

HANDICAP UND RECHT

03 / 2021 (29.03.2021)

Ausnahmslose Maskentragpflicht verstösst gegen das Behindertengleichstellungsrecht

Eine Abteilung des Kinderspitals Zürich hat sich geweigert, bei einem 14jährigen Jungen mit Asperger-Syndrom ohne Hygienemaske eine Untersuchung durchzuführen. Dies, obwohl der Junge über ein Attest verfügt, das ihn von der Maskentragpflicht befreit. Der Grund: Das Schutzkonzept des Kinderspitals Zürich sieht keine Ausnahmen von der Maskentragpflicht vor. Dies verstösst gegen das Behindertengleichstellungsrecht. Eine erfolgreiche Intervention von Inclusion Handicap hat nun zu einer Anpassung des Schutzkonzepts geführt.

Schutzkonzepte von Veranstaltungen und öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben wie z.B. Läden, Restaurants oder Universitäten, sehen häufig keine Ausnahmen von der Maskentragpflicht vor. Es gibt jedoch Menschen, die aus gesundheitlichen oder aus behinderungsbedingten Gründen keine Gesichtsmasken tragen können. Ihnen den Zugang zu diesen Veranstaltungen, Einrichtungen und Betrieben deswegen zu verwehren, verstösst gegen das Behindertengleichstellungsrecht.

Sachverhalt

Auch das Schutzkonzept des Kinderspitals Zürich sah bislang keine Ausnahmen von der Maskentragpflicht vor. Dies führte dazu, dass einem 14jährigen Jungen, der aufgrund seines Asperger-Syndroms keine Gesichtsmaske tragen kann, anlässlich eines Termins für mehrere Verlaufskontrollen in einer Abteilung des Kinderspitals Zürich

eine Untersuchung verweigert wurde. Weder wurde das Attest konsultiert, das den Maskendispens des Jungen nachwies, noch nach möglichen Alternativen gesucht.

Anwendbares Recht

Nach Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV; SR 101) darf niemand aufgrund einer Behinderung diskriminiert werden. Das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG; SR 151.3) konkretisiert dieses verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot. Anbietern öffentlich zugänglicher Dienstleistungen ist es verboten, Menschen aufgrund ihrer Behinderung zu diskriminieren. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn Menschen mit Behinderungen die Inanspruchnahme einer Dienstleistung erschwert oder verweigert wird und sie dadurch ausgegrenzt werden, ohne dass dies durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden könnte. Auch die seit 15. Mai 2014 in der Schweiz in Kraft

stehende UNO-Behindertenrechtskonvention ([BRK; SR 0.109](#)) sieht das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Zugang zu allen der Öffentlichkeit offenstehenden Diensten ([Art. 9 Abs. 1](#)) und insbesondere auch zu Gesundheitsdiensten ([Art. 25](#)) vor.

Die Ursache, dass keine Gesichtsmaske getragen werden kann, liegt oft in einer Behinderung im Sinne von [Art. 2 Abs. 1 BehiG](#) begründet. Ohne Ausnahmen von der Maskentragpflicht werden Menschen mit Behinderungen überproportional vom Zugang zu Veranstaltungen sowie öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben ausgeschlossen und entsprechend ausgegrenzt (indirekte Diskriminierung). Aus [Art. 8 Abs. 2 BV](#), dem BehiG und der BRK folgt daher die Pflicht, Ausnahmen von der Maskentragpflicht vorzusehen.

Entsprechend sieht auch die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie ([Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26](#)) ausdrücklich Ausnahmen von der Maskentragpflicht zugunsten von Personen vor, die nachweisen können, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können. Für den Nachweis medizinischer Gründe ist ein Attest einer Fachperson erforderlich, die nach dem Medizinalberufegesetz ([MedBG; SR 811.11](#)) oder dem Psychologieberufegesetz ([PsyG; SR 935.81](#)) zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung befugt ist.

In Bezug auf die obligatorischen Schutzkonzepte für Veranstaltungen und öffentlich zugängliche Einrichtungen und Betriebe, worunter auch Spitäler und Bildungseinrichtungen fallen, hält die Covid-19-Verordnung besondere Lage Folgendes fest: Die

Schutzkonzepte müssen Massnahmen vorsehen, welche die Einhaltung der Maskentragpflicht gewährleisten ([Art. 4 Abs. 2 Bst. b](#)). Sind Personen anwesend, die von der Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske ausgenommen sind, so muss entweder der erforderliche Abstand eingehalten oder es müssen andere wirksame Schutzmassnahmen wie das Anbringen geeigneter Abschränkungen ergriffen werden. Ist dies aufgrund der Art der Aktivität oder wegen örtlicher Gegebenheiten nicht möglich, so muss die Erhebung von Kontaktdaten der anwesenden Personen vorgesehen werden ([Art 4 Abs. 2 Bst. d](#)).

Erfolgte Diskriminierung

Das Kinderspital Zürich hat einen öffentlichen Auftrag des Kantons Zürich und erbringt Dienstleistungen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. In diesem Bereich erfüllt es einen öffentlichen Auftrag, weshalb es Menschen mit Behinderungen bei der Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen nicht diskriminieren darf ([Art. 35 Abs. 2](#) i.V.m. [Art. 8 Abs. 2 BV](#)). Aber auch als privater Anbieter von öffentlich zugänglichen Dienstleistungen darf es Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund ihrer Behinderung diskriminieren ([Art. 6 BehiG](#)). Indem Personen, die aufgrund ihrer Behinderung keine Gesichtsmasken tragen können, von den Dienstleistungen des Kinderspitals Zürich ausgeschlossen werden, liegt jedoch eine solche Diskriminierung vor. Diese Diskriminierung wiegt umso schwerer, als sie diese Menschen mit Behinderungen aus dem existenziellen Bereich der Gesundheit ausgrenzt.

Dies lässt sich auch nicht mit dem Schutz der Gesundheit und der Sicherheit von Personal und anderen Personen qualifiziert rechtfertigen. Der Bundesrat sieht bei einem Maskendispens in der Covid-19-Verordnung besondere Lage explizit andere

Möglichkeiten vor, um das Ansteckungsrisiko möglichst gering zu halten. Gestützt auf die Covid-19-Verordnung besondere Lage ist das Kinderspital Zürich entsprechend verpflichtet, bei Anwesenheit von Personen, die einen Maskendispens nachweisen können, alternative Schutzmassnahmen zu treffen. Ein Ausschluss dieser Personen bzw. eine Verweigerung der Dienstleistungen ihnen gegenüber ist weder vorgesehen noch zulässig.

Eine ausnahmslose Maskentragpflicht hält somit weder vor dem Diskriminierungsverbot von [Art. 8 Abs. 2 BV](#), dem BehiG und der BRK noch vor der Covid-19-Verordnung besondere Lage stand.

Erfolgreiche Intervention

In einem Schreiben hat Inclusion Handicap das Kinderspital Zürich auf die genannten Bestimmungen und die erfolgte Diskriminierung aufmerksam gemacht. In seinem Antwortschreiben bedauert das Kinderspital Zürich den Vorfall. Es nimmt ihn zum Anlass, sein Schutzkonzept zu modifizieren. Bei Vorweisen eines Attests wird ab sofort das Hygieneteam informiert und beigezogen, das Attest geprüft und bei berechtigtem Maskendispens gemeinsam eine räumliche und organisatorische Situation geschaffen, die eine Behandlung ohne Gesichtsmaske, aber natürlich ohne Gefährdung anderer PatientInnen und des Personals ermöglicht.

Impressum

Autor/in: Nuria Frei, Rechtsanwältin, Abteilung Gleichstellung Inclusion Handicap

Herausgeber: **Inclusion Handicap** | Mühlemattstrasse 14a | 3007 Bern

Tel.: 031 370 08 30 | info@inclusion-handicap.ch | www.inclusion-handicap.ch

Alle Ausgaben «Handicap und Recht»: [Chronologisches Archiv](#) | [Stichwortsuche](#)