



DIKE VERLAG AG
CH-8853 LACHEN



AJP/PJA 2005 S. 619-623

BUNDESGERICHT, II. ÖFFENTLICHE ABTEILUNG, URTEIL VOM 24.11.2004, (2P.190/2004) I.S. X. c. SCHULGEMEINDE C., SCHULGEMEINDEN NÄFELS UND MOLLIS, ERZIEHUNGSDIREKTION DES KANTON GLARUS UND VERWALTUNGSGERICHT DES KANTON GLARUS.

Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

Grundrechte.

(2) Behindertendiskriminierungsverbot und Sonderschulung.

Bemerkungen von PD Dr. iur. HARDY LANDOLT, LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

**** AJP/PJA 2005 Seite 619 ****

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Joël R., geb. 1996, ist seit der Geburt schwer körperlich behindert (spastische Cerebralparese, Tetraspastizität bei bilateraler Schizencephalie, Makrocephalie) und leidet an einem Entwicklungsrückstand. Im Oktober 2002 untersuchte das Kinderspital Zürich die Entwicklung von Joël, insbesondere im Hinblick auf seine schulische Förderung. Dabei stellte das Kinderspital Zürich fest, dass Joël bildungsfähig und ab Sommer 2003 schulreif sei. Die Eltern von Joël gingen davon aus, dass ihr Kind in die Einführungsklasse am Wohnort eingegliedert wird. In die Einführungsklasse werden im fraglichen Wohnsitzkanton intellektuell normalbegabte Kinder aufgenommen, die den Anforderungen der ersten Regelklasse noch nicht gewachsen sind.

Im Hinblick auf die Einschulung von Joël fand im Juni 2003 eine Besprechung statt, an der seine Eltern, die Schulbehörden, ein Schulpsychologe und der Kinderarzt teilnahmen. Der Schulrat Mollis und der Schulrat Näfels lehnten in der Folge eine Einschulung von Joël in die Einführungsklasse in Mollis ab; Joël bedürfe im Hinblick auf den Grad seiner Behinderung einer Sonderschulung. Die beiden hiergegen eingereichten Beschwerden und die Gesuche um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wiesen die Erziehungsdirektion des Kantons Glarus und das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus ab. Das Bundesgericht heisst die gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde hinsichtlich der verweigerten unentgeltlichen Rechtsverbeiständung gut, lehnt sie hinsichtlich der verweigerten Einschulung in die Einführungsklasse aber ab.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Verwaltungsgericht Glarus verweigerte die unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Art. 29 Abs. 3 BV), weil die Beschwerde zum Vornherein als aussichtslos erscheine. Das Bundesgericht erinnert an seine Praxis, wonach Prozessbegehren als aussichtslos anzusehen sind, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren. Dagegen ist ein Begehren nicht aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führte, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen zur Zeit, in der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird (Urteil BGer a.a.O. E. 7.1.2). Der Entscheid über die Einschulung in die Einführungsklasse, so das Bundesgericht weiter, war für den Beschwerdeführer als Behinderten von erheblicher Tragweite. Zudem stelle der vorliegende Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verschiedene Fragen, die nicht leicht zu beantworten seien und zu deren fachkundiger Geltendmachung der Beschwerdeführer eines Anwalts bedurfte (Urteil BGer a.a.O. E. 7.1.3). Da Joël aktenkundig bedürftig sei, gewährte das Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung und wies das Verwaltungsgericht Glarus an, über die unentgeltliche Rechtsverbeiständung neu zu befinden.

Hinsichtlich der verweigerten Einschulung in die Einführungsklasse wies das Bundesgericht in prozessualer Hinsicht auf die *eingeschränkte Kognition* hin. So könne das Bundesgericht nur einschreiten, wenn die

Feststellungen den Akten klar widersprechen oder die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar sei, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe, auf einem offenkundigen Versehen beruhe oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufe (Urteil BGer a.a.O. E. 2). In rechtlicher Hinsicht überprüfe das Bundesgericht die Auslegung kantonalen Rechts nur auf Willkür hin; frei überprüft werde jedoch, ob das kantonale Recht und seine Anwendung den verfassungsrechtlichen Garantien genügen (Urteil BGer a.a.O. E. 4). Mit diesem eingeschränkten "Blickwinkel" untersuchte das Bundesgericht im Anschluss, ob eine Verletzung des grundrechtlichen Anspruchs auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) in Verbindung mit dem Behindertendiskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) vorlag.

Zunächst erinnerten die Lausanner Richter in Erwägung 3.2 daran, dass die Anforderungen, die Art. 19 BV an den obligatorischen Grundschulunterricht stellt ("ausreichend"), den Kantonen bei der Regelung des Grundschulwesens einen erheblichen Gestaltungsspielraum belässt. Die Ausbildung muss für den Einzelnen angemessen und geeignet sein und genügen, um die Schüler auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten. Der Unterricht ist grundsätzlich am Wohnort der Schüler zu erteilen; die räumliche Distanz zwischen Wohn- und Schulort darf den Zweck der ausreichenden Grundschulausbildung nicht gefährden. Art. 19 BV verschafft einen *Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende, unentgeltliche Grundschulausbildung*

**** AJP/PJA 2005 Seite 620 ****

auch für Behinderte. Der Anspruch ist verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, welches die Chancengleichheit nicht mehr wahr, bzw. wenn das Kind Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten. Weiter wurde in Erwägung 3.3 festgehalten, schon unter der Geltung von Art. 27 Abs. 2 aBV sei anerkannt gewesen, dass Behinderten ein *Anspruch auf geeignete Sonderschulung* zukomme (VPB 56/1992 Nr. 38 S. 291). Diese Rechtsprechung gelte unter der neuen Bundesverfassung uneingeschränkt fort.

Entscheidend für die Erfassung des Behindertendiskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV), so das Bundesgericht in Erwägung 6.1.2 weiter, sei die Gefahr der Stigmatisierung und des gesellschaftlichen Ausschlusses wegen körperlicher oder geistiger Anormalität. Zwar muss eine behinderungsbedingte Ungleichbehandlung wie die Nichteinschulung in der Regelschule qualifiziert gerechtfertigt werden. Eine unterschiedliche Behandlung, die nicht zwingend eine Benachteiligung darstelle, sei mit Verfassung und Gesetz durchaus vereinbar. Massgebend sei dabei in erster Linie das Wohl des Kindes, wobei das effektiv Mögliche nicht ausser Acht gelassen werden dürfe (Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.2 f.). Mit dem Egalisierungsgebot (Art. 8 Abs. 4 BV) sei zwar die Benachteiligung behinderter Kinder grundsätzlich unvereinbar, nicht aber ihre unterschiedliche Behandlung - etwa im schulischen Bereich - schlechthin, soll doch jedes behinderte Kind seinen intellektuellen Fähigkeiten entsprechende Schulen besuchen können. Gemäss Botschaft zum Behindertengleichstellungsgesetz (Botschaft vom 11. Dezember 2000 zur Volksinitiative "Gleiche Rechte für Behinderte" und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen; BBl 2001 1715 ff., 1786) bleibe den Kantonen auch unter der Geltung von Art. 20 BehiG weiterhin - unter Wahrung der Interessen der behinderten Schüler - die Wahl zwischen integrierter Schulung in der Regelschule und der Sonderschulung.

Die *Sonderschulung* stelle *keinen Eingriff in das Recht des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit* dar, noch bestehe ein Anspruch, ohne Rücksicht auf die Fähigkeiten andere Schulen am Wohnort zu besuchen, wenn dort keine Sonderschulung möglich ist, die der konkreten Behinderung entspricht (Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.3). Indem das Verwaltungsgericht Glarus den zwar normal bildungsfähigen, aber sprachbehinderten und auf einen Rollstuhl angewiesenen Joël als nicht geeignet für die Einführungsklasse qualifiziert habe, habe es weder in tatsächlicher Hinsicht willkürlich gehandelt noch die Bundesverfassung verletzt. Als vergeblich wurde auch die gerügte Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) qualifiziert. Vorliegend sei nur zu entscheiden, ob Joël in die Einführungsklasse in Mollis einzuschulen sei, nicht aber, ob eine allfällige ausserkantonale Einschulung einen unverhältnismässigen Eingriff in das fragliche Grundrecht darstelle. Es sei auf Grund der Akten nicht ausgeschlossen, dass Joël in einer Glarner Sonderschule eingeschult werden könne (Urteil BGer a.a.O. E. 6. 2).

Bemerkungen:

Die Bundesverfassung enthält in Art. 8 Abs. 2 ein *allgemein anwendbares Diskriminierungsverbot*. Dieses untersagt staatlichen Behörden, Personen auf Grund bestimmter verpöner persönlicher Eigenschaften, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters oder einer Behinderung, zu diskriminieren. Das Bundesgericht hat das Diskriminierungsverbot - bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung - als Anwendungsfall des Ordre Public verstanden (vgl. Urteil BGer vom 10.11.2000 i.S.

Sadri Sener Insaat Sanayi Ve Ticaret A.S. (4P.99/2000) E. 3b/aa mit Hinweisen auf frühere Urteile).

Die Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV stellt eine im Vergleich zum Gleichbehandlungsgebot i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV *qualifizierte Ungleichbehandlung* dar. Was als "Diskriminierung" gewertet wird bzw. worin die qualifizierte Ungleichbehandlung liegt, hängt vom jeweiligen Diskriminierungsverständnis ab (dazu B. WALDMANN, 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). Es lassen sich drei Diskriminierungstheorien unterscheiden:

Nach der *Anknüpfungstheorie* liegt eine Diskriminierung dann vor, wenn der zu beurteilende Rechtsakt (Gesetzesnorm oder Urteil/Verfügung) an die in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten persönlichen Eigenschaften anknüpft, Gesetzgeber oder Richter also nicht "diskriminierungsblind" sind. Nach diesem Verständnis sind Massnahmen zu Gunsten diskriminierungsgeschützter Personengruppen (*affirmative action* bzw. umgekehrte Diskriminierung) nur zulässig, wenn es Verfassung bzw. Gesetz ausdrücklich vorsehen und die Begünstigung für nicht diskriminierungsgeschützte Personengruppen nicht unverhältnismässig ist. Das *Anknüpfungsverbot* begnügt sich mit diskriminierungsblinden Gesetzen und Urteilen. Welche faktischen Folgen diskriminierungsblinde Gesetze haben, ist unerheblich. Es spielt keine Rolle, ob die diskriminierungsgeschützten Personengruppen durch die diskriminierungsblinden Gesetze faktisch benachteiligt oder begünstigt werden.

Die *Benachteiligungstheorie* setzt an diesem Punkt an. Diskriminierung wird als eine *faktische Ungleichbehandlung* von diskriminierungsgeschützten Personengruppen im Vergleich zu nicht diskriminierungsgeschützten Personengruppen verstanden. Ob die fraglichen Rechtsnormen diskriminierungsblind sind oder nicht, ist unerheblich. Es kommt vielmehr darauf an, ob diese direkt bzw. indirekt bei diskriminierungsgeschützten Personengruppen zu einer faktischen Ungleichbehandlung führen.

**** AJP/PJA 2005 Seite 621 ****

Die *Herabwürdigungstheorie* geht einen Schritt weiter und versteht unter einer Diskriminierung nur eine *ausgrenzende oder herabwürdigende Behandlung* von diskriminierungsgeschützten Personengruppen, verlangt also eine qualifizierte faktische Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung.

Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist nicht absolut unzulässig, sondern begründet lediglich den "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung", die nach der Auffassung des Bundesgerichts "qualifiziert zu rechtfertigen" ist (so bereits BGE 126 II 377 E. 6a und ferner Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.2). Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot geht so über ein blosses Anknüpfungsverbot hinaus. Die Rechtsprechung von EVG und Bundesgericht - und das zu besprechende Urteil bestätigt diesen Befund - ist jedoch uneinheitlich, was die Frage anbelangt, ob Art. 8 Abs. 2 BV ein Benachteiligungs- oder ein Herabwürdigungsverbot beinhaltet.

Das EVG bezieht sich im Kontext mit der Auslegung des verfassungsmässigen Diskriminierungsbegriffs zwar auch auf die vom Bundesgericht verwendete Formel der Verhinderung von Ausgrenzung und Herabwürdigung (dazu nachfolgend), bejaht eine Diskriminierung aber - unter Hinweis auf die Materialien - bereits dann, wenn die ungleiche Leistungsordnung an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das die diskriminierte Gruppe definiert (BGE 126 V 70 E. 4c/bb mit Hinweis auf Amtl. Sten. Bull. 1998 (Separatdruck), 37 erste Spalte (Votum RHINOW, Berichterstatter)). Nicht erforderlich ist, dass das Vorenthalten von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen auf Grund einer in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Eigenschaft den Betroffenen ausgrenzt oder sogar herabwürdigt; es genügt, dass die an verpönte persönliche Eigenschaften anknüpfende Leistungsordnung nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann (BGE 126 V 70 E. 3c/cc). Im Ergebnis bekennt sich das EVG damit zur *Benachteiligungstheorie*. Eine Diskriminierung liegt seiner Auffassung nach immer dann vor, wenn die sozialversicherungsrechtliche Leistungsordnung Personen auf Grund der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien benachteiligt, ohne einer zwingenden Begründung zugänglich zu sein. Diese Praxis steht in enger Beziehung zum Verbot faktischer Grundrechtsverletzungen. Nach der neueren Rechtsprechung des EVG kann die sozialversicherungsrechtliche Leistungsgestaltung zu einer faktischen Grundrechtsverletzung führen. Eine solche setzt voraus, dass die Ablehnung von Versicherungsleistungen im Rahmen der Anwendung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungs- oder Sanktionsnormen die Ausübung von grundrechtlich geschützten Tätigkeiten erschwert oder verunmöglicht, mithin mit einer faktischen Ungleichbehandlung einhergeht (vgl. dazu BGE 126 V 70 E. 4c/aa-cc = ZBJV 2000, 513, BGE 121 V 8 E. 6b = AJP 1995, 1500 ff., BGE 118 V 206 E. 5b und c = EuGRZ 1993, 83 und BGE 113 V 31 E. 4d). Die *Benachteiligungstheorie* gelangt auch im Zusammenhang mit der Praxis des Bundesgerichts zum besonderen Geschlechterdiskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) zur Anwendung und liegt

ferner den Egalisierungsgeboten von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 (Gleichstellung von Mann und Frau) und Art. 8 Abs. 4 (Gleichstellung der Behinderten) zu Grunde. Bereits unter der Geltung von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 und 3 aBV hat das Bundesgericht bei der Beurteilung einer Ungleichbehandlung, insbesondere einer lohnmässigen Schlechterstellung von Frauen, betont, dass das verfassungsmässige Geschlechterdiskriminierungsverbot nicht nur ein direktes, sondern auch ein Verbot faktischer bzw. indirekter Benachteiligung beinhalte (siehe BGE 124 II 409 E. 7 und E. 9d sowie BGE 124 II 529 E. 5e/g). Die Praxis zum Lohn- bzw. Geschlechterdiskriminierungsverbot wurde schliesslich auf andere Bereiche übertragen, weshalb in neueren Entscheiden betont wird, Art. 8 Abs. 2 BV verbiete indirekte bzw. mittelbare Diskriminierungen ganz allgemein (z.B. BGE 129 I 217 E. 2.1 und 126 II 377 E. 6b/c). Eine indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (statt vieler BGE 129 I 217 E. 2.1). In den übrigen Fällen wendet das Bundesgericht jedoch die *Herabwürdigungstheorie* an: "Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine *Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist* (Hervorhebung des Verfassers), weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht." (BGE 126 II 377 E. 6a; siehe ferner BGE 129 I 232 E. 3.4.1, 129 I 217 E. 2.1, 126 II 377 E. 6a, Urteil BGer vom 30.11.2000 (2P.77/2000) E. 4b sowie BGE 123 IV 202 E. 4a (zu Art. 261^{bis} StGB) und bereits BGE 80 II 26 E. 5). Diese unterschiedliche Auslegung des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) verwirrt, weil nicht klar gemacht wird, was genau Diskriminierung ist - eine blosser Benachteiligung, die nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann, oder geradezu eine Verletzung der Menschenwürde? Wäre letzteres anzunehmen, stellt sich zudem ein Abgrenzungsproblem im Verhältnis zum Grundrecht auf Achtung der Menschenwürde (Art. 7 BV). Nach der Auffassung des Rezensenten sollte die Benachteiligungstheorie bei Art. 8 Abs. 2 BV zur Anwendung gelangen.

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall für die Auslegung des Behindertendiskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) die Herabwürdigungstheorie herangezogen (Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.2). Die Rechtsprechung zum Geschlechterdiskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 i.V. m. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) erachtet - wie erwähnt - eine faktische oder rechtliche Benachteiligung von Frauen als Diskriminierung. Da das Behindertendiskriminierungsverbot ebenfalls wie das Geschlechterdiskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV verankert ist, beide Diskriminierungsverbote zusätzlich mit besonderen Egalisierungsgeboten verfassungsrechtlich gestützt werden (siehe Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Art. 8 Abs. 4 BV) und zudem besondere Gleichstellungsgesetze bestehen (Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) einerseits und Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) andererseits), deren Fundament die Benachteiligungstheorie ist (siehe z.B. Art. 1 GIG:

**** AJP/PJA 2005 Seite 622 ****

"tatsächliche Gleichstellung" und Art. 2 BehiG), sollte für die beiden Bereiche dasselbe Diskriminierungsverständnis selbst dann gelten, wenn die Herabwürdigungstheorie für die übrigen Fälle von Art. 8 Abs. 2 BV herangezogen werden müsste.

Das Behindertengleichstellungsgesetz stützt diese These in Bezug auf den *öffentlichen Bereich*. Diesbezüglich gilt nach dem ausdrücklichen gesetzlichen Wortlaut das Benachteiligungsverbot (siehe 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."). Im *privaten Bereich* soll demgegenüber gemäss den Materialien das Herabwürdigungsverbot massgeblich sein. Die Botschaft 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., verlangt bei Art. 6 BehiG nämlich eine qualifizierte Benachteiligung i.S. einer Ausgrenzung oder Herabwürdigung ("qualifizierte, mithin offensichtliche oder besonders schockierende, die eine herabwürdigende Wirkung haben können" (BBl 2001, 1756) oder "qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende und meist auch herabwürdigende Behandlung von Menschen mit Behinderungen" (BBl 2001, 1780)). Das Herabwürdigungsverbot wird denn auch in Art. 2 lit. d BehiV festgeschrieben. Es ist an dieser Stelle nicht weiter der Frage nachzugehen, ob es Sinn macht, beim Behindertendiskriminierungsverbot im privaten Bereich die Herabwürdigungstheorie zu verwenden, während beim Geschlechterdiskriminierungsverbot auch im privaten Bereich die Benachteiligungstheorie gilt (siehe bereits Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV "Anspruch auf gleichen Lohn").

Die im vorliegenden Verfahren beantragte Einschulung in die Einführungsstufe (Regelschule) betraf in jedem Fall den *öffentlichen Bereich*. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb aus dem Behindertendiskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) nur ein Herabwürdigungs-, nicht aber ein Benachteiligungsverbot folgen soll. Dies würde dann Sinn machen, wenn das Behindertengleichstellungsgesetz einen weiter gehenden Schutz bieten bzw. auf einem anderen Diskriminierungsverständnis beruhen würde als das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot. Da der Verfassungsgeber in Bezug auf Behinderte ein Egalisierungsverbot vorsieht (Art. 8 Abs. 4 BV), kann es aber nicht sein, dass das Diskriminierungsverbot lediglich eine Herabwürdigung verbietet. Das gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BV verabschiedete Behindertengleichstellungsgesetz begnügt sich hinsichtlich der Grundschulung jedenfalls nicht mit einer Wiederholung des allgemeinen Benachteiligungsverbots, sondern konkretisiert dieses in Art. 20 BehiG wie folgt:

1 Die Kantone sorgen dafür, dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist.

2 Die Kantone fördern, soweit dies möglich ist und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule.

3 Insbesondere sorgen sie dafür, dass wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderte Kinder und Jugendliche und ihnen besonders nahe stehenden Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können.

In Absatz 1 wird *der verfassungsmässige Anspruch auf eine der Behinderung angepasste Grundschulung* verankert (Art. 19 i.V. m. Art. 8 Abs. 2 BV; dazu bereits Entscheid Bundesrat vom 14.08.1991 = VPB 56 (1992) Nr. 38 E. II/4). Insoweit besteht ein verfassungsmässiger Anspruch auf Sonderschulung (Urteil BGer a.a.O. E. 3.3). Die kantonalen Schulbehörden können deshalb die Einschulung von behinderten Kindern nicht mit dem Hinweis auf eine eingeschränkte Bildungsfähigkeit verweigern. Vorliegend war nicht der Anspruch auf Sonderschulung, sondern der Anspruch auf Regelschulung i.S.v. Art. 20 Abs. 2 BehiG strittig. Die Kardinalfrage lautet in diesem Zusammenhang: *Unter welchen Umständen liegt eine Sonderschulbedürftigkeit vor, die eine Einschulung in die Regelschule verunmöglicht?*

Das Bundesgericht geht im zu rezensierenden Urteil davon aus, dass bei Joël, der sprach- und gehbehindert, aber uneingeschränkt bildungsfähig ist, eine Sonderschulbedürftigkeit vorliegt und die Einschulung in die Sonderschule nicht nur keine Herabwürdigung (i.c. Stigmatisierung der "Sonderschüler"), sondern auch keine Benachteiligung, lediglich eine Ungleichbehandlung darstelle, die jedoch in seinem Interesse liege (Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.2 f.). Die bundesgerichtlichen Annahmen, dass (1) eine Sprach- und Gehbehinderung eine Sonderschulbedürftigkeit bzw. einer Nichteignung für eine Regeleinschulung darstelle sowie (2) die Sonderschulung lediglich eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung, aber weder eine Stigmatisierung noch eine Benachteiligung der Sonderschüler darstelle, sind nach der Meinung des Rezensenten nicht über alle Zweifel erhaben. Vor allem die erste Annahme steht im Gegensatz einerseits zum Förderungsauftrag von Art. 20 Abs. 2 BehiG und andererseits zu den Erfahrungen, die im In- und Ausland mit der Regelschulung behinderter Kinder gemacht worden sind (dazu Botschaft 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., 1750 f.). Wenn besagte Bestimmung des Behindertengleichstellungsgesetzes Sinn machen soll, muss sie so verstanden werden, dass *bildungsfähige* behinderte Kinder, wie Joël eines ist, in die Regelschule integriert werden. Die Einschränkungen der tatsächlichen Möglichkeit und des Kindeswohls sind restriktiv zu verstehen, wenn eine tatsächliche Gleichstellung von behinderten und nichtbehinderten Kindern, wie sie die Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV) fordert, erreicht werden will. In casu wurde die Sprach- und Körperbehinderung trotz Bildungsfähigkeit als Hinderungsgrund für eine Regeleinschulung qualifiziert.

**** AJP/PJA 2005 Seite 623 ****

Irritierend ist in diesem Zusammenhang, dass von den kantonalen Instanzen keine ergänzenden Abklärungen hinsichtlich des Ausmasses an heilpädagogischen Hilfestellungen gemacht wurden, die eine Regeleinschulung zur Folge gehabt hätte, obwohl das Kinderspital Zürich Joël eine normale Schulreife attestierte. Man begnügte sich mit einer Besprechung (supra Ziff. I). Die Bundesrichter sind einstimmig der Auffassung, dass eine solche Sachverhaltsfeststellung nicht willkürlich ist. Der Rezensent meint, dass die kantonalen Instanzen bzw. die Schulbehörde nähere Abklärungen hätten machen müssen.

Dass die Sonderschulung weder eine Stigmatisierung noch eine Benachteiligung der Sonderschüler, sondern eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung von behinderten Kindern darstelle, ist weniger einsichtig. Die Sonderschulung von "normal" bildungsfähigen behinderten Kindern stellt einen offensichtlichen Nachteil dar,

werden doch diese Kinder nicht nur in persönlicher, sondern auch in beruflicher Hinsicht benachteiligt. Welcher Arbeitgeber stellt schon einen Sonderschüler ein? Das Bundesgericht hat andernorts ja selbst festgehalten, dass der Entscheid über die Einschulung "von erheblicher Tragweite" sei (Urteil BGer a.a.O. E. 7.1.3). Die bundesgerichtliche Zurückhaltung mag, so spekuliert der Rezensent, mit dem Umstand zusammenhängen, dass an die Sonderschulung bildungsfähiger Kinder und Jugendlicher, denen infolge Invalidität der Besuch der Volksschule nicht möglich oder nicht zumutbar ist, Beiträge gewährt werden (Art. 19 Abs. 1 IVG). Die Sonderschulung stellt insoweit einen finanziellen "Vorteil" dar, der behinderten Kindern zuteil wird, wenn sie nicht in die Volksschule integriert werden. Von diesem Vorteil profitieren Eltern und Schulbehörden natürlich auch. Das altehrwürdige Invalidenversicherungsgesetz, das vor bald 50 Jahren in Kraft gesetzt wurde und dazu beitrug, dass behinderte Kindern die Schule gesamtschweizerisch unbekümmert um die finanziellen Verhältnisse ihrer Eltern besuchen konnten, erweist sich nunmehr als "pièce de resistance" bei der Umsetzung der Behindertengleichstellung. Ist der Volksschulbesuch möglich und zumutbar, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Sonderschulbeiträge; allfällige behinderungsbedingte Mehrkosten gehen zu Lasten der Eltern bzw. der Schulbehörden. Die IVV sieht in Art. 9 ff. zwar beim Besuch der Volksschule eine Entschädigung für Massnahmen pädagogisch-therapeutischer Art sowie von Transportkosten vor, eine Kostenübernahme für heilpädagogische Betreuung besteht jedoch nicht. Wer keine Kosten tragen will (Schulbehörde) bzw. kann (Eltern), neigt in Zweifelsfällen dazu, behinderte Kinder in die Sonderschule "abzuschieben". Der Kostenvorteil ist in Wahrheit aber ein finanzieller Nachteil. Die im Aussenverhältnis günstigere Sonderschule kostet auf Grund der staatlichen Subventionierung der Sonderschulen gesamthaft mehr.

Würde die Sonderschulung als Stigmatisierung oder Benachteiligung der behinderten Kinder qualifiziert, was sie würde, wenn Buben und Mädchen unterschiedliche Schulen besuchen müssten, hätte die sozialversicherungsrechtliche Förderung des dualen Schulsystems (in ihrer heutigen Form) keine Daseinsberechtigung mehr. An ihrer Stelle müsste ein Förderungssystem geschaffen werden, das *statt Subventionen individuelle Versicherungsleistungen* gewährt, mit denen behinderungsbedingte Mehrkosten bei der Grundschulung von behinderten Kindern abgegolten werden. Da Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 191 BV), darf man es den Lausanner Richtern nicht verargen, dass die Sonderschulung an sich nicht als Benachteiligung oder gar Diskriminierung qualifiziert wurde. Das höchste Gericht hätte sonst vorfrageweise das IVG, zwar nicht direkt, aber indirekt als verfassungswidrig bezeichnet. Die höchstrichterliche Zurückhaltung ändert freilich nichts daran, dass ein duales Schulsystem an sich - vor allem wenn bildungsfähige körperbehinderte Kinder, deren Körperbehinderung eine gewisse Schwere aufweist, aus Kostengründen aus der Volksschule ausgegrenzt werden - mit einer "Gefahr der Stigmatisierung und des gesellschaftlichen Ausschlusses wegen körperlicher oder geistiger Anormalität" (Urteil BGer a.a.O. E. 6.1.2) verbunden ist, die das Bundesgericht *expressis verbis* als Diskriminierung versteht. Man darf gespannt sein, wie sich die schulische Eingliederung der behinderten Kinder in Zukunft entwickelt. Leere Schulgemeindenkassen und die im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Finanzausgleichs erfolgte Kantonalisierung der Sonderschulsubventionen werden den Kostendruck sicher erhöhen. Ob dieser den Sonderschulen oder den behinderten Kindern schaden wird, wird sich zeigen.

Der Rezensent war der Vertreter des Beschwerdeführers, erlaubt sich aber trotz dieses Umstandes, das Urteil kritisch zu hinterfragen.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.