

Prof. Dr. Markus Schefer / Dr. Caroline Hess-Klein

Zum Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch private Dienstleistungsanbieter

Bemerkungen zu BGE 4A_367/2012 vom 10. Oktober 2012 und Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2012 vom 10. Oktober 2012

Das Bundesgericht entschied, ein Genfer Kino habe einem Rollstuhlfahrer den Zutritt zum Filmsaal rechtmässig verweigert. Das Kino hatte geltend gemacht, im Falle einer Evakuation des Saals könnte die Sicherheit des Rollstuhlfahrers beeinträchtigt werden. Der Entscheid hält fest, es liege keine Diskriminierung im Sinne des Behindertengleichstellungsgesetzes vor, weil die Verweigerung auf zulässigen Motiven beruhe. Damit verkürzt das Gericht den Diskriminierungsbegriff des Gesetzes erheblich. Würde man in Zukunft dieser Argumentation folgen, dürfte Rollstuhlfahrern der Zugang zu Dienstleistungen Privater und dadurch ihre autonome Teilhabe am gesellschaftlichen Leben in weitem Masse verwehrt bleiben.

Rechtsgebiet(e): Gleichheit aller Menschen; EMRK; Urteilsbesprechungen

Editions Weblaw

Zitiervorschlag: Markus Schefer / Caroline Hess-Klein, Zum Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch private Dienstleistungsanbieter, in: Jusletter 25. Februar 2013

Inhaltsübersicht

1. Sachverhalt
2. Erwägungen des Bundesgerichts
3. Bemerkungen
 - 31 Prozessualer Hinweis
 - 32 Zum Begriff der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG
 - 32.1 Das Bundesgericht und die Botschaft zum BehiG
 - 32.2 Konsequenzen der bundesgerichtlichen Erwägungen
 - 32.3 Hinweise auf die U.S.-amerikanische und die EGMR-Praxis
4. Schluss

1. Sachverhalt

[Rz 1] Der Paraplegiker M. kann sich seit 20 Jahren nur mit dem Rollstuhl fortbewegen. Er wollte sich am 4. Oktober 2008 in einem Genfer Kino einen Film anschauen. Das Kino weigerte sich jedoch, ihm eine Eintrittskarte zu verkaufen und ihm Zugang zum Filmsaal zu gewähren. Es begründete dies damit, dass der Filmsaal nur über Stufen zugänglich und deshalb eine notfallmässige Evakuierung von M. etwa im Falle eines Brandes nicht gewährleistet sei. M. verlangte von der Kinobetreiberin nicht, dass sie ihm Hilfestellung beim Erklimmen der Stufen leisten sollte; dafür hätte er sich an andere Menschen im Publikum gewandt.

[Rz 2] M. klagte gegen die Kinobetreiberin vor dem Zivilgericht Genf gestützt auf Art. 6 BehiG. Diese Bestimmung verbietet Privaten, welche Dienstleistungen öffentlich anbieten, Menschen auf Grund ihrer Behinderung zu diskriminieren. Das Zivilgericht und auf Beschwerde hin die Zivilabteilung der Cour de Justice des Kantons Genf wiesen die Klage ab. M. erhebt gegen dieses Urteil Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72ff. BGG an das Bundesgericht, eventualiter eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113ff. BGG.

[Rz 3] Gestützt auf das Verbandsklagerecht nach Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG, wonach gewisse Organisationen in Zivilverfahren Klage erheben und Beschwerde zur Feststellung einer Diskriminierung nach Art. 6 BehiG führen können, reichte «Integration Handicap» ebenfalls Klage vor Zivilgericht ein, erhob Berufung bei der Cour de Justice und Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. «Integration Handicap» ist ein Verein nach Art. 60ff. ZGB von gesamtschweizerischer Bedeutung, der sich für die Rechte von Menschen mit Behinderung einsetzt¹.

2. Erwägungen des Bundesgerichts

[Rz 4] Das Bundesgericht lässt offen, ob die Beschwerde von M. als Beschwerde in Zivilsachen oder als subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu beurteilen ist, oder ob überhaupt darauf eingetreten werden kann, da sie in jedem Fall materiell

abzuweisen sei². Auf die Beschwerde in Zivilsachen von «Integration Handicap» dagegen tritt das Gericht ein.³

[Rz 5] Das Bundesgericht hält in materieller Hinsicht in Übereinstimmung mit den Materialien zu Art. 6 BehiG fest, dass diese Bestimmung private Anbieter öffentlich zugänglicher Dienstleistungen nicht verpflichtet, aktiv Massnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderung zu ermöglichen, ihre Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können. Die Beschwerdeführer hatten auch keinen entsprechenden Antrag gestellt.

[Rz 6] Von entscheidender Bedeutung sind die Ausführungen des Gerichts zur Frage, ob im vorliegenden Fall eine Diskriminierung nach Art. 6 BehiG vorliegt. Es knüpft dabei an die Begriffsumschreibung an, wie sie der Bundesrat in seiner Botschaft⁴ dargelegt hatte. Danach stellt eine Diskriminierung «eine qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende und meist auch herabwürdigende Behandlung» dar. Das Verbot bezwecke,

«segregierendem Verhalten von Dienstleistungsanbietern» entgegenzutreten; es wende sich gegen «besonders stossendes Verhalten, das jene Toleranz, die sich Mitglieder unserer Gesellschaft gegenseitig schuldig sind, vermissen lässt». Der Bundesrat konkretisiert den Begriff der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG in Art. 2 lit. d BehiV dahingehend, dass er verbiete, «Behinderte besonders krass unterschiedlich oder benachteiligend zu behandeln mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen.»

[Rz 7] Vor diesem Hintergrund führt das Bundesgericht aus, entscheidend für die Weigerung der Kinobetreiberin, M. eine Eintrittskarte zu verkaufen, seien Gründe der Sicherheit gewesen. Im Falle einer notfallmässigen Räumung des Kinosaals bestünden für einen Menschen im Rollstuhl besondere Sicherheitsrisiken. Diese würden sich dadurch verschärfen, dass in einem Kinosaal viele Menschen anwesend sein könnten und dadurch ein Gedränge und Rempeleien entstünden. Zudem könnte sich die Kinobetreiberin im Falle von Verletzungen oder gar des Todes eines Menschen mit Behinderung Vorwürfen von Seiten dessen Angehöriger ausgesetzt sehen, auch wenn keine Haftung bestehen sollte. Die Motive der Kinobetreiberin seien deshalb verständlich und erschienen nicht als besonders schockierend oder intolerant. Die Verweigerung des Zutritts sei nicht vom Willen getragen, Menschen mit Behinderung auszuschliessen. Dies zeige sich auch etwa darin, dass die Kinobetreiberin in anderen ihrer Kinos, die rollstuhlgängig ausgestaltet sind, auch gehbehinderten Menschen den Eintritt gewähre.

[Rz 8] Anschliessend fragt das Gericht, ob das *verfassungsrechtliche* Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nach Art. 8 Abs. 2 BV im vorliegenden Fall verletzt

¹ Dr. Caroline Hess Klein ist Leiterin der Fachstelle Égalité Handicap (www.egalite-handicap.ch) und arbeitsrechtlich bei Integration Handicap angestellt.

² Urteil 4A_369/2012 vom 10. Oktober 2012 E.1.1.

³ BGE 4A_367/2012 vom 10. Oktober 2012 E.1.

⁴ BBl 2001 1715, S. 1780.

wurde. Dabei geht es um die Horizontalwirkung dieses Grundrechts. Das Bundesgericht hält dazu fest, die Frage nach der Tragweite grundrechtlicher Schutzpflicht sei gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts. In dieser Charakterisierung seiner früheren Rechtsprechung fehlt jedoch die wichtige, in der bisherigen Praxis gemachte Relativierung, dass die verfassungs- und gesetzesrechtlichen Fragestellungen nur «in der Regel» gleichbedeutend seien⁵. Weil das Verbot der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG ausdrücklich den Zweck verfolge, das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot in Horizontalverhältnissen zur Anwendung zu bringen, könne diesbezüglich auf die Ausführungen zu dieser Gesetzesbestimmung verwiesen werden.

[Rz 9] In der nachfolgenden Erwägung prüft das Bundesgericht, ob sich aus Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK eine weiterreichende Verpflichtung der Schweiz ergebe, Diskriminierungen von Menschen mit Behinderung in Horizontalverhältnissen zu verbieten. Gestützt auf die Entscheide des EGMR *Botta gegen Italien*⁶ und *Zehnalová gegen Tschechische Republik*⁷ verneint das Bundesgericht diese Frage.

3. Bemerkungen

3.1 Prozessualer Hinweis

[Rz 10] In prozessualer Hinsicht lässt das Bundesgericht – wie dargestellt – die Frage des Eintretens auf die Beschwerde von M. offen, sowohl was die Beschwerde in Zivilsachen als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde betrifft. Damit bleibt insbesondere ungeklärt, ob die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf Klagen nach Art. 6 BehiG Anwendung findet. Da im Falle einer Diskriminierung nach Art. 6 BehiG der Kläger eine «Entschädigung» von maximal Fr. 5000.– verlangen kann (Art. 8 Abs. 3 BehiG), könnten die betroffenen Menschen mit Behinderung in solchen Fällen nie eine Beschwerde in Zivilsachen erheben. Das Bundesgericht könnte damit nicht auf Individualbeschwerde hin prüfen, ob das BehiG im Bereich privater Dienstleistungen richtig angewandt wird, sondern lediglich, ob das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV verletzt wird (siehe Art. 116 BGG).

[Rz 11] Die Streitwertgrenze findet nur auf vermögensrechtliche Streitigkeiten Anwendung⁸. Eine Beschwerde ist dann vermögensrechtlicher Natur, wenn mit ihr überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (a.a.O. Rz. 12). Die «Entschädigung» nach Art. 8 Abs. 3 BehiG im Falle der

Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 6 BehiG bezweckt nicht primär, den Beschwerdeführer finanziell besser zu stellen; insbesondere stellt sie keinen Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch dar. Diese bleiben im Rahmen von Art. 41 OR und Art. 28 ZGB weiterhin bestehen. Bei der Entschädigung nach Art. 8 Abs. 3 BehiG überwiegt das ideelle Interesse des Beschwerdeführers (vgl. auch a.a.O. Rz. 17), nicht diskriminiert zu werden. Im Vordergrund steht entsprechend, die Dienstleistungsanbieter dazu anzuhalten, Menschen mit Behinderung nicht zu diskriminieren und Art. 6 BehiG nicht zu verletzen. In diesem Sinne wurde von Seiten der Bundesverwaltung in den Kommissionsberatungen der Eidgenössischen Räte darauf hingewiesen, dass die «Entschädigung» eine starke Präventivwirkung entfalten und dazu führen werde, dass Diskriminierungen unterlassen werden. Zudem verfolgt die «Entschädigung» auch einen gewissen pönalen Zweck. Nach hier vertretener Ansicht kommt deshalb die Streitwertgrenze nach Art. 74 BGG auf Beschwerden wegen Verletzung von Art. 6 BehiG nicht zur Anwendung, da die dabei eingeklagte «Entschädigung» von maximal Fr. 5000.– nach Art. 8 Abs. 3 BehiG nicht primär vermögensrechtlicher Natur ist.

3.2 Zum Begriff der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG

321 Das Bundesgericht und die Botschaft zum BehiG

[Rz 12] In materieller Hinsicht steht der Begriff der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG im Zentrum. Der vorliegende Entscheid ist der erste, in dem sich das Bundesgericht zu dieser Frage äussert. Das Gericht legt den Begriff – wie die Botschaft des Bundesrates – in einem sehr engen Sinne aus und beschränkt ihn auf jene Schlechterstellungen, die im konkreten Fall besonders stossend erscheinen, weil sie aus Intoleranz oder einem anderen Motiv des Ausschlusses oder gar der Herabwürdigung von Menschen mit Behinderung erfolgen. Schlechterstellungen von Menschen mit Behinderung, die nicht einem derartigen Motiv entspringen, stellen nach diesem Verständnis keine Diskriminierungen dar.

[Rz 13] Nach diesem Konzept wären damit die Auswirkungen einer Schlechterstellung auf die davon Betroffenen nicht von Bedeutung; relevant sollen einzig die Motive sein. Dies illustriert die Botschaft mit dem Beispiel, dass die Weigerung eines Restaurants, einen Menschen mit Behinderung zu bewirten, nur dann eine Diskriminierung darstellt, wenn sich der Betroffene «schicklich benimmt und ... nicht andere Gäste stört»⁹. E contrario liegt nach diesem Verständnis dann keine Diskriminierung vor, wenn sich gewisse Gäste etwa von der Anwesenheit eines geistig behinderten Menschen, der eine gewisse Störung der ansonsten ruhigen Atmosphäre verursacht, in ihrem Wohlbefinden beeinträchtigt fühlen und ihm

⁵ Siehe etwa BGE 126 II 300 E.5c S. 315.

⁶ 21439/93 [1998].

⁷ 38621/97 [2002].

⁸ Dazu etwa Beat Rudin, in: Niggli/Uebersax/ Wprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 51, Rz. 8.

⁹ BBl 2001 1715, S. 1780.

der Wirt aus diesem Grund – und nicht weil er Menschen mit Behinderung gegenüber schlecht gesinnt ist – den Zugang verweigert.

[Rz 14] Die Botschaft versucht, den Diskriminierungsbegriff diesbezüglich etwas auszudehnen, indem sie die betroffenen Nicht-Behinderten zu einer gewissen Toleranz verpflichtet¹⁰. Unklar bleibt zunächst, ob diese Verpflichtung allein den Dienstleistungsanbieter trifft, oder auch etwa Dritte – im obigen Beispiel die Gäste eines Restaurants. So kann es für den Wirt aus rein ökonomischen Gründen vorteilhaft sein, einen behinderten Gast abzuweisen, um damit zu verhindern, dass andere – zu wenig tolerante – Gäste seinem Lokal fern bleiben. Beschränkt man in diesem Sinn das Gebot der Toleranz auf den Anbieter der Dienstleistungen, bleibt Art. 6 BehiG wirkungslos gegenüber gesellschaftlichen Vorurteilen und Stereotypen; das Gesetz würde sie sich im Ergebnis vielmehr zu eigen machen und damit in gewissem Sinne legalisieren. Das Toleranzgebot muss aus unserer Sicht deshalb jedenfalls auch auf jene Menschen ausgedehnt werden, welche den Dienstleistungsanbieter dazu motivieren, Menschen mit Behinderung schlechter zu stellen – im erwähnten Beispiel auch auf die Gäste.

[Rz 15] Die Ausdehnung des Diskriminierungsbegriffs durch das Erfordernis einer gewissen Toleranz vermag jedoch nicht alle Konstellationen zu erfassen, in denen eine besonders «krasse» Benachteiligung vorliegt, die nach dem Willen des Gesetzgebers als Diskriminierung von Art. 6 BehiG verboten wird. Der vorliegend besprochene Bundesgerichtsentscheid macht dies deutlich. Weder die Kinobetreiberin noch die anderen Kinobesucher (soweit dies bekannt ist) handelten im konkreten Fall aufgrund einer illegitimen Motivation oder verhielten sich besonders intolerant. Die Sicherheitsbedenken erscheinen diesbezüglich neutral, nicht als Ausdruck stereotyper Vorurteile den Menschen mit Behinderung gegenüber. Blickt man jedoch auf die *Folgen* dieser Praxis, zeigt sich, dass die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung erheblich, in der Terminologie der Botschaft und von Art. 2 lit. d BehiV, «besonders krass» ist.

322 Konsequenzen der bundesgerichtlichen Erwägungen

[Rz 16] Eine Folge der hier diskutierten bundesgerichtlichen Argumentation wäre etwa, dass Menschen im Rollstuhl generell der Zugang zu den oberen Stockwerken von Gebäuden mit grossem Publikumsverkehr verweigert werden dürfte. Beispielhaft würden darunter etwa mehrstöckige Warenhäuser, gewisse Bürogebäude, Wohnhäuser u.a. fallen. Die Begründung des Bundesgerichts würde einen solchen Ausschluss sogar dann zulassen, wenn die oberen Stockwerke mit einem behindertengerechten Lift ausgestattet wären, wie es von Art. 3 lit. a, c und d BehiG in gewissen

Situationen gefordert wird. Denn ein Lift kann im Allgemeinen im Falle eines Brandes nicht benützt werden, so dass sich die Sicherheitsprobleme in gleicher Weise stellen wie im vorliegenden Kino-Fall: Im Rahmen einer notfallmässigen Evakuation eines mehrstöckigen Warenhauses, in dem sich etwa an einem Samstagnachmittag eine grosse Zahl von Kunden aufhält, wäre mit Gedränge und Rempelen zu rechnen. Dadurch würde für Menschen mit einer Gehbehinderung ein gewisses Sicherheitsrisiko entstehen.

[Rz 17] Der bundesgerichtliche Ansatz würde die gleichberechtigte Teilnahme von Menschen mit Behinderung am gesellschaftlichen Leben weitgehend verunmöglichen. Eine selbstbestimmte Lebensführung wäre nicht einmal in Ansätzen gewährleistet. Diese Konsequenz kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Wenn das BehiG private Eigentümer öffentlich zugänglicher Gebäude, gewisser Wohnhäuser und grösserer Gebäude mit Arbeitsplätzen dazu verpflichtet, bauliche Massnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderung den Zugang zu ermöglichen, kann nicht angenommen werden, dass er den Eigentümern das Recht belassen wollte, aus Sicherheitsgründen Menschen mit Behinderung von diesen Orten auszuschliessen.

[Rz 18] Die Beschränkung des Diskriminierungsbegriffs auf jene Ausschlüsse von Menschen mit Behinderung, die von einer stossenden Motivation getragen werden, greift angesichts dieser Folgen zu kurz. Unabhängig von der *Motivation* einer Schlechterstellung sind deshalb auch ihre *Konsequenzen* für Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen. Es ist in Betracht zu ziehen, wie intensiv sie sich auf Menschen mit Behinderung auswirkt, sie etwa in ihrer selbstbestimmten Lebensführung oder in ihrer Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt. Aus diesem Grund konkretisiert Art. 2 lit. d BehiG den Begriff der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG dahingehend, dass er nicht nur jene Benachteiligungen erfasst, die zum *Ziel* haben, Menschen mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen, sondern auch jene, welche diese *Folge* haben.

323 Hinweise auf die U.S.-amerikanische und die EGMR-Praxis

[Rz 19] Die Einsicht, dass eine Diskriminierung nicht nur dann vorliegen kann, wenn die fragliche Benachteiligung von einer illegitimen Motivation getragen wird, sondern auch die Auswirkungen auf die Betroffenen berücksichtigt werden müssen, beschränkt sich nicht auf den Diskriminierungsbegriff von Art. 6 BehiG, sondern hat sich in langer praktischer und wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit dem Begriff der Diskriminierung etwa in den U.S.-amerikanischen Bürgerrechtsgesetzen herauskristallisiert¹¹.

¹⁰ BBI 2001 1715, S. 1780.

¹¹ Siehe dazu Charles F. Abernathy, *Civil Rights and Constitutional Litigation*, 5th ed. St. Paul MN 2012, S. 608–625 mit dem zentralen U.S.-amerikanischen Fallrecht.

[Rz 20] Auch im Rahmen des Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK (im vorliegenden Fall in Verbindung mit Art. 8 EMRK) darf nicht einzig auf die Motivation abgestellt werden. So hält der Gerichtshof in konstanter Praxis fest, es sei auf die «aims and effects» der Benachteiligung abzustellen¹². Diesen Ansatz beschränkt der EGMR nicht auf jene Diskriminierungen, die unmittelbar vom Staat ausgehen, sondern folgt ihm auch dort, wo Handlungen unter Privaten in Frage stehen. Illustrativ dafür ist der EGMR-Entscheid *Pla and Puncernau v. Andorra*, 69498/01 (2004). Der Gerichtshof beurteilte die Vereinbarkeit der Auslegung eines Testaments durch die andorranischen Gerichte mit Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Danach wurde der Beklagte nicht als testamentarischer Erbe anerkannt, weil sein Vater der Adoptivsohn des Bedachten und nicht dessen leiblicher Nachkomme war. Es handelte sich damit um eine Angelegenheit zwischen Privaten (den Klägern und Beklagten in einer Erbschaftsstreitigkeit), analog zum vorliegend diskutierten Kino-Fall. Der Gerichtshof hält fest, eine Ungleichbehandlung («distinction») sei dann diskriminierend, wenn sie keiner objektiven und vernünftigen Rechtfertigung zugänglich sei (Ziff. 61). Die Motivation hinter der Ungleichbehandlung untersucht er nicht. Er weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, die Auslegung des Testaments durch den andorranischen High Court habe «the effect of depriving the first applicant of his right to inherit» (Ziff. 60, kursiv hinzugefügt). In diesen *Auswirkungen* lag im vorliegenden Fall die Ungleichbehandlung des Adoptivsohns gegenüber leiblichen Nachkommen. Diese Ungleichbehandlung qualifiziert der Gerichtshof als Diskriminierung, weil die erforderliche Rechtfertigung fehlte. Die Motivation dahinter ist ohne Bedeutung.

[Rz 21] Das Bundesgericht setzt sich mit dieser Rechtsprechung nicht auseinander. Vielmehr hält es insbesondere unter Hinweis auf das oben erwähnte EGMR-Urteil *Zehnaová* fest, der Strassburger Gerichtshof verlange bei Diskriminierungen in Privatverhältnissen eine intensivere Beeinträchtigung des Privatlebens als in Verhältnissen zwischen Staat und Einzelnem (E.4.2). Diese Erkenntnis ergibt sich zwanglos aus der bisherigen Praxis des EGMR zu den grundrechtlichen Schutzpflichten; sie trägt aber die bundesgerichtliche Schlussfolgerung nicht, dass die Beschränkung der Diskriminierung in Privatverhältnissen auf Ungleichbehandlungen, die auf unzulässigen Motiven beruhen, mit Art. 14 EMRK vereinbar seien.

4. Schluss

[Rz 22] Schlechterstellungen, die nicht auf illegitimen Motivationen beruhen, müssen deshalb auch dann vom Verbot der Diskriminierung nach Art. 6 BehiG erfasst werden, wenn sie in ihren Konsequenzen die Menschen mit Behinderung in ihrer Persönlichkeit mit einer gewissen Intensität treffen. Eine

verbotene Diskriminierung liegt in dieser Situation aber nur dann vor, wenn die Schlechterstellung nicht durch überwiegende, nicht stereotypisierende Gründe gerechtfertigt werden kann; zudem ist die Schlechterstellung nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit erlaubt. Dabei sind sowohl die Auswirkungen auf den konkret betroffenen Menschen mit Behinderung als auch auf die in Frage stehende Personen-Gruppe insgesamt zu berücksichtigen.

[Rz 23] Im vorliegend diskutierten Entscheid gibt das Bundesgericht den Interessen an der Sicherheit der Menschen mit Behinderung im Ergebnis generell den Vorrang, ohne die erforderliche Güterabwägung vorzunehmen. Dies erscheint mit einem richtigen Verständnis von Art. 6 BehiG nicht vereinbar. Zudem kommt darin ein gewisser Paternalismus gegenüber Menschen mit Behinderung zum Ausdruck: Das Bundesgericht entscheidet an ihrer Stelle, dass ihre Sicherheit wichtiger ist als die Möglichkeit, Zugang zum fraglichen Kino zu haben. Dies erscheint insbesondere deshalb als problematisch, als es ein gewichtiges Ziel des BehiG ist, Menschen mit Behinderung die selbständige, d.h. auch selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen (siehe Art. 1 Abs. 2 BehiG). Das BehiG möchte gerade die Entscheidungsfreiheit des betroffenen Menschen mit Behinderung schützen; das Bundesgericht dagegen verwehrt ihm diese Entscheidung und fällt sie an seiner Stelle.

[Rz 24] Der Gesetzgeber wollte mit der Verankerung des Diskriminierungsverbots in Art. 6 BehiG das entsprechende grundrechtliche Verbot nach Art. 8 Abs. 2 BV übernehmen¹³. Mit der Beschränkung auf Schlechterstellungen, die im konkreten Einzelfall von einer stossenden Motivation getragen sind, verkürzt das Bundesgericht im vorliegend diskutierten Entscheid das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot erheblich¹⁴. Dies könnte allenfalls dem Gedanken entspringen, dass Art. 6 BehiG auf Verhältnisse unter Privaten Anwendung findet, der Diskriminierungsbegriff in der Bundesverfassung jedoch für die Verhältnisse zwischen Privaten und Staat entwickelt wurde. Die obigen Ausführungen sollten jedoch plausibel gemacht haben, dass die strenge Beschränkung auf eine unzulässige Motivation unter Ausserachtlassung der Folgen für die Menschen mit Behinderung den Diskriminierungsbegriff auch in Privatverhältnissen zu eng versteht und deshalb zu Ergebnissen führt, die dem Ziel des BehiG – und der am 19. Dezember 2012 vom Bundesrat zuhanden der Bundesversammlung verabschiedeten UNO-Behindertenrechtskonvention – diametral widersprechen.

[Rz 25] Der vorliegend diskutierte Bundesgerichtsentscheid ist für den Zugang von Rollstuhlfahrern zu Genfer Kinos allerdings nur noch von beschränkter Bedeutung. Zwei Tage

¹³ Siehe die Erläuterungen zur BehiV, S. 2, einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/behinderte/er-laeut-behiv-d.pdf>.

¹⁴ Dazu Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. Bern 2008, S. 687ff.

¹² Siehe etwa *Glor v. Switzerland*, 13444/04 [2009] Ziff. 72 mw.H.

nachdem das Urteil gefällt worden war, am 12. Oktober 2012, nahmen die Genfer Stimmberechtigten die neue Genfer Kantonsverfassung an. Sie wird auf den 1. Juni 2013 in Kraft treten. Unter dem Titel «Grundrechte» hält Art. 16 Abs. 1 KV/GE nun fest: «L'accès des personnes handicapées aux bâtiments, installations et équipements, ainsi qu'aux prestations destinées au public, est garanti». Darunter fallen insbesondere auch Gebäude und Dienstleistungen Privater. Diese Bestimmung geht erheblich weiter als das BehiG. So ist privaten Dienstleistungserbringern nicht nur verboten, Menschen mit Behinderung ohne überwiegende Gründe von ihren Angeboten auszuschliessen, sondern sie sind darüber hinaus auch verpflichtet, im Rahmen der Verhältnismässigkeit gewisse Anpassungsmassnahmen zu ergreifen (die Materialien dazu sind noch nicht publiziert). Eine analoge Regelung kennt die Kantonsverfassung von Basel-Stadt in § 8 Abs. 3¹⁵.

Prof. Dr. iur. Markus Schefer ist Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

Dr. iur. Caroline Hess-Klein ist Leiterin der Fachstelle Égalité Handicap, Bern.

¹⁵ Dazu Markus Schefer/Andrea Aeschlimann, Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 100ff.