Berufstätigkeit von Menschen mit Behinderungen weit hinter den Vorgaben von Art. 27 Abs. 1 lit. a BehiK zurück.*

4. **Kantonale Regelungen**

Mit der Einführung des Neuen Finanzausgleichs ab dem 1. Januar 2008 ist der Bund für die Förderung der Eingliederung Invalider und damit auch für die Finanzierung dieser Leistungen zuständig (Art. 112b Abs. 1 BV). Die Kantone tragen gemäss Art. 112b Abs. 2 BV die Kosten für die Infrastruktur insbesondere durch Beiträge an den „Bau und den Betrieb von Institutionen, die dem Wohnen und dem Arbeiten dienen“. Überdies werden neu nur noch die gesamtschweizerisch tätigen Dachorganisationen der Betagten- und Behindertenhilfe durch den Bund unterstützt. Die kantonalen oder lokalen Organisationen müssen die Kantone alleine finanzieren.

Was die gesetzlichen Grundlagen auf kantonaler Ebene betrifft, so gibt es Kantonsverfassungen wie auch kantonale Gesetze oder Verordnungen, die hinsichtlich Gleichstellung behinderter Menschen im Arbeitsbereich konkrete Normen beinhalten oder besondere Leistungen umschreiben.

Beispielsweise setzen sich gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. g Verfassung des Kantons Freiburg der Kanton und die Gemeinden zusammen im zum Ziel, dass *„alle Menschen, die wegen Alter, Gebrechlichkeit, Krankheit oder Behinderung der Hilfe bedürfen, ausreichende Pflege und Unterstützung erhalten“*³⁵⁸.

In § 25 Abs. 2 lit. b der Verfassung des Kantons Aargau wird zwar das Recht auf Arbeit nicht gewährleistet, wohl aber die Bestreitung des Unterhalts durch angemessenen Lohn, Schutz vor Folgen des ungerechtfertigten Verlusts des Arbeitsplatzes und der Arbeitslosigkeit werden zum Staatsziel erklärt³⁵⁹. Spezielle Gesetze zur Eingliederung oder Förderung Behinderter haben zum Beispiel die Kantone Wallis, Graubünden, Kanton Tessin, Genf und der Kanton Waadt erlassen³⁶⁰.

³⁵⁸ Verfassung des Kantons Berns (BSG 101.1); In den Verfassungen der Kantone Uri, Appenzell Innerrhoden oder der Schwyz gibt es keine Bestimmung, die sich auf die Rechtstellung Behinderter beziehen.

³⁵⁹ KV AG (SAR 110.000).

³⁶⁰ VS: Gesetz über die Eingliederung behinderter Menschen (SGS 850.6); GR: Gesetz über die Förderung behinderter Menschen (Bündner Rechtsbuch, Nr. 440); TI: Legge sull'integrazione sociale e professionale degli invalidi (Nr. 6.4.7.1); VD: Loi sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (Nr. 850.61); GE: Loi sur l'intégration des personnes handicapées (K 1 36).

Kantonale Personalgesetze, die das Arbeitsverhältnis in den staatlichen Institutionen regeln, enthalten teilweise besondere Regelungen zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen. Das Personalgesetz des Kantons Basel Stadt sieht in § 5 Abs. 2 lit. g vor, dass die Personalpolitik die Eingliederung von Erwerbslosen und Menschen mit Behinderungen unterstützt³⁶¹. Auch das zürcherische Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals enthält eine ähnliche Regelung im § 5 Abs. 1 lit. i³⁶². Im Kanton Obwalden sind gemäss dem Art. 41 Abs. 2 der Personalverordnung beschützende Arbeitsplätze für die Beschäftigung erwerbsbehinderter im Rahmen der verbleibenden Arbeitsleistung vorgesehen³⁶³. Der Kanton Fribourg hat sich im Art. 4 lit. h zum Ziel gesetzt die Eingliederung behinderter Personen vorzunehmen³⁶⁴.

Schliesslich finden sich in den Kantonen behindertenspezifische Normen in Sozialhilfe- und Schulgesetzen verankert.

D. TEILHABE AM KULTURELLEN LEBEN: ZUGANG ZU FERNSEHSENDUNGEN UND KULTURELLEN VERANSTALTUNGEN (ART. 30 ABS. 1 LIT. B DER KONVENTION)

I. Fragestellung

Welche möglichen Konflikte bestehen zwischen der schweizerischen Rechtsordnung und Art. 30 Abs. 1 lit. b der Konvention?

II. Vorgaben der Konvention

Art. 30 der Konvention widmet sich der Teilhabe von Menschen mit Behinderungen an Kultur, Erholung und Freizeit. Die Vertragsstaaten anerkennen ein Recht an der Teilnahme am kulturellen Leben auf der Basis der Gleichheit mit Anderen. Laut Abs. 1 treffen sie alle geeigneten Massnahmen, um den Zugang sicherzustellen („to ensure“).

Art. 30 Abs. 1 lit. b garantiert die Ergreifung von Massnahmen für den Zugang in zugänglichen Formaten („in accessible formats“) zu

- Fernsehprogrammen

³⁶¹ BS: Personalgesetz (SG162.100).

³⁶² ZH: Gesetz über das Arbeitsverhältnis (Nr. .177.10).

³⁶³ OW: Personalverordnung (Nr. 141.11).

³⁶⁴ FR: Gesetz über das Staatspersonal (SGF 122.70.1).

- Filmen
- Theatervorstellungen und
- anderen kulturellen Aktivitäten.

Die Vertragsstaaten werden somit in erster Linie zur Anerkennung des Rechts auf gleichberechtigte Teilnahme am kulturellen Leben sowie zur Ergreifung aller geeigneten Massnahmen verpflichtet, um den Zugang von Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen. Die Teilnahme an den in lit. b genannten kulturellen Aktivitäten soll über zugängliche Formate ermöglicht werden. Mit *accessible formats* sind Übertragungen und Darstellungen gemeint, die auch für Menschen mit Behinderungen und insbesondere Sinnesbehinderungen wahrnehmbar sind.

Die Fragestellung bezieht sich ausschliesslich auf Abs. 1 lit. b von Art. 20 der Konvention. Allerdings ist es für das Verständnis sinnvoll, den Aufbau der Bestimmung kurz zu skizzieren.

Abs. 1 befasst sich mit der passiven Teilnahme am kulturellen Leben, d.h. mit der Konsumation von Kultur. Im Vordergrund steht der Zugang. Im Gegensatz dazu soll Abs. 2 die aktive Teilnahme an Kultur ermöglichen: Das eigene künstlerische und kreative Potenzial soll gefördert werden. Abs. 3 verpflichtet die Vertragsstaaten zu verhindern, dass Urheberrechte den Zugang zu kulturellem Material ungerechtfertigt oder diskriminierend erschweren oder verunmöglichen. Abs. 4 schützt wiederum die eigene kulturelle Identität. Insbesondere wird die sprachliche Identität erwähnt, welche sich auch auf die Gebärdensprache und die Gehörlosenkultur bezieht. Diese Identität soll einerseits anerkannt, aber andererseits auch unterstützt werden. Schliesslich verpflichtet Abs. 5 die Vertragsstaaten zu Massnahmen, die zur Teilnahme an Sport-, Freizeit- und Erholungsaktivitäten auf der Basis der Gleichheit mit Anderen führen. Art. 30 der Konvention konzentriert sich also sowohl auf den Zugang zu Kultur und Freizeit, wie auch auf die aktive Mitgestaltung und Teilnahme.

Lit. b in Absatz 1 konzentriert sich spezifisch auf den *Zugang zur Konsumation von Fernsehen, Filmen und Theater*, während lit. a allgemeiner den Zugang zu kulturellem Material statuiert. Die Vorgabe in lit. a bezieht sich dabei vorwiegend auf die inhaltliche Ebene, jene in lit. b auch auf das Medium und die Art der Vermittlung. Im Gegensatz dazu befasst sich lit. c mit der örtlichen Zugänglichkeit zu den Gebäuden, in denen die kulturellen Veranstaltungen angeboten werden oder sich Sehenswürdigkeiten befinden. Insgesamt soll sichergestellt werden, dass Personen nicht einfach nur deshalb vom Genuss kultureller Angebote ausgeschlossen sind, weil sie mit Behinderungen leben.

Ziel und Zweck dieser Garantie ist keine Bevorzugung von Menschen mit Behinderungen, sondern eine Möglichkeit zur Teilhabe am kulturellen Leben „auf der Grundlage der Gleichheit“. Freizeitbeschäftigungen und Kultur stellen keine offensichtlich lebensnotwendigen Aspekte dar, doch bekommen Menschen mit Behinderungen gerade durch die Unzugänglichkeit zu diesen Angeboten auch die fehlende Integration in die Gesellschaft zu spüren. Diese Garantie soll hier

einen Ausgleich schaffen und die Vertragsstaaten dazu verpflichten, Verbesserungen u.a. auch durch technische Entwicklungen und Einrichtungen bei staatlichen Kulturangeboten, zu erreichen.

Ob diese Angebote flächendeckend und für Menschen mit den unterschiedlichsten Arten von Behinderungen zugänglich gemacht werden müssen, geht aus Art. 30 Abs. 1 lit. b, der nur von der Ergreifung aller geeigneten Massnahmen („all appropriate measures“) spricht, nicht klar hervor. Hinweise, welche Massnahmen geeignet sind und welche nicht, sind Art. 30 nicht zu entnehmen. Nach Schweizerischer Rechtsprechung ist Art. 30 Abs. 1 lit. b als programmatisch zu charakterisieren. Welche Massnahmen geeignet sind, die kulturellen Angebote zugänglich zu machen hängt auch vom Stand der technischen Entwicklungen ab.

Heute bekannte Massnahmen, um Menschen mit Sinnesbehinderungen die Teilhabe an kulturellen Darbietungen zu ermöglichen sind beispielsweise Untertitel, Übersetzung in Gebärdensprache oder Audio Description für Filme und Fernsehprogramme³⁶⁵. Bei Museen und Ausstellungen sind beschreibende Führer und Kataloge in Blindenschrift sinnvoll sowie die Nutzung von Lichtkontrasten bei Ausstellungen³⁶⁶. Da die Verbreitung von Kultur zunehmend über das World Wide Web geschieht, ist es unerlässlich, die Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen durch die Einhaltung von Web-Standards (W3C) zu erreichen³⁶⁷.

III. *Entstehung der verabschiedeten Fassung*

Der Entwurf des Vorsitzenden zu Handen des Ad Hoc Committee fasste den Zugang zu Literatur, Fernsehprogrammen, Kino und Theater in einem Abschnitt zusammen und nannte spezifische Übertragungsarten.

„Article 27 Right to take part in cultural life, recreation and leisure

1. States Parties recognize the right of all persons with disabilities to take part in cultural life and shall take all necessary measures to ensure that persons with disabilities:

(...)

(b) enjoy access to literature in a range of accessible formats, including in electronic text, Braille, and on audio tape, and through the captioning of television programs, movies, theatre etc; and

(...)“³⁶⁸

³⁶⁵ Vereinbarung über die von der SRG SSR zu erbringenden Leistungen für die behindertengerechte Aufbereitung von Fernsehsendungen, inkl. Anhang.

³⁶⁶ Vgl. Forderungen des Rates der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten und die Kommission (Entscheidung des EU-Rates vom 6. Mai 2003 über die Zugänglichkeit kultureller Einrichtungen und kultureller Aktivitäten für Menschen mit Behinderungen (2003/C 134/05).

³⁶⁷ Vgl. Stiftung Zugang für Alle, Schweizer Accessibility-Studie 2007, S. 18 ff.

³⁶⁸ Chair's Draft Elements of a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, December 2003, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm>.

Im Vorschlag der Working Group an das Ad Hoc Committee wurden einerseits die Massnahmen nicht mehr mit *all necessary measures* sondern mit *all appropriate measures* umschrieben. Andererseits änderte auch die Systematik in der Aufzählung, zu welchen kulturellen Angeboten der Zugang ermöglicht werden soll. Zudem verallgemeinerte die Working Group die Übertragungsarten mit dem Ausdruck *in all accessible formats*, wobei spezifisch aber noch *captioning and sign language* genannt wurden:

“Article 24 Participation in cultural life, recreation, leisure and sport

1. States Parties recognise the right of all persons with disabilities to take part in cultural life, and shall take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities:

- a. (...)
- b. enjoy access to literature and other cultural materials in all accessible formats, including in electronic text, sign language and Braille, and in audio and multi-media formats;
- c. enjoy access to television programmes, films, theatre, and other cultural activities, in all accessible formats, including captioning and sign language;

(...)³⁶⁹

In der folgenden Fassung, die der Vorsitzende nach den Beratungen des Ad Hoc Committee vorlegte, wurde im Chapeau neu eingefügt, dass das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben *on an equal basis with others* erfolgen solle. Wiederum wurde die Aufzählung, zu welchen kulturellen Angeboten der Zugang ermöglicht werden sollte, neu strukturiert. Die Übertragungsarten wurden nun gar nicht mehr spezifisch aufgezählt, sondern nur noch verallgemeinert mit *“in all accessible formats“* beschrieben:

„Article 30 Participation in cultural life, recreation, leisure and sport

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to take part on an equal basis with others in cultural life, and shall take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities:

(...)

- (b) Enjoy access to television programmes, films, theatre, and other cultural activities, in all accessible formats;

(...)³⁷⁰

Es zeigte sich offenbar, dass eine konkrete Auflistung von Formaten und Übertragungsarten zu eng wäre, um auf neue technische Entwicklungen zu reagieren und eine allgemeine Formulierung die Möglichkeiten besser abdeckt.

³⁶⁹ Report of the Working Group, Annex I, Art. 24.

³⁷⁰ Letter from the Chairman, Annex I, Art. 30.

IV. Rechtslage in der Schweiz

1. Internationale Übereinkommen

Art. 15 Pakt I garantiert das Recht eines jeden, am kulturellen Leben teilzunehmen. Die Vertragsstaaten sind durch Abs. 2 zudem verpflichtet, Massnahmen für die Verwirklichung dieses Rechts und u.a. auch für die Verbreitung der Kultur zu treffen.

Art. 15 Pakt I bleibt im Vergleich zu Art. 19 sehr offen und ist insbesondere nicht auf die besonderen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen zugeschnitten.

2. Verfassungsrechtliche Ebene

Die Verfassung enthält im Themenbereich von Art. 30 Abs. 1 lit. c der Konvention keine besonderen Bestimmungen in Bezug auf Menschen mit Behinderungen. Allerdings enthält sie Kompetenzbestimmungen zu Kultur, Film, Radio und Fernsehen, welche hier relevant sein können.

Gemäss Art. 69 BV sind die Kantone für den Bereich der Kultur zuständig. Allerdings bestehen in den Bereichen des Films, Radio und Fernsehen auch Bundeskompetenzen. Laut Art. 71 BV kann der Bund die Schweizer Filmproduktion und Filmkultur fördern und Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Angebots machen. In einer weiten Auslegung kann man hier interpretieren, dass Vielfalt und Qualität des Angebots auch durch Förderung der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen beinhaltet.

Art. 93 BV überträgt dem Bund die ausschliessliche Kompetenz im Bereich von Radio und Fernsehen und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen. Den Gesetzgebungsauftrag verwirklicht er im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40). Besondere Bestimmungen zur Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen enthält Art. 93 BV jedoch nicht.

3. Bundesgesetze und -verordnungen

- a. *Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) und Radio- und Fernsehverordnung (RTVV; SR 784.401)*

Gemäss Art. 7 Abs. 3 RTVG sind Fernsehveranstalter mit nationalem oder sprachregionalem Programmangebot verpflichtet, einen angemessenen Anteil der Sendungen in einer für hör- und sehbehinderte Menschen geeigneten Weise

aufzubereiten. In Art. 24 RTVG zum Programmauftrag der SRG bestimmt Abs. 3, dass der Bundesrat die Grundsätze festlegt, nach denen die Bedürfnisse der Menschen mit Sinnesbehinderungen berücksichtigt werden müssen. Insbesondere bestimme er auch, in welchem Ausmass Spezialsendungen in Gebärdensprache für gehörlose Menschen angeboten werden müssen.

Die Vorgaben für die behindertengerechte Aufbereitung auf den Kanälen der SRG sind in Art. 7 RTVV festgelegt, die Vorgaben für die Aufbereitung durch andere Fernsehveranstalter in Art. 8 RTVV. Bei der Übertragung der Programme muss auch der Fernmeldediensteanbieter verpflichtet werden, die Aufbereitung zu verbreiten. Dienste für Sinnesbehinderte sind als gekoppelte Dienste ebenfalls zu verbreiten (Art. 46 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 RTVV).

Der Bundesrat sieht für die SRG in Art. 7 RTVV folgendes vor:

- Der Anteil der unvertitelten Fernsehsendungen des redaktionellen Programms soll in jeder Sprachregion schrittweise auf einen Drittel der Sendezeit ausgebaut werden.
- Täglich soll in jeder Amtssprache mindestens eine Informationssendung in Gebärdensprache aufbereitet werden.
- Zweimal monatlich muss – in jeder Amtssprache – ein Film ausgestrahlt werden, der mit Audio-Beschreibung aufbereitet ist. Mindestens die Hälfte davon sollen Schweizer Filme sein.

Für die übrigen Leistungen soll die SRG mit den Behindertenverbänden direkt eine Vereinbarung treffen. Eine solche Vereinbarung ist im Herbst 2007 getroffen worden. Der Bundesrat überprüft mindestens alle drei Jahre, ob der Anteil der aufbereiteten Sendungen erhöht werden soll.

Andere Fernsehveranstalter, die ihr Programm nach Art. 25 Abs. 4 RTVG ausstrahlen, sind wie die SRG ebenfalls verpflichtet, den Anteil der unvertitelten Fernsehsendungen des redaktionellen Programms in jeder Sprachregion schrittweise auf einen Drittel der Sendezeit auszubauen.

Art. 8 RTVV verpflichtet Fernsehveranstalter mit nationalem und sprachregionalem Angebot wöchentlich zur Hauptsendezeit mindestens eine Sendung auszustrahlen, die für Hör- oder Sehbehinderte aufbereitet ist.

b. Vereinbarung zwischen der SRG und Behindertenverbänden in der Schweiz

Die Vereinbarung der SRG mit Behindertenverbänden in der Schweiz³⁷¹ über die zu erbringenden Leistungen für die behindertengerechte Aufbereitung von Fernsehsendungen wurde im Herbst 2007 geschlossen. Die Parteien einigten sich auf einen stufenweisen Ausbau der Leistungen, welcher in den Anhängen

³⁷¹ Schweizerischer Gehörlosenbund SGB-FSS, pro audio schweiz, SONOS, Schweizerischer Blinden- und Sehbehindertenverband SBV, Schweizerischer Zentralverein für das Blindenwesen SZB, SVEHK/ASPEDA.

für die drei Sprachregionen konkretisiert wird. Neben der stufenweisen Verwirklichung werden auch Prioritäten festgelegt. Ziel ist es, dass die gesetzlichen Verpflichtungen bis Ende 2010 umgesetzt sind. Die vereinbarten Leistungen gehen aber nicht über die Verpflichtungen in Art. 7 RTVV hinaus.

c. Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG, SR 151.3)

Private Anbieter allgemein zugänglicher kommerzieller und kultureller Dienstleistungen dürfen Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund ihrer Behinderung benachteiligen und können ihnen insbesondere nicht den Zutritt verweigern. Allerdings sind die durch Art. 6 BehiG *nicht verpflichtet*, die Dienstleistung behindertengerecht auszugestalten. Bauten von Anbietern allgemein zugänglicher Dienstleistungen hingegen müssen bei Erstellung der Totalsanierung behindertengerecht ausgestaltet werden³⁷².

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BehiG sind Bund und Kantone gemeinsam verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen. Diese allgemeine Formulierung mit programmatischem Charakter ist im Gegensatz zu den Verpflichtungen in Art. 30 Abs. 1 lit. b Konvention weniger konkret und daher schlechter überprüfbar.

4. Kantonale Ebene: Kino, Theater, Museen und Ausstellungen und andere kulturelle Aktivitäten

Gemäss Art. 69 BV sind die Kantone für den Bereich der Kultur zuständig. Die meisten Kantonsverfassungen enthalten allgemeine Bestimmungen zur Förderung von Kunst und Kultur. In einigen Kantonen hält die Verfassung explizit fest, dass jede und jeder „sich nach seinen Fähigkeiten und Neigungen bilden und weiterbilden und am Kulturleben teilnehmen kann.“³⁷³ Der Kanton Basel Land verpflichtet sich zudem, sich zu bemühen, „Erkenntnisse und Leistungen aus Kunst und Wissenschaft allen zugänglich zu machen“³⁷⁴.

Solche Bestimmungen statuieren zwar keine spezifischen Massnahmen, den Zugang zu Kultur durch angepasste Formate für Menschen mit Behinderungen zu fördern, jedoch ist auch die Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse und Neigungen miteingeschlossen. Insofern ist die in Art. 30 lit. c enthaltene Verpflichtung der Konvention in Bezug auf Film- und Theatervorführungen nur punktuell und in einer sehr generellen Art bereits in der Schweiz verankert. Die kantonalen Kulturförderungsgesetze enthalten keine besonderen Bestimmungen über den Zugang von Menschen mit Behinderungen.

Möglich wären hier spezifische Massnahmen, die als Bewilligungsaufgaben auch Private verpflichten würden, Filmvorführungen in zugänglichen Formaten

³⁷² Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz, S. 1780 und 1806.

³⁷³ Vgl. § 17 lit. a KV BL und Art. 22 lit. c KV SO.

³⁷⁴ § 101 KV BL.

vorzusehen. Massnahmen für öffentliche Museen und Kunsthäuser, Theater und Konzerte liegen entweder im direkten Einflussbereich des Kantons oder könnten als Auflagen an Subventionsbeiträge geknüpft werden.

5. Fazit

Die gesetzlichen Grundlagen im RTVG entsprechen grundsätzlich den Vorgaben in Art. 30 Abs. 1 lit. b der Konvention. Die Zugänglichkeit der Angebote in Radio und Fernsehen für Sinnesbehinderte ist gesetzlich verankert und es bestehen klare gesetzliche Mindestzahlen.

Hingegen bestehen kaum Mechanismen, um die Zugänglichkeit zu Kino, Theater, Ausstellungen und Museen zu gewährleisten. Das Behindertengleichstellungsgesetz sieht nur die Zugänglichkeit zu den Gebäuden und Anlagen vor, nicht aber die Zugänglichkeit der Formate des kulturellen Angebots. Hier besteht auf Seiten der Kantone Handlungsbedarf, z.B. über gesetzliche Vorgaben, Subventions- oder Bewilligungsaufgaben solche Massnahmen zu erwirken. Zudem müssten auch spezielle Förderungsprogramme und technische Entwicklungen initiiert oder unterstützt werden.

3. KAPITEL: ÜBERWACHUNG

A. INNERSTAATLICHE DURCHFÜHRUNG UND ÜBERWACHUNG (ART. 33)

I. *Fragestellung*

Welche Anforderungen bestehen an die innerstaatliche Durchführung und Überwachung der Kantone, insbesondere an das Zusammenspiel zwischen Bund und Kantonen?

II. *Vorgaben der Behindertenkonvention*

Gemäss Art. 4 Abs. 5 BehiK gelten die Bestimmungen des Übereinkommens ohne Einschränkung für alle Teile eines Bundesstaates. Dies bedeutet jedoch nicht, dass den Kantonen bei der Umsetzung und den zu ergreifenden Massnahmen keinerlei Spielraum bleibt und eine Unitarisierung angestrebt werden soll; so lange der Standard der Konvention verwirklicht bzw. nicht unterschritten wird, sind heterogene Lösungen möglich.

Gemäss Art. 4 Abs. 3 ist die Zivilgesellschaft aktiv in Entscheidungsprozesse einzubeziehen.

Art. 33 BehiK³⁷⁵ legt für die Umsetzung auf nationaler Ebene vier Grundsätze fest:

1. *Pflicht* zur Schaffung von einem oder mehreren „Focal Points“ (zentrale Stellen/Fachstellen³⁷⁶) in der Verwaltung, die sich mit der Umsetzung der Konvention befassen. Die Strukturen dieser Einrichtungen müssen so ausgestaltet sein, dass die in Art. 33 genannten Aufgaben erfüllt werden können. Damit dies gesichert ist, sollten die Einrichtungen mit angemessenen

³⁷⁵ Wortlaut von Art. 33 im englischen Original: „**National implementation and monitoring** (1.) States Parties, in accordance with their system of organization, shall designate one or more focal points within government for matters relating to the implementation of the present Convention, and shall give due consideration to the establishment or designation of a coordination mechanism within government to facilitate related action in different sectors and at different levels. (2.) States Parties shall, in accordance with their legal and administrative systems, maintain, strengthen, designate or establish within the State Party, a framework, including one or more independent mechanisms, as appropriate, to promote, protect and monitor implementation of the present Convention. When designating or establishing such a mechanism, States Parties shall take into account the principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights. (3.) Civil society, in particular persons with disabilities and their representative organizations, shall be involved and participate fully in the monitoring process.“

³⁷⁶ Die deutsche Übersetzung verwendet den Ausdruck „Anlaufstelle“.

finanziellen Mitteln und Personal ausgestattet, auf Dauer errichtet und möglichst hoch in der Verwaltungshierarchie angesiedelt sein³⁷⁷.

2. Den Staaten wird *empfohlen*³⁷⁸, Koordinationsstellen zu schaffen oder zu bezeichnen. Diese Koordinationsmechanismen sollen den Austausch und die Abgleichung der Massnahmen zwischen folgenden Bereichen sicherstellen:
 - zwischen Verwaltungseinheiten derselben Ebene (innerhalb der Bundesverwaltung; innerhalb der kantonalen Verwaltungen);
 - zwischen den verschiedenen Ebenen des Bundesstaates (Gemeinden, Kantone und Bund) und
 - zwischen der Regierung/Verwaltung und der Zivilgesellschaft (Dialog und Einbezug der Behindertenorganisationen)³⁷⁹.
3. In Übereinstimmung mit ihrem Rechts- und Regierungssystem *müssen* die Staaten ein nationales Programm³⁸⁰ erarbeiten, um die Umsetzung der Konvention zu fördern und zu überwachen sowie die Rechte zu schützen. Dabei sollen die Prinzipien über die Funktionsweise und den Status von nationalen Menschenrechtsinstitutionen berücksichtigt werden (Pariser Prinzipien³⁸¹). In Frage kommen hier Instrumente wie nationale Aktionspläne, Evaluation der Gesetzgebung, Einbezug in die Legislaturplanung etc.
4. Die Zivilgesellschaft, namentlich Behindertenorganisationen, *sind in den Monitoringprozess einzubeziehen*.

Alle diese Mechanismen, insbesondere die Koordinationsmassnahmen, dienen auch der Erstellung der Staatenberichte gemäss Art. 35 BehiK.

III. Bestehende Institutionen und Vorkehren in der Schweiz

In Umsetzung des Auftrags von Art. 8 Abs. 4 BV verpflichtet Art. 5 Abs. 1 BehiG Bund und Kantone dazu, „Massnahmen zur *Verhinderung, Verringerung*

³⁷⁷ United Nations/Office of the High Commissioner for Human Rights/Inter-Parliamentary Union, From Exclusion to Equality. Realizing the Rights of Persons with Disabilities. Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol (Handbook No. 14/2007), S. 94.

³⁷⁸ Engl. Original: „give due consideration“ = reiflich überlegen/sorgfältig prüfen.

³⁷⁹ United Nations/Office of the High Commissioner for Human Rights/Inter-Parliamentary Union, From Exclusion to Equality. Realizing the Rights of Persons with Disabilities. Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol (Handbook No. 14/2007), S. 94f.

³⁸⁰ Engl. Original: „framework“ = Rahmenbedingungen.

³⁸¹ Principles Relating to the Status and Functioning of National Institutions for Protection and Promotion of Human Rights, GA res. 48/134, 20.12.1993.

und Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen“³⁸².

Eine Schwäche des Gesetzes liegt darin, dass zeitliche Vorgaben zur Verwirklichung der Aufträge fehlen („Roadmap“) und insofern ein übermässig grosses Umsetzungsermessen besteht. Es entspricht jedoch gerade nicht dem Gleichstellungsansatz, dass Verbesserungen von Einzelpersonen und Behindertenorganisationen in aufwändigen Gerichtsverfahren erstritten werden müssen. Vielmehr sollten die Behörden pro-aktiv die notwendigen Schritte einleiten. Damit diese Abläufe in Gang gesetzt werden, müssen wie in der Geschlechtergleichstellung entsprechende Strukturen und kompetente Institutionen vorhanden sein, welche sich mit den möglichen Aktivitäten auseinandersetzen und diese koordinieren.

1. Bundesebene

Verschiedene Rechtsgebiete, welche die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen tangieren, wurden in jüngerer Zeit überarbeitet bzw. stehen gegenwärtig in Veränderung, insbesondere die IVG-Gesetzgebung inkl. Arbeitsintegration, die Anpassungen im Zuge der NFA und die Bildungsverfassung. Art. 18 Abs. 3 BehiG beauftragt den Bund, das Gleichstellungsgesetz zu evaluieren; bis Anfang 2009 soll ein Bericht zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vorliegen. Das Bundesamt für Statistik wird bis Ende 2008 ein statistisches Basisangebot entwickeln³⁸³.

Art. 18 BehiG ermächtigt den Bund, Informationskampagnen durchzuführen, Beratungen anzubieten und Studien in Auftrag zu geben (namentlich zur Wirksamkeit von getroffenen Massnahmen). In der Bundesverwaltung befassen sich verschiedene Ämter mit Fragen der Behindertengleichstellung (z.B. das Bundesamt für Verkehr, das Bundesamt für Bauten und Logistik, das Bundesamt für Statistik oder das Eidg. Personalamt). Gestützt auf Art. 19 BehiG wurde das Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen geschaffen, welches administrativ dem Departement des Innern unterstellt ist. Seine Aufgaben umfassen die Information und Beratungstätigkeit, das Leiten von Kampagnen und Programmen des Bundes nach dem BehiG (Art. 16 betr. Integrationsprogrammen und Art. 18, siehe oben), das Erstellen von Analysen und Untersuchungen zu Gleichstellung und Integration sowie die Koordination der Tätigkeiten der privaten und öffentlichen Einrichtungen, namentlich auch der befassten Bundesstellen. Es verfügt über 1.8 – 2.3 Vollzeitstellen, eine 50%-Stelle über den Integrationskredit sowie Praktikumsstellen. Diese Ausstattung bewegt sich schon heute an der unteren Grenze, zumal in der Botschaft des Bundesrates zum BehiG 3-4 Vollzeitstellen geplant waren³⁸⁴. Die Einrichtung

³⁸² Hervorhebung durch die Autorinnen und Autoren.

³⁸³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992, SR 431.01, welcher den Bund verpflichtet, Daten im Bereich der Behindertengleichstellung zu eruieren.

³⁸⁴ Botschaft Behindertengleichstellungsgesetz, 1800 f.

einer ausserparlamentarischen Expertinnen- und Expertenkommission wurde bisher nicht diskutiert.

2. Kantonale Ebene

Das Behindertengleichstellungsgesetz verpflichtet die Kantone nicht dazu, bestimmte Koordinationsmechanismen oder Institutionen/Strukturen zu schaffen. Sektoriell existieren jedoch Koordinationsstrukturen. Einheitliche Qualitätsstandards und Koordination werden sich im Zuge der NFA z.B. im Bereich der Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen wie Heime und Werkstätten etablieren. Gemäss dem Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen IFEG vom 6.10.2006 (SR 831.26) müssen die Kantone Heimkonzepte entwickeln, die dem Bund zur Genehmigung eingereicht werden müssen.

Wie oben erwähnt, bemühen sich die Kantone um eine Vereinheitlichung von Standards und Abläufen im Bereich der Bildung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen und betreffend der sozialen Einrichtungen (neues Sonderschulkonkordat, noch nicht in Kraft; Interkantonale Vereinbarung für Soziale Einrichtungen IVSE vom 13.12.2002). Auch in anderen Sektoren, z.B. im Sozialhilfereich, existieren Koordinationsstrukturen, namentlich über die Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren.

Eine übergreifende, zentrale Fachstelle zur Behindertengleichstellung (ähnlich den kantonalen Büros zur Gleichstellung von Frau und Mann) wurde bisher jedoch einzig im Kanton Basel-Stadt eingerichtet („Beauftragter für die Integration und Gleichstellung von Menschen mit einer Behinderung“). In anderen Kantonen werden Anliegen von Menschen mit Behinderungen wie in der Vergangenheit vor allem durch die Sozialämter wahrgenommen. Dem Bundesgleichstellungsbüro (und den Kantonen) fehlen übergreifende und koordinierende Ansprechstellen auf kantonaler Ebene.

In verschiedenen Kantonen gibt es wohl allgemeine Ombudseinrichtungen in der Verwaltung, jedoch keine entsprechenden Stellen, die auf Anliegen von Menschen mit Behinderungen spezialisiert wären. Anlaufstellen in der Verwaltung sind höchstens bereichsspezifisch eingerichtet (Zugang zu Bauten, Schulen); allgemeine Anlaufstellen für Einzelpersonen und Behindertenorganisationen fehlen. Eine Fachkommission, die sich aus Vertreterinnen und Vertretern von Verwaltung und Nichtregierungsorganisationen zusammensetzt, wurde im Kanton Wallis eingerichtet. Andere Fachkonferenzen beruhen auf privater Initiative der Behindertenorganisationen; sie sind folglich ein Instrument der Zivilgesellschaft (z.B. Kantone BE, ZH, VD und BS).

IV. Schaffung neuer Strukturen

1. Umsetzung unter föderalistischen Bedingungen

Die Umsetzung internationaler Menschenrechtsabkommen ist eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen, welche die jeweilige Staatsebene im Bereich ihrer Zuständigkeiten selbständig und automatisch zu erfüllen hat. Die Kantone haben somit Verträge, die der Bund abgeschlossen hat, umzusetzen, wenn diese Bereiche betreffen, für die sie innerstaatlich zuständig sind. Die Bundesverfassung verlangt entsprechend den Grundsätzen des kooperativen Föderalismus, dass Bund und Kantone zusammenarbeiten (Art. 44 Abs. 1 BV). Die meisten Bereiche, in welchen die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu verwirklichen ist, fallen in den Aufgabenbereich der Kantone. Entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip soll die Koordination in erster Linie horizontal zwischen den Kantonen erfolgen; gemäss Art. 43a Abs. 1 BV übernimmt der Bund nur diejenigen Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen³⁸⁵. Der Bund überwacht die Umsetzung der völkerrechtlichen Verträge im Rahmen der Bundesaufsicht. Zudem besteht eine allgemeine stillschweigende Zuständigkeit des Bundes zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, wenn „dies für die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen unerlässlich oder aufgrund der Vertragsinhalte angezeigt ist“³⁸⁶.

Gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a. und i. kann der Bund auf Antrag der Kantone interkantonale Vereinbarungen im Schulbereich (Art. 62 Abs. 4) und betreffend von „Institutionen zur Betreuung und Eingliederung von Invaliden“ für allgemeinverbindlich erklären. Art. 43a Abs. 4 verlangt überdies, dass Leistungen der Grundversorgung allen Menschen in vergleichbarer Weise offen stehen müssen; diese Vorgabe verlangt auch eine gewisse Harmonisierung zwischen den Kantonen.

2. Auswahlermessen und mögliche neue Strukturen

Die rechtliche und tatsächliche Stellung von Menschen mit Behinderungen in der Schweiz wird sich weiter verbessern müssen, um den Vorgaben der Konvention (und von Art. 8 Abs. 4 BV) zu entsprechen. Ratifiziert die Schweiz die Konvention, bedeutet dies folglich nicht nur eine konventionskonforme Auslegung der Gesetzgebung durch die rechtsanwendenden Behörden, sondern auch eine Anpassung jener Strukturen und Institutionen, welche die Umsetzung der programmatischen Konventionsbestimmungen und die in der Konvention enthaltenen Gesetzgebungsaufträge vorantreiben können.

³⁸⁵ Botschaft NFA, 2459.

³⁸⁶ Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 229 f.

Die Konvention schreibt weder die Form noch die Funktionen der Focal Points oder der Koordinationsmechanismen vor. Die Staaten können jene Massnahmen wählen, die ihren Bedürfnissen und ihrem System am besten entsprechen. Für die Schweiz in Frage kommen verschiedene Modelle. Am nahe liegendsten erscheint die Kombination von Fachstellen und Expertinnen- und Expertenkommissionen, ähnlich den Strukturen, wie sie zur Förderung der Rechte von Kindern und der Gleichstellung von Frau und Mann bestehen (Eidg. Kommission für Frauenfragen, das Eidg. Gleichstellungsbüro, kantonale Gleichstellungsfachkommissionen, kantonale Gleichstellungsbüros bzw. Eidg. Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ, die Geschäftsstelle Familie, Generationen und Gesellschaft FGG im Bundesamt für Sozialversicherung, Einrichtungen auf kantonaler Ebene wie Jugendkommissionen, Ombudsstellen etc.).

Im Einzelnen könnte dies bedeuten:

(aa) Einsetzen einer ausserparlamentarischen Expertinnen- und Expertenkommission auf Bundesebene

Aufgabenfelder: Beratung der Regierung; Einbringen und Entwickeln von Strategien; Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren; Erarbeitung von Studien und Berichten; Öffentlichkeitsarbeit; Forum der Partizipation der Behindertenorganisationen.

Umsetzung: Verankerung einer gesetzlichen Grundlage im BehiG.

(bb) Auf Bundesebene nimmt das Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen Funktionen von „Focal Points“ (Kompetenzstellen/Fachstellen) wahr; sein Pflichtenheft sowie seine Strukturen und Ressourcen könnten im Hinblick auf die Wahrnehmung der Aufgaben aus Art. 33 BehiG angepasst werden. Diese Bundesfachstelle sollte mit der Einrichtung von „Focal Points“ in den Kantonen ergänzt werden.

Aufgabenfelder: Koordination und Vernetzung zwischen Verwaltungseinheiten; Koordination und Vernetzung der Aktivitäten von Bund und Kantonen; fachspezifische Begleitung von Gesetzgebungsverfahren; Entwurf einer Agenda/eines Aktionsplanes mit messbaren Zielvorgaben, Evaluationsindikatoren, Fristen und entsprechende Monitoringmechanismen; Datenerhebung; Vorbereiten des Staatenberichts; Bemühungen zur Verbesserung der Partizipation der Behindertenorganisationen.

Umsetzung: Mandatserweiterung des bisherigen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen des Bundes, allenfalls mit entsprechender Verankerung des Auftrags im BehiG. Auf kantonaler Ebene wäre es in erster Linie Aufgabe der Kantone selber, bereichsübergreifende „Focal Points“ einzurichten und über die interkantonalen Konferenzen eine *gemeinsame Linie* zu finden.

Sollten die Kantone selber keine Lösung finden, könnte subsidiär der Bund diesbezüglich gewisse Rahmenvorgaben zu Handen der Kantone im BehiG verankern. Eine Regelung im BehiG wirft auf den ersten Blick

Kompetenzfragen auf, da sich aus der grundrechtlichen Norm in Art. 8 Abs. 4 BV alleine keine Berechtigung des Bundes zur Regelung dieser Frage herleiten lässt³⁸⁷. Dieses Problem beschlägt allerdings bereits bisherige Bestimmungen im BehiG³⁸⁸. Zudem besteht, wie oben erwähnt, eine subsidiäre Zuständigkeit des Bundes in Bereichen, in welchen die Kantone nicht willens oder fähig sind, verfassungsrechtliche oder völkerrechtliche Vorgaben umzusetzen (Art. 43a BV). Die durch ein Bundesgesetz verordnete Schaffung von „Focal Points“ in den Kantonen stünde auch im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Koordinationspflichten gemäss Art. 44 Abs. 1 BV.

(cc) Schaffung einer unabhängigen Menschenrechtsinstitution auf Bundesebene, die sich auch mit der Umsetzung der Behindertenkonvention befassen würde

Die Konvention selber verpflichtet die Staaten nicht zur Schaffung einer solchen Einrichtung, sie wird jedoch als mögliche Institution in Art. 33 Abs. 3 erwähnt. Die Pariser Prinzipien empfehlen für die Errichtung einer unabhängigen Menschenrechtsinstitution folgende Grundsätze: (1) Gesetzliche Regelung, (2) Unabhängigkeit von der Regierung/Verwaltung, (3) Errichtung auf Dauer, (4) Zugestehen eines angemessenen Budgets. In den letzten Jahren haben Nichtregierungsorganisationen zusammen mit Politikerinnen und Politikern sowie Vertretern der Wirtschaft versucht, Modelle zu entwickeln (der „Förderverein Menschenrechtsinstitution“ wurde 2006 gegründet).

Der Vorteil einer allgemeinen Menschenrechtsinstitution auf Bundesebene wäre die damit verbundene holistische Betrachtungsweise, die sämtliche Menschenrechte in den von der Schweiz ratifizierten regionalen und internationalen Konventionen berücksichtigt. Die Vorzüge von Kommission und Ombudsstelle liegen demgegenüber bei der höheren Spezialkompetenz auf dem Gebiet der Behindertengleichstellung und der besseren Eignung als Plattform für die Partizipation der Behindertenorganisationen.

(dd) Einrichtung von spezialisierten Ombudsstellen auf kantonaler Ebene

Aufgabenfelder: Information und Beratung für Behindertenorganisationen und Einzelpersonen; Vermittlungstätigkeit.

Umsetzung: Die Errichtung solcher Stellen liegt in der Kompetenz der Kantone.

³⁸⁷ Vgl. Art. 42.

³⁸⁸ Gemäss Einleitung stützt sich das Gesetz auf Art. 112 Abs. 6 (Invalidenversicherung), Art. 92 Abs. 1 (Bundesbahnen), Art. 87 (Post- und Fernmeldewesen) und für alle anderen Bereiche (!) auf Art. 8 Abs. 4 BV. Dieses Problem beschlägt insbesondere Art. 20 (welcher noch vor der neuen Verfassung erlassen wurde) und die Vorgaben zur Zugänglichkeit.

(ee) Verbesserung des Einbezugs der Zivilgesellschaft in formalisierten Verfahren und Strukturen, insbesondere auf kantonalen Ebene (ein Beispiel auf Bundesebene bisher: AHV/IV-Kommission)

Diese Aufgabe müsste von Bund und Kantonen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten realisiert werden.

(ff) „Integrationsgesetzgebung“ bzw. „Inklusionsgesetzgebung“

Das Behindertengleichstellungsgesetz und die (ratifizierte) Behindertenkonvention werden massgeblich durch die Kantone umgesetzt. Die beiden letztgenannten Bereiche oben sowie die Implementierung der programmatischen Schichten von Behindertengleichstellungsgesetz und Konvention könnten deshalb über eine kantonale Integrationsgesetzgebung angestrebt werden (vgl. z.B. Gesetz und Verordnung des Kantons Graubünden³⁸⁹, welche neben eigentlichen Artikeln zur Förderung von Menschen mit Behinderungen auch Zuständigkeits- und Koordinationsbestimmungen enthalten).

Die heutige Fassung des Behindertengleichstellungsgesetzes verpflichtet die Kantone nicht dazu, Massnahmen und Strukturen im kantonalen Kompetenzbereich zur „Integration/Inklusion“ von Menschen mit Behinderungen in einem Spezialerlass zu regeln. Die Kantone sind frei, das Behindertengleichstellungsgesetz mit einer Anpassung der jeweiligen Einzelерlasse umzusetzen.

Eine im Behindertengleichstellungsgesetz verankerte Pflicht der Kantone, eine Integrationsgesetzgebung zu erlassen, hätte den Vorteil, dass das Umsetzungsermessen (in zeitlicher Hinsicht) begrenzt und ein kantonaler Gesamtblick auf Massnahmen und Strukturen ermöglicht würde. Aus der Konvention selber lässt sich die Pflicht zu einer solchen „Integrationsgesetzgebung“ jedoch nicht unmittelbar herleiten.

B. PFLICHT ZUR BERICHTERSTATTUNG (ART. 35)

I. Fragestellung

Welche Anforderungen ergeben sich aus der Pflicht zur Berichterstattung und Zusammenarbeit mit dem Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behin-

³⁸⁹ Behindertengesetz des Kantons Graubünden vom 16.11.1993 (in der Fassung vom 25.5.2004) bzw. die Verordnung über die Förderung der Integration von erwachsenen Menschen mit Behinderungen vom 27.11.2007 (ergänzt durch die Sonderschulverordnung vom 27.11.2007).

derungen (Artikel 34 ff. Konvention)? Bestehen Synergien aus der Berichterstattung für andere UN-Menschenrechtsinstrumente?

II. Vorgaben der BehiK

Gemäss Art 34 BehiK wird ein Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen eingesetzt. Dieser setzt sich aus zwölf und ab der 60. Ratifikation achtzehn unabhängigen Expertinnen und Experten zusammen. Die Vertragsstaaten sind gemäss Art. 35 verpflichtet, innerhalb von zwei Jahren nachdem der Vertrag für sie in Kraft getreten ist, dem Ausschuss einen umfassenden Bericht darüber zu unterbreiten, welche Massnahmen zur Umsetzung der Vertragsverpflichtungen ergriffen und welche Fortschritte dabei gemacht wurden (Abs. 1). Im Anschluss daran ist die Berichterstattungspflicht alle vier Jahre zu erfüllen (Abs. 2), wobei in diesen Berichten nicht mehr zu erwähnen ist, was schon im ersten Bericht behandelt wurde (Abs. 4). In den Berichten dürfen die Staaten auf objektive Faktoren und Schwierigkeiten eingehen, welche ihnen die volle Umsetzung der Vertragsverpflichtungen erschweren (Abs. 5). Die Konvention lädt die Vertragsstaaten ein, ihre Berichte in einem offenen und transparenten Verfahren zu erstellen, das Behindertenorganisationen mit einschliesst (Abs. 4). Für die konkrete Ausgestaltung des Berichtes wird der Ausschuss Richtlinien festlegen, wie sie auch von anderen Ausschüssen erlassen worden sind.

Die Berichte werden gemäss Art. 36 BehiK vom Ausschuss geprüft und mit einer Delegation des Vertragsstaates diskutiert. Im Anschluss an diesen Dialog unterbreitet der Ausschuss dem betreffenden Staat Schlussfolgerungen und Empfehlungen (Abs. 1). Diese sollen von den Vertragsstaaten öffentlich zugänglich gemacht werden (Abs. 4).

Das Staatenberichtsverfahren der BehiK folgt weitgehend dem Modell der anderen UNO-Menschenrechtskonventionen, welche die Schweiz bereits heute zur Berichterstattung verpflichten, und die Pflichten sind im wesentlichen die Gleichen wie bei diesen anderen Konventionen. Konkret muss die Schweiz:

1. Einen umfassenden ersten Bericht vorbereiten, welcher in Hinblick auf jeden Artikel ausführt, (a) welches die faktische Situation ist (inkl. detaillierten statistischen Angaben), (b) welche Massnahmen gesetzgeberischer und administrativer Art bereits getroffen wurden, um die Verpflichtungen aus der jeweiligen Bestimmung umzusetzen; (c) welche Probleme weiterhin bestehen; und (d) welche Massnahmen die Behörden planen, um diese Probleme anzugehen;
2. Diesen Bericht in einem offenen und transparenten Verfahren, d.h. mit Einschluss der Behinderten und ihrer Organisationen und anderen Akteuren der Zivilgesellschaft erarbeiten;

3. Den Bericht innert zwei Jahren nach Inkrafttreten der BehiK dem Ausschuss einreichen;
4. An der Diskussion des Berichtes im Ausschuss mit einer Delegation teilnehmen.
5. Die Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Ausschusses in der Schweiz publik machen; und
6. Prüfen, ob und in welchem Umfang die Empfehlungen umgesetzt werden, und (falls der Ausschuss hier dem Modell anderer Ausschüsse folgt) den Ausschuss darüber im Nachgang zur Berichtsprüfung informieren (sog. follow-up Verfahren).

Nach dem ersten Bericht sind weitere Berichte alle vier Jahre zu unterbreiten. Hier sagt die Konvention (im Unterschied zu den Texten anderer Konventionen), dass nicht mehr wiederholt werden muss, was schon in früheren Berichten dargelegt wurde (Art. 35 Abs. 4, erster Satz: Staaten „need not, in its subsequent reports, repeat information previously provided“). Dies bedeutet, dass ab dem zweiten Bericht die Berichterstattung auf neue Entwicklungen konzentriert und limitiert werden kann. Potentiell könnte dies die Aufgabe der Staaten erheblich erleichtern, es bleibt aber abzuwarten, wie grosszügig oder restriktiv der Ausschuss diese Bestimmung handhaben wird.

III. Synergien mit anderen Berichterstattungspflichten?

Für die Berichterstattung im Rahmen der BehiK bestehen Synergien aus der Berichterstattung für andere UN-Menschenrechtsinstrumente insoweit als die Schweiz bereits heute in ihren Berichten an andere Ausschüsse über Personen mit Behinderungen berichten muss. Solche Pflichten können sich aus den Anforderungen an das sog. gemeinsame Kerndokument oder aus der Praxis der einzelnen Ausschüsse ergeben. Es bleibt aber die Frage, wie umfassend sie heute schon sind.

1. Gemeinsames Kerndokument

Seit langem besitzen die Staaten die Möglichkeit, allgemeine Informationen über Land, Bevölkerung, Regierungs-, Verfassungs- und Rechtssystem, etc., welche den Ausschüssen helfen, die Gesamtsituation des betreffenden Landes zu verstehen, in einem sog. Kerndokument (core document) zusammenzufassen, das für alle Ausschüsse gilt, denen man Bericht zu erstatten hat.

Seit einigen Jahren sind Bemühungen im Gang, u.a. zwecks Erleichterung der Berichterstattungspflicht der Staaten die Arbeit der Ausschüsse zu harmonisieren oder gar (teilweise) zusammenzulegen. Diese Bemühungen waren bisher

nicht von grossem Erfolg gekrönt. Immerhin wurden 2005 neue Richtlinien für den gemeinsamen Kernbericht³⁹⁰ entwickelt, welcher seither von verschiedenen Staaten verwendet wird. Diese Richtlinien sehen vor, dass

- bei den demographischen, faktischen und statistischen Informationen u.a. auch statistische Angaben über Personen mit Behinderungen zu machen sind³⁹¹;
- die Staaten berichten, ob sie spezialisierte Institutionen und Organe wie nationale Menschenrechtskommissionen oder Ombudspersonen haben, die sich u.a. spezifisch mit Personen mit Behinderungen befassen können³⁹²;
- sie Auskunft über den Prozess der Erarbeitung der Staatenberichte und darüber geben, ob dabei betroffene Gruppierungen inklusive den Menschen mit Behinderungen mitwirken konnten³⁹³;
- im gemeinsamen Kerndokumente Ausführungen zu Massnahmen gegen Diskriminierung auf der Basis von Merkmalen wie Rasse, Religion, Geschlecht, aber auch der Behinderung machen können.³⁹⁴ Potentiell lassen sich hier viele Informationen zum Problem der Diskriminierung von Personen mit Behinderungen unterbringen, die sich gleichzeitig an alle Ausschüsse richten können.

2. Praxis der einzelnen Ausschüsse

Alle Vertragsausschüsse haben jeweils für ihre Konvention Richtlinien für die Berichterstattung (*reporting guidelines*) erlassen. Nur zwei dieser Richtlinien verlangen ausdrücklich, über Personen mit Behinderungen zu berichten:

- Der *Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* verlangt im Bereich des Rechts auf Arbeit (Art. 6 Pakt I) Informationen über die Beschäftigungssituation u.a. von Arbeitnehmenden mit Behinderungen. Zum Recht auf Bildung (Art. 13 Pakt I) müssen die Staaten über die Realität beim Zugang zu Bildungsangeboten für benachteiligte Bevölkerungsteile inklusive Menschen mit Behinderungen berichten³⁹⁵.

³⁹⁰ Harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties, including guidelines on a common core document and treaty-specific targeted documents, Report of the secretariat, HRI/MC/2005/3 (2005).

³⁹¹ Id, Ziff. 38.

³⁹² Id, Ziff. 47(f).

³⁹³ Id, Ziff. 50(d).

³⁹⁴ Id, Ziff. 62 und 63.

³⁹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Revised guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1991/1.

- Detaillierte Angaben verlangt der *Ausschuss für die Rechte des Kindes*, was nicht weiter erstaunt, wenn man in Betracht zieht, dass die Kinderrechtskonvention in Art. 23 zu den Rechten von Kindern mit Behinderungen als einziges Vertragswerk das Thema Behinderung ausdrücklich und spezifisch anspricht. Angaben zu solchen Kindern werden nicht nur bei der Behandlung von Artikel 23 Kinderrechtskonvention verlangt, sondern auch in den Themenbereichen Statistik, bürgerliche Rechte und Freiheiten, Gesundheit und Wohlfahrt, sowie Bildung, Freizeit und kulturelle Aktivitäten³⁹⁶.

Schaut man sich die aktuelle Praxis der Ausschüsse an, zeigt sich, dass mit Ausnahme des (für die Schweiz mangels Ratifikation nicht relevanten) Ausschusses für die Rechte von Wanderarbeitern und ihren Familien sich alle Ausschüsse mit Personen mit Behinderungen befassen. Eine Auswertung der mit schweizerischer Unterstützung realisierten Datenbank „Universal Human Rights Index“³⁹⁷ macht allerdings deutlich, dass dies je nach Ausschuss in äusserst unterschiedlichem Ausmass geschieht: In der Periode 2000 – Frühjahr 2008 haben der Ausschuss gegen Folter (CAT) und jener gegen die Rassendiskriminierung (CERD) die Behindertenproblematik nur sehr selten (4 – 5 mal), der Menschenrechtsausschuss etwas mehr (18 mal) angesprochen. Der Ausschuss zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen (CEDAW) und jener zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (CESCR) haben sich immer wieder (60 – 70 mal) zum Thema geäussert. Mit mehr als 500 Empfehlungen hebt sich der Kinderrechtsausschuss (CRC) überaus deutlich von den anderen Ausschüssen ab: Er ist der einzige Ausschuss, der sich dem Thema Behinderung systematisch annimmt.

Daraus lässt sich ableiten, dass in erster Linie Synergien aus der Berichterstattung zum Thema Kinder mit Behinderungen existieren. Einerseits ist die Schweiz verpflichtet, darüber Informationen in ihre Berichte an den Kinderrechtsausschuss einzuschliessen, und andererseits muss realistischere Weise damit gerechnet werden, dass der Ausschuss dieses Thema im Dialog mit der Schweiz aufnimmt und ihr Empfehlungen macht. Tatsächlich ist der Kinderrechtsausschuss das einzige Vertragsorgan, welches die Schweiz bisher zu diesem Thema befragt hat. In seinen abschliessenden Bemerkungen zur Berichtsprüfung äusserte der Ausschuss 2002 seine Bedenken über den Mangel an Statistiken, die unterschiedlichen Praktiken der Kantone bezüglich Einschulung von Kindern mit Behinderungen und gewissen Unterschieden im Sozialversicherungsrecht bezüglich Kindern mit angeborenen und später erworbenen Behinderungen. Er empfahl der Schweiz, statistische Erhebungen zu verstärken, die bestehenden Unterschiede bei der Integration von Kindern mit Behinderungen in die Normalschule zu untersuchen und Harmonisierungsmassnahmen zu ergreifen, sowie Unterschiede in der sozialversicherungsrechtlichen Un-

³⁹⁶ Committee on the Rights of the Child, General Guidelines regarding the Form and Content of Periodic Reports to be Submitted by States Parties under Article 44, paragraph 1(b), of the Convention, CRC/C/58/Rev. 1 (2005).

³⁹⁷ www.universalhumanrightsindex.org.

terstützung von Kindern mit angeborenen und solchen mit später erworbenen Behinderungen zu beseitigen³⁹⁸.

IV. Fazit

Im Bereich der Pflicht zur Berichterstattung an den Ausschuss für die Rechte von Personen mit Behinderungen würde die Schweiz mit gleichartigen Verpflichtungen konfrontiert wie sie im Rahmen der anderen UNO-Konventionen bereits übernommen hat. Art. 35 Abs. 4 erster Satz BehiK verspricht im Vergleich zu anderen Konventionen insofern eine gewisse Erleichterung, als ab dem zweiten Bericht nicht mehr wiederholt werden muss, was schon in früheren Berichten dargelegt wurde, was erlaubt, die Berichterstattung auf neue Entwicklungen zu begrenzen. Wie grosszügig der Ausschuss diese Bestimmung handhaben wird, bleibt allerdings abzuwarten.

Synergien aus der Berichterstattung für andere UN-Menschenrechtsinstrumente bestehen insofern, als im für alle Konventionen gemeinsamen Kernbericht sowie in den Berichten an den Kinderrechtsausschuss und an den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bereits heute Ausführungen über Personen mit Behinderungen zu machen sind. Diese Synergien gehen relativ weit im Bereich der Rechte behinderter Kinder, sind sonst aber eher begrenzt.

Bern, 14. Oktober 2008

Prof. Dr. Walter Kälin

Prof. Dr. Jörg Künzli

Dr. Judith Wyttenbach

Annina Schneider, MLaw

Sabiha Akagündiz, lic.iur.

³⁹⁸ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland, CRC/C/15/Add.182, Ziff. 42 und 43.