

Roman Schmidt

Die Bildung von Kindern mit Behinderungen

Der Anspruch auf inklusive Bildung in der Regelschule

Sowohl in der Politik als auch in der Praxis steht die integrative Schule heute vermehrt in der Kritik. Der Autor hat sich im Rahmen der Masterarbeit vertieft mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des ausreichenden Grundschulunterrichts von Kindern mit Behinderungen beschäftigt. Dieser Beitrag stellt die Erkenntnisse in leicht aktualisierter und gekürzter Version dar. Neben der Darlegung der relevanten grund- und menschenrechtlichen Ansprüche wird der Fokus auf die Prüfung eines generalisierbaren Anspruches auf Integration gelegt. Im letzten Abschnitt werden durch fünf abschliessende Thesen pragmatische Lösungsansätze aufgezeigt.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Menschenrechte, Grundrechte, Übriges Verfassungsrecht

Zitiervorschlag: Roman Schmidt, Die Bildung von Kindern mit Behinderungen, in: Jusletter
10. Februar 2025

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Kinder mit Behinderungen
 - 2.1. Legaldefinition
 - 2.2. Der besondere Bildungsbedarf und die schulisch relevante Behinderung
3. Der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht
 - 3.1. Der Kerngehalt: Diskriminierungsfreier Zugang zur Bildung
 - 3.2. Die ideale Leistung
 - 3.2.1. Egalisierungsgebot und Chancengleichheit
 - 3.2.2. Recht auf Bildung
 - 3.2.3. Bildung für alle in einem inklusiven Bildungssystem
 - 3.2.3.1. Integration oder Inklusion
 - 3.2.3.2. Sonderschulen
 - 3.2.3.3. Gleichberechtigter Zugang in der Gemeinschaft, in der sie leben
 - 3.3. Die zulässige Abweichung: Ausreichender Grundschulunterricht
 - 3.4. Der typisierte Anspruch
 - 3.4.1. Allgemeine Massnahmen
 - 3.4.1.1. Kompensations- und Fördermassnahmen
 - 3.4.1.2. Pflicht zur Bereitstellung eines inklusiven Bildungssystems
 - 3.4.1.3. Angemessene Vorkehrungen
 - 3.4.2. Spezifische Massnahmen der Sonderschulung
 - 3.4.2.1. Universal Design (UD)
 - 3.4.2.2. Einfache und verstärkte sonderpädagogische Massnahmen
 - 3.4.2.3. Formale und materielle Anpassungen
4. Prüfung eines generalisierbaren Anspruches auf Integration
 - 4.1. Grundlage der Ungleichbehandlung
 - 4.2. Differenzierung nach Behinderungsformen
 - 4.2.1. Regelschulunfähigkeit
 - 4.2.2. Kinder mit Verhaltensstörungen
 - 4.2.3. Grenzbereich bei eingeschränkter Bildungs- und Lernfähigkeit
 - 4.2.4. Spezialfall: Kinder ohne RILZ
 - 4.3. Legitime Ziele
 - 4.4. Prüfung der Ungleichbehandlung bezüglich der Schulungsform
 - 4.4.1. Das Kindeswohl
 - 4.4.2. Verhältnismässigkeit
 - 4.4.2.1. Eignung
 - 4.4.2.2. Erforderlichkeit
 - 4.4.2.3. Zumutbarkeit
 - 4.4.2.3.1. Tatsächliche Auswirkungen
 - 4.4.2.3.2. Güterabwägung zwischen Integration und Chancengleichheit
 - 4.5. Prüfung der unzureichenden Ausgestaltung des Unterrichts
 - 4.5.1. Externe Regelungsziele
 - 4.5.2. Verhältnismässigkeit
 - 4.5.2.1. Eignung
 - 4.5.2.2. Erforderlichkeit von Massnahmen
 - 4.5.2.3. Zumutbarkeit der Umsetzung
 - 4.5.2.3.1. Mangelhafte Umsetzung
 - 4.5.2.3.2. Fehlende Durchsetzbarkeit
 - 4.5.2.3.3. Unzulässigkeit der Barrieren
 - 4.6. Würdigung
5. Abschliessende Thesen
 - 5.1. Weitgehende Mitbestimmung
 - 5.2. In dubio pro Inklusion

- 5.3. Der Leistungsanspruch zwischen ausreichendem und idealem Grundschulunterricht
- 5.4. Temporäres Time-Out in Förderklassen als ultima ratio
- 5.5. Die separierte Sonderschulung als Barriere
- 6. Fazit

1. Einführung

[1] Der Druck auf die integrative Schule steigt. Allen voran will die FDP und die SVP die Integration von Kindern mit Behinderungen in die Regelschulklassen rückgängig machen und diese wieder vermehrt in separativen Settings unterrichten.¹ Demgegenüber äusserte der BRK-Ausschuss bereits 2022 «Bedenken zur hohen Anzahl Kinder mit Behinderungen in segregierten Bildungseinrichtungen» und forderte, «dass ihr Recht auf inklusive Bildung gewährleistet und sichergestellt» werde.²

[2] Sowohl die beiden UNO-Konventionen über die Rechte des Kindes (KRK)³ und über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK)⁴ als auch die schweizerische Gesetzgebung (BV⁵, BehiG⁶, SoPädK⁷, kantonale Gesetze) gehen zumindest implizit von einem inklusiven bzw. integrativen Bildungssystem als grundsätzlich präferierte Schulungsform für alle Kinder aus.⁸ In diesem Beitrag soll dieser Grundsatz «Integration vor Separation» genauer betrachtet werden, um zu bestimmen, ob Kinder mit Behinderungen einen Rechtsanspruch auf Bildung in der Regelschule besitzen und wie weit ein solcher allenfalls reicht. Zudem sollen die bestehenden Probleme und Schwierigkeiten, mit denen die Regelschulen aufgrund der Integration konfrontiert werden, beleuchtet und analysiert werden.

[3] Nach einer einführenden Definition von Kindern mit Behinderungen im Grundschulbereich im zweiten Abschnitt soll im dritten Abschnitt die inhaltliche Tragweite des ausreichenden Grundschulunterrichts dargelegt werden, um im vierten Teil einen generalisierbaren Anspruch auf Integration zu prüfen. Der fünfte Abschnitt dient der Darstellung fünf abschliessender Themen, die bei der Integration von Kindern mit Behinderungen m.E. beachtet werden müssen.

¹ Vgl. u.a.: Motion 24.3244, eingereicht von Gafner Andreas; <https://www.srf.ch/news/schweiz/rettung-der-volksschule-die-fdp-will-die-integrierte-schule-abschaffen> (veröffentlicht am 11. Oktober 2024); fdp.ch/positionen/bildung-forschung-innovation/bildung (zuletzt besucht am 22. November 2024).

² MARTINA FILIPPO, in: Stämpflis Handkommentar: UNO-Behindertenrechtskonvention, Bern, 2023 (zit. VERFASSER in: SHK-BRK) Art. 24 N 111; vgl. Concluding observations on the initial report of Switzerland from the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 13. April 2022 (CRPD/C/CHE/CO/1), Ziff. 47 f.

³ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (Kinderrechtskonvention, KRK, Stand am 27. Februar 2023, SR 0.107).

⁴ Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. Mai 2014 (Behindertenrechtskonvention, BRK, Stand am 23. Februar 2024, SR 0.109).

⁵ Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, Stand am 3. März 2024, SR 101).

⁶ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, Stand am 1. Juli 2020, SR 151.3).

⁷ Interkantonale Vereinbarung vom 25. Oktober 2007 über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (Sonderpädagogik-Konkordat).

⁸ ANDREA AESCHLIMANN-ZIEGLER, Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung, Dissertation, Basel, 2011, S. 94 ff.; BGE 141 I 9, E. 5.3.; BGE 138 I 162, E. 4.2.

2. Kinder mit Behinderungen⁹

[4] Eine einheitliche Definition der Behinderung existiert nicht und erweist sich je nach Sachgebiet aufgrund unterschiedlicher Kriterien und Verfahren als mehr oder weniger komplex.¹⁰ Eine klare Abgrenzung des grund- und menschenrechtlichen Behinderungsbegriffs ist für den Diskriminierungsschutz, den Anspruch auf Sonderschulung sowie die Auslegung des ausreichenden Grundschulunterrichts jedoch von grosser Bedeutung.¹¹

[5] Der Begriffsursprung als individuelle Abweichung von der Norm aus medizinischer und ökonomischer Betrachtungsweise wird heute durch einen ganzheitlichen sozio-kulturellen und menschenrechtlichen Ansatz erweitert.¹² Die Behinderung ist kein festes Konzept, sondern ein durch komplexes Zusammenwirken von Gegebenheiten und Kräften entstehendes Lebensbewältigungsproblem.¹³ Die Behinderung wird dabei im Spannungsfeld von Normalität und Abweichung definiert und bewertet und stellt ein gesellschaftliches Konstrukt dar, welches zur Ausgrenzung und Stigmatisierung führt oder führen kann.¹⁴ Trotz «Abkehr von medizinisch erfassbaren körperlichen Defizitvorstellungen» bleiben medizinische Diagnosen aber nach wie vor ein Indikator.¹⁵ Bei einer Behinderung steht jedoch nicht die Verhütung oder Heilung des Gesundheitsschadens, sondern die Rehabilitation und Inklusion im Vordergrund.¹⁶

2.1. Legaldefinition

[6] Obwohl die BV keine Legaldefinition enthält, basiert sie grundsätzlich auf demselben Konzept wie die BRK, welche in Anlehnung an die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF-Klassifizierung) der WHO auf die Interaktion zwischen persönlichen Umständen und externen Faktoren abstellt und auf die sozialen Folgen ausgerichtet ist (biopsychosoziales Modell¹⁷).¹⁸

⁹ Kinder sind Kinder und Jugendliche zwischen 0 und 18 resp. 20 Jahren (Art. 1 KRK resp. Art. 62 Abs. 3 BV).

¹⁰ Vgl. insb.: CHRISTIAN KIND, in: Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Basel – Genf, 2006 (zit. VERFASSEN in: Das behinderte Kind), S. 3 ff.; Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), Interkantonale Vereinbarung vom 25. Oktober 2007 über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik, Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen, Bern, 4. Dezember 2007, S. 10.

¹¹ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 5 und 12.

¹² 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., 1723; 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 Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, S. 42.

¹³ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1723; SEVERIN BISCHOF, in: Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023 (zit. VERFASSEN in: SGK-BV) Art. 8 N 190; vgl. lit. e der Präambel BRK.

¹⁴ Vgl.: BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1723 f.

¹⁵ BISCHOF (Fn. 13), N 190; EDK (Fn. 10), S. 10.

¹⁶ KIND, a.a.O., S. 4 und 6 f.

¹⁷ KIND, a.a.O., S. 8.

¹⁸ Initial report submitted by Switzerland under article 35 of the Convention, due in 2016 to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD/C/CHE/1), Ziff. 19; kritisch dazu a.v.: TAREK NAGUIB, in: SHK-BRK, Art. 1 N 39; BISCHOF (Fn. 13), N 190.

[7] Art. 1 Abs. 2 BRK und Art. 2 BehiG setzen eine langfristige bzw. voraussichtlich dauernde Beeinträchtigung voraus, die eine gewisse Intensität aufweist.¹⁹ Eine Beeinträchtigung ist ein Zustand, der vom altersbezogenen Referenzwert massgeblich abweicht und die Ausübung einer Tätigkeit einschränkt.²⁰ Damit wird nicht der Gesundheitszustand beschrieben, sondern der Kompetenz- oder Funktionsverlust.²¹

[8] Bezüglich der Dauerhaftigkeit dürfen in Anbetracht der kindlichen Entwicklungsdynamik keine erhöhten Anforderungen gestellt werden.²² Entwicklungsstörungen resp. -verzögerungen können bei Kindern unterschiedliche Verläufe annehmen, weshalb eine dynamische Auslegung notwendig erscheint.²³ AESCHLIMANN-ZIEGLER spricht sich dabei für eine Mindestdauer von einem Schuljahr aus.²⁴ Entscheidend bleibt die tatsächliche Qualität der Funktionsbeeinträchtigung und deren Auswirkungen auf die Lebensqualität.²⁵

[9] Eine Behinderung entsteht durch das Zusammenwirken der Funktionsbeeinträchtigung mit gesellschaftlichen Barrieren (Art. 1 Abs. 2 BRK).²⁶ Unterschieden wird zwischen sozialen Hindernissen, wie bspw. Vorurteilen, und umweltbedingten Barrieren resp. systemischen oder strukturellen Hindernissen, die der physischen, institutionellen oder technischen Sphäre zuzuordnen sind.²⁷

[10] Die Behinderung hindert schliesslich die Person «an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft» (Art. 1 Abs. 2 BRK) resp. erschwert oder verunmöglicht es ihr, insbesondere soziale Kontakte zu pflegen oder sich aus- und weiterzubilden (Art. 2 BehiG). Entscheidend ist, dass Kinder mit Beeinträchtigungen stärker durch die Barrieren behindert werden und folglich substantielle Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung erleiden.²⁸

2.2. Der besondere Bildungsbedarf und die schulisch relevante Behinderung

[11] Kinder haben einen besonderen Bildungsbedarf gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a SoPädK, wenn «sie in ihren Entwicklungs- und Bildungsmöglichkeiten so stark beeinträchtigt sind, dass sie dem Unterricht in der Regelschule ohne spezifische Unterstützung nicht bzw. nicht mehr folgen können.»

[12] Der besondere Bildungsbedarf kann die Folge einer Behinderung sein oder aufgrund sozioökonomischer und -demografischer Faktoren oder sozial-emotionaler Schwierigkeiten entste-

¹⁹ MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, *Behindertengleichstellungsrecht*, Bern, 2014, S. 18.

²⁰ NAGUIB (Fn. 18), N 31.

²¹ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1724 und 1777.

²² BISCHOF (Fn. 13), N 190; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 18 und 337.

²³ A.v.: AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 5 und 15; KIND (Fn. 10), S. 9.

²⁴ ANDREA AESCHLIMANN-ZIEGLER, *Der Inhalt des Anspruchs auf ausreichende und unentgeltliche Sonderschulung und seine prozessuale Geltendmachung*, in: Jusletter 21. Januar 2013, Rz 34.

²⁵ NAGUIB (Fn. 18), N 33.

²⁶ NAGUIB (Fn. 18), N 2.

²⁷ OLGA MEIER-POPA/MELINA SALAMIN, *Accessibility und Universelles Design in der Bildung*, in: Schweizerische Zeitschrift für Heilpädagogik, Jg. 26, 10/2020, S. 9 ff., S. 9; BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1723 f.; vgl. lit. e der Präambel BRK.

²⁸ NAGUIB (Fn. 18), N 34; AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 16 f.

hen.²⁹ Eine Abgrenzung der Ursachen ist aufgrund komplexer Wechselwirkungen und des kindlichen Alters jedoch heikel und schwierig. AESCHLIMANN-ZIEGLER stellt daher für die Annahme einer schulisch relevanten Behinderung nur auf die Fähigkeitseinschränkung ab.³⁰ Gemäss BGR besteht eine Behinderung, sobald die Bildung in der Regelschule nicht möglich ist oder eine stärkere Defizienz nicht einfach ausgeglichen werden kann.³¹ Dies kann der Fall sein, wenn der ordentliche Unterricht nicht ausreichend erscheint oder ohne zusätzliche Unterstützung die Entwicklung und Bildung der Kinder gefährdet ist.³² Durch die Gefahr der Stigmatisierung, des Ausschlusses und der Nichtberücksichtigung der besonderen Bedürfnisse erfahren daher alle Kinder mit besonderem Bildungsbedarf, die nicht nur kurzfristig separiert geschult werden oder verstärkte integrative Massnahmen erhalten, eine schulisch relevante Behinderung und unterstehen dem erhöhten Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV sowie den Garantien der BRK.³³ Nicht behinderungsbegründend ist wohl der Erhalt von niederschweligen integrativen Massnahmen.³⁴

3. Der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht

[13] Bei Art. 19 BV handelt es sich um ein Sozialrecht, welches einen Mindeststandard vermittelt und Beschränkungen grundsätzlich ausschliesst.³⁵ Da gewisse Teilhalte, insbesondere der Leistungsanspruch, einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen, kann dies dennoch gewisse «Einschränkungen» mit sich bringen.³⁶

[14] Um die inhaltliche Tragweite von Art. 19 i.V.m. Art. 62 BV für Kinder mit Behinderungen zu bestimmen, dient als begrifflicher und systematischer Rahmen zur kohärenten Auslegung die sog. Bildungsverfassung.³⁷ In Bezug auf die Integration in die Regelklasse muss die Tragweite besonders unter Beachtung von Art. 8 BV und den relevanten Normen der BRK sowie der KRK konkretisiert werden. Dazu soll der Kerngehalt, die ideale Leistung sowie die davon zulässige Abweichung festgestellt werden.³⁸ Daraus ergibt sich ein typisierter Anspruch, um im Rahmen einer Güterabwägung den allfälligen Anspruch abzuleiten.³⁹ Die Güterabwägung findet ihre absolute Grenze zwischen einem ausreichenden und einem idealen Grundschulunterricht.⁴⁰ Dabei geht es vorwiegend «um die Qualität des Unterrichts, seine Anpassung an die individuellen Bedürfnisse und die Funktionen der Schule in der {diversen} Gesellschaft.»⁴¹

²⁹ Z.v.: BEATRICE KRONENBERG, Sonderpädagogik in der Schweiz, Bericht im Auftrag des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) im Rahmen des Bildungsmonitorings, Bern, 2021, S. 15, 136 und 148.

³⁰ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 15.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_930/2011 vom 1. Mai 2012 E. 3.3.

³² AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), Fn. 52; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 337.

³³ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 7 f. und 15 f.

³⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 17.

³⁵ REGULA KÄGI-DIENER/STEPHANIE ANDREA BERNET, in: SGK-BV Art. 19 N 61.

³⁶ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 62; PETER UEBERSAX, Der Anspruch Behinderter auf ausreichende Grund- und Sonderschulung, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Kinder und Jugendliche mit Behinderungen – Zwischen Sozialversicherung und Sonderpädagogik, Zürich/Basel/Genf, 2011, S. 17 ff., S. 43.

³⁷ BERNHARD EHRENZELLER/KONRAD SAHLFELD, in: SGK-BV, Vorbemerkungen zur Bildungsverfassung, N 1.

³⁸ Z.v.: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 346 ff.

³⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 348 f.

⁴⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 349 f.

⁴¹ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 2.

3.1. Der Kerngehalt: Diskriminierungsfreier Zugang zur Bildung

[15] Der Grundschulunterricht muss gem. Art. 62 Abs. 2 BV jedem Kind offenstehen, sprich rechtsgleich und diskriminierungsfrei zugänglich, faktisch möglich bzw. nicht übermässig erschwert und unentgeltlich sein.⁴² Artikel 24 Abs. 2 lit. a BRK verbietet den direkten und indirekten Ausschluss vom allgemeinen Bildungssystem resp. vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht.

[16] Lernende dürfen nicht als bildungsunfähig eingestuft oder durch diskriminierende Aufnahmekriterien ausgeschlossen werden.⁴³ Erhalten Kinder mit Behinderungen keinen Zugang oder nur Zugang zu einer qualitativ schlechteren Bildung, stellt dies eine Diskriminierung dar.⁴⁴ Dies gilt auch, wenn spezielle Bildungssysteme oder -einrichtungen geschaffen werden oder Massnahmen eine ungleiche oder separate Bildung aufrechterhalten.⁴⁵

[17] Der diskriminierungsfreie Zugang gilt als Grundvoraussetzung, um die materielle Chancengleichheit zu verwirklichen.⁴⁶ Um den Zugang zu ermöglichen, ist es die Pflicht, Barrieren durch kompensatorische Massnahmen zu beseitigen.⁴⁷ Die angemessenen Vorkehrungen ergänzen den Zugang und gelten ebenfalls als Kernverpflichtung.⁴⁸

[18] Die Unentgeltlichkeit erstreckt sich auf alle Belange und Leistungen der öffentlichen Grundschule und dient neben der Chancengleichheit auch der sozialen Integration.⁴⁹ Behinderungsbedingte Mehrkosten dürfen nicht auf die Kinder mit Behinderungen abgewälzt werden und es müssen alle verfassungsrechtlich gebotenen Fördermassnahmen der Sonderschulung, strukturelle Anpassungen und angemessene Vorkehrungen unentgeltlich sein.⁵⁰ Finanzielle Beteiligungen der Eltern sind unzulässig, selbst wenn die Schule eine gesetzlich nicht vorgesehene Leistung erbringt.⁵¹

3.2. Die ideale Leistung

[19] Die ideale Leistung soll durch eine optimale Bildung in einem inklusiven Bildungssystem zur Chancengleichheit und damit zur Herstellung faktischer Gleichstellung von Kindern mit Behinderungen beitragen.

⁴² JUDITH WYTENBACH, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl. 2015. (zit. VERFASSER BSK-BV) Art. 19 N 19; BERNHARD EHRENZELLER/STEPHANIE ANDREA BERNET, in: SGK-BV, Art. 62 N 18.

⁴³ FILIPPO (Fn. 2), N 49.

⁴⁴ FILIPPO (Fn. 2), N 25.

⁴⁵ FILIPPO (Fn. 2), N 25; General comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education from the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 25. November 2016 (CRPD/C/GC/4), Ziff. 41 lit. a.

⁴⁶ CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41 lit. a; a.v.: EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 15.

⁴⁷ CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41 lit. a.

⁴⁸ CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41 lit. b.

⁴⁹ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 56 und 58; PETER HÄNNI, in: BSK-BV Art. 62 N 30.

⁵⁰ FILIPPO (Fn. 2), N 20; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 59.

⁵¹ BGE 141 I 9, E. 4.1.; WYTENBACH (Fn. 42), N 20.

3.2.1. Egalisierungsgebot und Chancengleichheit

[20] Der Gesetzgebungsauftrag in Art. 8 Abs. 4 BV konkretisiert die programmatische Schicht des Diskriminierungsverbots und soll durch die Beseitigung von strukturellen und institutionellen Schranken zur Chancengleichheit beitragen.⁵² Durch positive Massnahmen und besondere Vorkehrungen sollen daher Benachteiligungen und faktische Unterschiede aufgrund tatsächlicher Beeinträchtigungen von Kindern mit Behinderungen ausgeglichen und die tatsächliche Gleichstellung beim Besuch des Grundschulunterrichts gewährleistet werden.⁵³ Das Egalisierungsgebot soll damit eine bestimmte Ergebnisgleichheit bewirken.⁵⁴ Es begründet eine «Rechtspflicht des Gesetzgebers, den Übergang von der rechtlichen Gleichstellung zur faktischen Chancengleichheit { . . . } mit legislatorischen Massnahmen einzuleiten und nötigenfalls zu beschleunigen.»⁵⁵

[21] Die Chancengleichheit soll dabei allen Kindern mit Behinderungen vergleichbare Startbedingungen ermöglichen und ist im Bildungswesen besonders relevant.⁵⁶ Die Wahl der Schulungsform, die Ausgestaltung des Grundschulunterrichts und die Anpassung an die besonderen Bedürfnisse der Lernenden sollten daher auf die Herstellung der Chancengleichheit ausgerichtet werden.⁵⁷ Der Staat darf weder ungleiche Chancen schaffen noch bestehende verstärken.⁵⁸ Die Garantie muss jedoch nicht unbedingt zu einer absoluten Gleichstellung führen.⁵⁹

3.2.2. Recht auf Bildung⁶⁰

[22] Das grobe Bildungsverständnis in der BV und der BRK ist weitgehend identisch.⁶¹ Bildung ist in einem umfassenden Sinne zu verstehen und ist kein mit der Schulbildung abgeschlossener Prozess, sondern ein unaufhörlicher Vorgang.⁶² Ein justiziables allgemeines «Recht auf Bildung» wird jedoch weder aus Art. 19 oder Art. 41 Abs. 1 lit. f. BV noch aus internationalen Verträgen abgeleitet.⁶³

[23] Als justiziables Sozialrecht vermittelt Art. 19 BV direkt einen Anspruch auf schulische Angebote in Sinne einer staatlichen Leistung unabhängig vom Leistungsniveau.⁶⁴ Das BGer anerkennt ein Recht auf ein Mindestmass an Bildung, welches für die persönliche Entfaltung und die Wahrnehmung anderer Grund- und Menschenrechte unabdingbar ist.⁶⁵ Die Bildung steht in engem Bezug zum Recht auf Entwicklung und ermöglicht längerfristig wirksame Veränderungen

⁵² KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 46.

⁵³ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1758; RAINER J. SCHWEIZER/KIM FANKHAUSER, in: SGK-BV Art. 8 N 33 und 41; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 33.

⁵⁴ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 41.

⁵⁵ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 44.

⁵⁶ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 33 und 35.

⁵⁷ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 25 f.

⁵⁸ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 33.

⁵⁹ TAREK NAGUIB, in: SHK-BRK, Art. 3 N 26.

⁶⁰ Vgl. zum gesamten Abschnitt: Art. 6 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 KRK sowie Art. 24 Abs. 1 und Abs. 3 BRK.

⁶¹ FILIPPO (Fn. 2), N 119.

⁶² EHRENZELLER/SAHLFELD (Fn. 37), N 7.

⁶³ EHRENZELLER/SAHLFELD (Fn. 37), N 5; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 3.

⁶⁴ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 6; WYTTENBACH (Fn. 42), N 9.

⁶⁵ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 6.

von Kompetenzen, Verhalten und Erlebnisweisen.⁶⁶ Dem Recht auf Grundschulbildung kommt weiter in seiner objektiv-rechtlichen Dimension eine wichtige integrative Bedeutung zu und ist Grundbedingung sowie Ressource für die moderne politische, kulturelle und ökonomische Funktionstüchtigkeit des Gemeinwesens.⁶⁷

[24] Die schweizerische Bildungsverfassung verfolgt im Wesentlichen sechs Bildungsziele: Kindeswohl, Integration, Chancengleichheit, Durchlässigkeit, Qualität und Wahrung einer gewissen Pluralität.⁶⁸ Allgemeine Ziele sind die charakterliche Reifung des Individuums und der Erwerb sowie die (Weiter-)Entwicklung grundlegender intellektueller und sozialer Kenntnisse und Kompetenzen, insbesondere, um den Zugang zur Berufsbildung zu öffnen, einen Beitrag zur Wohlfahrt zu leisten und schlussendlich einen Platz in der Gesellschaft zu finden.⁶⁹

[25] Eine gute Bildung ist damit die Grundlage für die Potenzialentfaltung und Persönlichkeitsentwicklung jedes Menschen.⁷⁰ Die Grundbildung umfasst alle Voraussetzungen und Fähigkeiten, die zu den grundlegenden Lebenskompetenzen zählen.⁷¹ Sie soll das Zusammenleben und die Gemeinschaftsfähigkeit, die Autonomie und Mündigkeit sowie die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung fördern und im weitesten Sinne Achtung und ein Selbstwertgefühl vermitteln.⁷² Der Erwerb von lebenspraktischen Fähigkeiten und sozialen Kompetenzen geht klar über die schulische Wissensvermittlung und Förderung von rein kognitiven Fähigkeiten hinaus.⁷³ Im Zentrum für Kinder, selbst mit schweren Behinderungen, steht die Fähigkeit, ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag und in der freien Gesellschaft zu bewältigen.⁷⁴

3.2.3. Bildung für alle in einem inklusiven Bildungssystem

[26] Die Vertragsstaaten werden durch Art. 24 Abs. 1 BRK zur Gewährleistung eines inklusiven Bildungssystems verpflichtet.⁷⁵ «In Verbindung mit dem Recht auf möglichst umfassende Teilhabe und Partizipation in allen gesellschaftlichen Bereichen ist daraus ein grundsätzlicher Anspruch auf inklusive Bildung in allen Bildungsstufen abzuleiten.»⁷⁶ Im Sinne des Diversity-Ansatzes ist das Ziel, die faktische Gleichstellung zu erreichen und dem «Dilemma der Verschiedenheit» Rechnung zu tragen.⁷⁷ Angestrebt wird ein grundlegender Paradigmenwechsel,

⁶⁶ PATRICK SUTTER, in: Das behinderte Kind, S. 26; MICHAEL GANNER, in: SHK-BRK, Art. 7 N 12.

⁶⁷ STEPHAN BREITENMOSER, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das föderalistische Bildungsrecht der Schweiz / I. – III. / 1. Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht, in: Kaspar Ehrenzeller/Roger Nobs/Walter Engeler/Kilian Meyer/Lucien Müller (Hrsg.), Verfassungsbildner – Bildungsverfasser, Kolloquium zu Ehren des 65. Geburtstags von Professor Bernhard Ehrenzeller, Zürich/St. Gallen, 2020, S. 51 ff., S. 56; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 4 und 9 ff.; HÄNNI (Fn. 49), N 24.

⁶⁸ UEBERSAX (Fn. 36), S. 24.

⁶⁹ A.V.: EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 8; BREITENMOSER (Fn. 67), S. 55; Art. 3 Interkantonale Vereinbarung vom 14. Juni 2007 über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (HarmoS-Konkordat).

⁷⁰ A.V.: BREITENMOSER (Fn. 67), S. 56.

⁷¹ BREITENMOSER (Fn. 67), S. 56.

⁷² KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 46; WYTTENBACH (Fn. 42), N 11; Vgl. General comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, from the Committee on the Rights of the Child, 17. April 2001 (CRC/GC/2001/1), Ziff. 2.

⁷³ FILIPPO (Fn. 2), N 15; WYTTENBACH (Fn. 42), N 11.

⁷⁴ BREITENMOSER (Fn. 67), S. 55 f.; WYTTENBACH (Fn. 42), N 14; BGE 130 I 352 E. 3.2.

⁷⁵ Die deutsche Übersetzung «integratives Bildungssystem» ist ein Übersetzungsfehler aus der verbindlichen englischen Version «inclusive education system», FILIPPO (Fn. 2), N 31.

⁷⁶ GANNER (Fn. 66), N 12.

⁷⁷ MELANIE STUDER/KURT PÄRLI/PIA MEIER, in: SHK-BRK, Art. 5 N 16; KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 14.

indem Chancen, Möglichkeiten, Institutionen und Systeme verändert werden, um tatsächliche Ungleichheiten auszugleichen.⁷⁸ Ein neues Modell der «inklusive Gleichberechtigung» stellt die Grundlage dar.⁷⁹ Die Autonomie und soziale Inklusion sind leitende Prinzipien.⁸⁰ Die systematisch verwendete Begrifflichkeit «on an equal basis» soll dabei den gleichberechtigten Genuss der Rechte garantieren und gewährt damit weitergehende Rechte als die BV.⁸¹

[27] Abgesehen vom Diskriminierungsverbot handelt es sich bei Art. 24 BRK um eine vordergründig programmatische Norm, welche die Grundsätze des transformativen Prozesses festlegt.⁸² Daher steht das Recht auf Bildung in Art. 24 BRK teilweise unter dem Progressionsvorbehalt.⁸³ Wie folgend noch aufgezeigt wird, führt der Progressionsvorbehalt jedoch nicht dazu, dass während des Prozesses hin zu einem inklusiven Bildungssystem keine justiziablen Ansprüche bestehen, die je nach Umsetzungsphase unterschiedlich ausfallen können (vgl. 3.4. Der typisierte Anspruch sowie 5. Abschliessende Thesen).

3.2.3.1. Integration oder Inklusion

[28] Für das Schulsystem gibt es zwei Hauptinterpretationslinien. Ganz allgemein betrachtet zielt die Integration auf die individuelle Beteiligung innerhalb bestehender Strukturen und die Inklusion auf die Anpassung resp. Ausgestaltung der Strukturen an die Bedürfnisse aller Menschen.⁸⁴ Die Integration geht von der Gruppentheorie aus, während die Inklusion dem Diversity-Ansatz entspricht.⁸⁵ Ausgrenzungen sollen durch die Integration rückgängig gemacht und durch die Inklusion vermieden werden.⁸⁶

[29] Bei der von der Schweiz vertretenen Sichtweise wird jedoch nicht zwischen Integration und Inklusion im Bildungswesen differenziert und es existiert ein Nebeneinander von schulischer Integration und Separation.⁸⁷ Wird daher «eine integrative Schulung zur Wahrung der besonderen Bedürfnisse des behinderten Kindes angeordnet und entsprechend ausgestaltet, entspricht sie weitgehend der inklusiven Schulung.» Die individuellen Ansprüche aus Art. 24 Abs. 1 UNO-BRK gehen nach dieser Auslegung aktuell nicht über die BV hinaus.⁸⁸

[30] Bei der in sich schlüssigen Auffassung, wo zwischen Integration und Inklusion konsequent unterschieden wird, werden segregierende Institutionen im Grundsatz abgelehnt. Es existieren differenzierte Ansichten, welche von «Inklusion geht weiter als Integration» resp. «Integration ist eine Zwischenstufe» bis hin zu «Integration verhindert Inklusion» reichen.⁸⁹ Ein inklusives

⁷⁸ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 17.

⁷⁹ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 18.

⁸⁰ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 14.

⁸¹ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 60 f. und 66.

⁸² FILIPPO (Fn. 2), N 22 und 57; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41.

⁸³ FILIPPO (Fn. 2), N 6 und 92 ff.

⁸⁴ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 14; FILIPPO (Fn. 2), N 32 f.

⁸⁵ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 32.

⁸⁶ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 29.

⁸⁷ KRONENBERG (Fn. 29), S. 54 ff.

⁸⁸ Z.v.: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 354.

⁸⁹ Z.v.: KRONENBERG (Fn. 29), S. 54 ff.

Setting sollte komplett barrierefrei sein und Stigmatisierungen ausschliessen.⁹⁰ Barrieren müssen identifiziert und beseitigt werden.⁹¹ Die Begrifflichkeit des Bildungssystems überlässt den Vertragsstaaten jedoch einen Spielraum in der Umsetzung und dem zu wählenden Modell.⁹² Dadurch entsteht die Möglichkeit einer «mehrdimensionalen Sicht auf das Wohl und die Entwicklungsmöglichkeiten der Lernenden, des schulischen Umfeldes und der Schulorganisation.»⁹³

[31] Bei Art. 24 Abs. 1 BRK geht es daher um einen einbeziehenden Unterricht im allgemeinen Bildungssystem, der durch angemessene Vorkehrungen und die nötige Unterstützung eine erfolgreiche Bildung garantiert.⁹⁴ Der Kern eines inklusiven Bildungssystems ist die gemeinsame Schulung aller Lernenden.⁹⁵ Elemente davon sind flexible Lehrpläne und Unterrichtsmethoden, angepasste und individuelle Unterstützung sowie die Fokussierung auf die Entwicklung von Fähigkeiten anstatt auf Defizite.⁹⁶ Im Fokus steht die effektive Platzierung von Kindern mit Behinderungen und das Bildungserlebnis resp. die Qualität der Bildung.⁹⁷ Ein inklusives Bildungssystem verlangt daher eine strukturelle, auf Diversität ausgerichtete Anpassung des Bildungswesens und geht damit deutlich weiter als die individuelle Integration des einzelnen Kindes.⁹⁸

3.2.3.2. Sonderschulen

[32] Bis heute bleibt umstritten und ungeklärt, ob Sonderschulen ein Teil des inklusiven Bildungssystems sind oder ein implizites Verbot anzunehmen ist.⁹⁹ Mehrheitliche Einigkeit besteht bei der Pflicht des schrittweisen Abbaus und dass keine Pflicht zur Führung von Sonderschulen besteht.¹⁰⁰ Das in Art. 24 Abs. 2 lit. e BRK angesprochene «Umfeld» und die sog. sensorische Ausnahme in Art. 24 Abs. 3 lit. c BRK lassen jedenfalls Raum für die Führung von Sonderschulen.¹⁰¹ Ein duales Schulsystem mit einem segregierenden Sonder- oder Förderschulangebot verstösst jedoch gegen Art. 24 BRK.¹⁰² Ein T.d.L. sieht zudem in einer unfreiwilligen Segregation eine Diskriminierung.¹⁰³

[33] In einem inklusiven Bildungssystem müssen insgesamt gute Gründe im Sinne des Kindeswohls für die separierte Sonderschulung vorgebracht werden, um diese zu legitimieren.¹⁰⁴ Es muss zudem ein gleichwertiges Förderniveau mit gleicher Bildungsqualität garantiert werden.¹⁰⁵

⁹⁰ OLGA MEIER-POPA/GÉRALDINE AYER, *Der Nachteilsausgleich und sein Stellenwert in der inklusiven Bildung*, 2. Auflage, Bern, 2021, S. 28; KRONENBERG (Fn. 29), S. 58.

⁹¹ Allgemeine Bemerkung Nr. 9 (2006) über die Rechte von Kindern mit Behinderungen vom Ausschuss für die Rechte des Kindes, 27. Februar 2007 (CRC/C/GC/9), Fz. 5.

⁹² FILIPPO (Fn. 2), N 29.

⁹³ KRONENBERG (Fn. 29), S. 58.

⁹⁴ FILIPPO (Fn. 2), N 2.

⁹⁵ KRONENBERG (Fn. 29), S. 58.

⁹⁶ FILIPPO (Fn. 2), N 33.

⁹⁷ FILIPPO (Fn. 2), N 34.

⁹⁸ WYTENBACH (Fn. 42), N 5; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 11.

⁹⁹ FILIPPO (Fn. 2), N 36.

¹⁰⁰ FILIPPO (Fn. 2), N 30 und 41.

¹⁰¹ FILIPPO (Fn. 2), N 30 und 34.

¹⁰² FILIPPO (Fn. 2), N 3; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 40.

¹⁰³ FILIPPO (Fn. 2), N 37 ff.

¹⁰⁴ FILIPPO (Fn. 2), N 41 und 47.

¹⁰⁵ FILIPPO (Fn. 2), N 37.

3.2.3.3. Gleichberechtigter Zugang in der Gemeinschaft, in der sie leben

[34] Kinder mit Behinderungen müssen gem. Art. 24 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 BRK gleichberechtigten Zugang zu einem inklusiven und qualitativ hochwertigen Grundschulunterricht erhalten. Im gesamten Bildungssystem müssen die Infrastruktur, allgemeine Informationen, Lehrmaterialien und Unterrichtsmethoden in ausreichender Zahl und Qualität verfügbar, generell abstrakt barrierefrei zugänglich, inhaltlich geeignet und an die individuellen Bedürfnisse anpassbar sein.¹⁰⁶ Inklusion und Qualität stehen dabei in einem reziproken Verhältnis zueinander.¹⁰⁷ Bei der Versagung von angemessenen Vorkehrungen besteht ein enger Bezug zum Kerngehalt.¹⁰⁸

[35] Kinder mit Behinderungen sollen eine Schule «in der Gemeinschaft, in der sie leben» besuchen können. Die Vertragsstaaten sind zu einer flächendeckenden Versorgung mit inklusiven Schulen verpflichtet, um eine Einbettung der Schule und aktive Partizipation im räumlich-sozialen Umfeld zu ermöglichen.¹⁰⁹ Die Schulung muss auch verfassungsrechtlich grundsätzlich am gewöhnlichen Wohn- resp. Aufenthaltsort stattfinden und rechtsgleich zugänglich sein.¹¹⁰

3.3. Die zulässige Abweichung: Ausreichender Grundschulunterricht

[36] Art. 19 BV garantiert nicht eine optimale Schulung, sondern nur ein «angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen», wobei «eine darüber hinausgehende individuelle Betreuung – die theoretisch immer möglich wäre – auch mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht eingefordert werden {kann}».¹¹¹ Gemäss BGER ist es rechtsungleich, wenn Kinder mit Behinderungen in einer Sonderschule mehr als einen ausreichenden Unterricht und Kinder ohne Behinderungen nur eine nicht individuell optimierte Grundschulbildung erhalten.¹¹² Damit der ausreichende Unterricht den individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen von Kindern mit Behinderungen angepasst ist, kann im Vergleich zu Kindern ohne Behinderungen dennoch ein erhöhter Aufwand geboten sein.¹¹³

[37] Neben der Mindestdauer von 9 Jahren wird eine gewisse Qualität des Unterrichts vorausgesetzt.¹¹⁴ Um die erforderliche Qualität zu gewährleisten, müssen Schulen angemessene strukturelle und institutionelle Rahmenbedingungen aufweisen, insbesondere genügend qualifizierte Lehrpersonen beschäftigen sowie in räumlicher und organisatorischer Hinsicht ausreichend ausgestattet sein.¹¹⁵ Der Grundschulunterricht muss sich an den Bildungszielen orientieren und eine Vorbildung für den Übertritt in eine Mittelschule oder Berufslehre gewährleisten.¹¹⁶

¹⁰⁶ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 51 ff.; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 20 ff., MEIER-POPA/SALAMIN (Fn. 27), S. 9 ff.

¹⁰⁷ FILIPPO (Fn. 2), N 55; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 25.

¹⁰⁸ NAGUIB (Fn. 59), N 29.

¹⁰⁹ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 64; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 27.

¹¹⁰ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 79; vgl. Fn. 42.

¹¹¹ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 49; BGE 130 I 352 E. 3.2.

¹¹² BGE 138 I 162, E. 4.6.2.

¹¹³ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 192; BGE 141 I 9, E. 4.2.2.

¹¹⁴ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 43 und 48.

¹¹⁵ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 47; HÄNNI (Fn. 49), N 16.

¹¹⁶ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 44; WYTTENBACH (Fn. 42), N 11.

[38] Der Anspruch wird verletzt, «wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten.»¹¹⁷ Der Unterricht gilt ebenfalls als nicht ausreichend, wenn eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann.¹¹⁸

3.4. Der typisierte Anspruch

[39] Der Anspruch auf Sonderschulung entsteht im Schnittpunkt von Art. 11 Abs. 1, Art. 19 i.V.m. Art. 62 und Art. 8 BV sowie den einschlägigen Bestimmungen der KRK und BRK.¹¹⁹ Es handelt sich um einen an die spezifischen Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen angepasster Grundschulunterricht.¹²⁰

3.4.1. Allgemeine Massnahmen

[40] Die einzigartige Formulierung «fördern, schützen und gewährleisten» in Art. 1 Abs. 1 BRK verdeutlicht die besonderen Ansprüche von Kindern mit Behinderungen, um soziale und strukturelle Barrieren zu überwinden.¹²¹ Im Vordergrund stehen die Gewährleistungspflichten. Der Staat wird zu Leistungen i.e.S. und zur Schaffung ressourcenabhängiger Strukturen verpflichtet.¹²²

[41] Angemessene positive Massnahmen, die notwendig sind, um die faktische Gleichstellung zu erreichen, gelten nicht als Diskriminierung (Art. 5 Abs. 4 BRK, ähnlich auch Art. 5 Abs. 2 BehiG). Die Massnahmen müssen darauf zielen, bestehende Ungleichheiten rechtlich und in der Realität abzubauen sowie Benachteiligungen auszugleichen.¹²³ Staatliche Massnahmen müssen auf Grundlagen beruhen, welche die tatsächlichen sozialen Verhältnisse adäquat berücksichtigen.¹²⁴ Besonders relevant ist, dass die Massnahmen nicht auf Stereotypen basieren oder als Resultat kontraproduktive Stigmatisierungen zu Folge haben, resp. bestehende Diskriminierungen wie Segregationen weiterführen.¹²⁵

[42] Art. 7 Abs. 1 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, Massnahmen zur Gleichstellung von Kindern mit Behinderungen umzusetzen, und geht damit über die Ansprüche der KRK und der BV hinaus.¹²⁶ Eine Massnahme ist dann erforderlich und muss ergriffen werden, wenn sie *sine*

¹¹⁷ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 44; BGE 130 I 352 E. 3.2.

¹¹⁸ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 194.

¹¹⁹ JUDITH WYTENBACH, in: SGK-BV Art. 11 N 36.

¹²⁰ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 24), Rz 12.

¹²¹ NAGUIB (Fn. 18), N 17.

¹²² Z.v.: MELANIE STUDER/KURT PÄRLI, in: SHK-BRK, Art. 4 N 22.

¹²³ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 44; Joint Statement: The rights of children with disabilities, Committee on the Rights of the Child and Committee on the Rights of Children with Disabilities, N 3.

¹²⁴ NAGUIB (Fn. 18), N 35 f.

¹²⁵ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 45; BERNHARD WALDMANN, in: BSK-BV Art. 8 N 94.

¹²⁶ GANNER (Fn. 66), N 19.

qua non für die Erreichung eines legitimen Ziels ist.¹²⁷ Es handelt sich um eine Erfolgsverpflichtung.¹²⁸

3.4.1.1. Kompensations- und Fördermassnahmen

[43] Aus dem Diskriminierungsverbot lässt sich direkt eine grundrechtliche Pflicht der Behörden und ein entsprechender individualrechtlicher Anspruch auf kompensatorische Massnahmen ableiten, mit dem Ziel, tatsächliche Benachteiligungen aufgrund einer mittelbaren Diskriminierung zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen.¹²⁹ Es enthält aber keinen individualrechtlichen Anspruch auf tatsächliche Gleichstellung. Es bleibt die Aufgabe des kantonalen Gesetzgebers, die Chancengleichheit zu verwirklichen.¹³⁰

[44] In Art. 8 Abs. 4 BV geht es zusätzlich um privilegierende, die tatsächliche Gleichstellung fördernde Massnahmen.¹³¹ Fördermassnahmen sind im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 BV zulässig, wenn sie der Beseitigung einer aktuellen und tatsächlichen Schlechterstellung dienen, verhältnismässig sind und Grundrechte Dritter nicht in unzumutbarer und verfassungswidriger Weise einschränken.¹³² Privilegierungen haben in der Grundschule mehrheitlich keine Nachteile oder Rechtseinschränkungen für Kinder ohne Behinderungen zu Folge. Die Problematik liegt vielmehr in der Verteilungsgerechtigkeit der begrenzten staatlichen Mittel.¹³³ Zu umfassende sowie zu restriktive Privilegierungen sind unzulässig.¹³⁴

[45] Art. 8 Abs. 4 BV gewährt keine justiziablen Ansprüche und kann höchstens implizit mit Abs. 2 beim BGer angerufen werden.¹³⁵ Gem. einem T.d.L. sollte Art. 8 Abs. 4 BV insbesondere i.V.m. weiteren Grund- und Menschenrechten in Bereichen, wo der Gesetzgeber untätig geblieben ist, positive Schutzpflichten und individuelle Ansprüche konstituieren.¹³⁶ Da der Gesetzgebungsauftrag sich nicht im Erlass des BehiG erschöpfte, sondern als Dauerauftrag auch für den kantonalen Gesetzgeber verstanden wird, können so u.U. Ansprüche im Grundschulbereich entstehen.¹³⁷ Das BGer und ein T.d.L. sind bei der Anerkennung solcher Ansprüche jedoch sehr zurückhaltend.¹³⁸

3.4.1.2. Pflicht zur Bereitstellung eines inklusiven Bildungssystems

[46] Auf dem menschenrechtlichen Verständnis der Behinderung aufbauend, besteht die Pflicht des Staates, Barrieren und insbesondere segregierende Institutionen abzubauen.¹³⁹ Das Bildungs-

¹²⁷ GANNER (Fn. 66), N 67.

¹²⁸ GANNER (Fn. 66), N 42.

¹²⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 26.

¹³⁰ Z.v.: KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 44.

¹³¹ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 45 f.

¹³² KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 45; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 28 ff.

¹³³ Z.v.: AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 24), Rz 27 f.

¹³⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 29 f.

¹³⁵ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 32; BISCHOF (Fn. 13), N 206.

¹³⁶ BISCHOF (Fn. 13), N 196.

¹³⁷ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 46 f.

¹³⁸ BISCHOF (Fn. 13), N 204; AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 24), Rz 9.

¹³⁹ NAGUIB (Fn. 18), N 3.

system muss dazu an die Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen angepasst werden.¹⁴⁰ Um zu bestimmen, welche Verpflichtungen sich für die Schweiz aus der BRK bzgl. der idealen Leistung ergeben, ist Art. 4 BRK als zentrale Bestimmung immer mitzudenken.¹⁴¹ Vorliegend besonders relevant ist der sog. Progressionsvorbehalt in Abs. 2. Ein inklusives Bildungssystem im Sinne von Art. 24 BRK muss nach und nach unter Ausschöpfung der verfügbaren und geeigneten Mittel gewährleistet werden. Der Progressionsvorbehalt erlaubt es aber nicht, die Erreichung der Ziele hinauszuzögern. Die Vertragsstaaten müssen unmittelbar nach der Ratifizierung und kontinuierlich Massnahmen ergreifen, damit die volle Verwirklichung der Verpflichtungen und Realisierung der Rechte so schnell und effektiv wie möglich erreicht werden können.¹⁴² Progressiv zu erfüllende Leistungspflichten müssen folglich durch adäquate und angemessene Massnahmen umgesetzt werden. Diese müssen überlegt, konkret und zielgerichtet sein. Der Ermessensspielraum muss diskriminierungsfrei und mit den vorhandenen Ressourcen ausgenutzt werden. Es muss die Lösung gewählt werden, die die Rechte am wenigsten einschränkt und die Massnahmen müssen in einem gewissen Zeitrahmen ergriffen werden. Die unternommenen Schritte müssen die prekäre Situation von Kindern mit Behinderungen und weitere Risikofaktoren berücksichtigen.¹⁴³ Der Prozess kann Jahrzehnte dauern, wobei der Zugang gewährleistet und der Fokus auf die Bildungsqualität gerichtet sein muss.¹⁴⁴

3.4.1.3. Angemessene Vorkehrungen

[47] Artikel 24 Abs. 2 lit. c BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, angemessene Vorkehrungen zu gewähren, um die Chancengleichheit und Integration in der Regelklasse als favorisierte Lösung zu ermöglichen.¹⁴⁵ Die Versagung von angemessenen Vorkehrungen stellt eine Diskriminierung dar (Art. 2 Abs. 4 zweiter Satz BRK), weshalb einerseits Art. 24 Abs. 2 lit. c BRK direkt anwendbar ist und andererseits Art. 5 Abs. 3 BRK die Vertragsstaaten verpflichtet, alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um die Bereitstellung zu gewährleisten. Angemessene Vorkehrungen sind gem. Art. 2 Abs. 5 BRK «notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen» und im konkreten Fall erforderlich sind, um den gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten. Sie dienen damit der Beseitigung von Barrieren durch positive Massnahmen auf individueller Ebene und stellen ein Schlüsselement einer inklusiven Gesellschaft dar.¹⁴⁶ Die konkreten Massnahmen müssen einem tatsächlichen Bedarf entsprechen, unter den gegebenen Umständen aus rechtlicher und praktischer Sicht möglich und durchführbar sowie wirksam sein.¹⁴⁷ Die angemessenen Vorkehrungen beschränken sich nicht nur auf die Kompensation von Benachteiligun-

¹⁴⁰ FILIPPO (Fn. 2), N 2 und 94.

¹⁴¹ STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 1.

¹⁴² Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 96; KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 31.

¹⁴³ Z.v.: STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 77.

¹⁴⁴ KRONENBERG (Fn. 29), S. 57; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 15; FILIPPO (Fn. 2), N 37.

¹⁴⁵ FILIPPO (Fn. 2), N 66 f.; Botschaft vom 19. Dezember 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BBl 2013 661 ff., 683.

¹⁴⁶ Z.v.: TAREK NAGUIB, in: SHK-BRK, Art. 2 N 26 f.; STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 30.

¹⁴⁷ NAGUIB (Fn. 146), N 27.

gen, sondern ermöglichen insbesondere i.V.m. Art. 8 Abs. 4 BV eine Erweiterung der staatlichen Schutz- und Leistungspflichten.¹⁴⁸

[48] Die Pflicht zur Bereitstellung angemessener Vorkehrungen entsteht *ex nunc*, also sobald eine Person mit Behinderungen Zugang zu einer nicht zugänglichen Situation fordert oder ein Recht ausüben will.¹⁴⁹ Sie komplettieren durch unmittelbar zu erfüllende Gewährleistungspflichten die Zugänglichkeit.¹⁵⁰ Es muss eine Kosten-Nutzen-Abwägung oder allgemeiner eine Verhältnismässigkeitsprüfung stattfinden, wobei allfällige Mehrwerte für die Gesellschaft mitzudenken sind.¹⁵¹ Die Staaten können sich von der Verpflichtung nur befreien, wenn sie einen Exkulpationsbeweis erbringen, also die Unverhältnismässigkeit nachweisen.¹⁵²

[49] Je besser die Schulen die allgemeine, notwendige Unterstützung in einem inklusiven Bildungssystem abdecken können, umso weniger angemessene Vorkehrungen werden nötig.¹⁵³

3.4.2. Spezifische Massnahmen der Sonderschulung

[50] Für die Anordnung spezifischer Massnahmen besteht eine umfassende Abklärungspflicht bei Ein- und Umschulungen.¹⁵⁴ Es müssen die schulischen und sozialen Fähigkeiten sowie die Wünsche der Eltern und Kinder mit Behinderungen berücksichtigt werden.¹⁵⁵ Die Unabhängigkeit der Entscheidbehörde muss gewährleistet werden.¹⁵⁶

[51] Der Response-to-Intervention-Ansatz (RTI-Ansatz) unterscheidet drei Intensitätsstufen von Interventionsmassnahmen. Auf der ersten Stufe befinden sich Fördermassnahmen für alle Lernenden wie insbesondere das Universal Design for Learning (UDL). Die zweite Stufe umfasst gezielte Massnahmen für Lernende mit besonderem Unterstützungs- und Förderbedarf. Dazu gehören die einfachen sonderpädagogischen Massnahmen und der Nachteilsausgleich (NAG). Die verstärkten sonderpädagogischen Massnahmen und reduzierte individuelle Lernziele (RILZ) gehören zur dritten Stufe.¹⁵⁷

[52] Es wird jeweils zwischen voll- oder teilweise integrativer Förderung in der Regelklasse und der separierten Schulung in Sonderklassen der Regelschule oder externen, häufig spezialisierten Sonderschulklassen unterschieden.¹⁵⁸ Inklusionsorientierte Praktiken und Modelle sollten immer Vorrang haben.¹⁵⁹

¹⁴⁸ BISCHOF (Fn. 13), N 194; BBl 2013 661 ff. (Fn. 145), 682; vgl. auch Urteil des BGer 2C_248/2023 vom 20. September 2024, E. 4.4.4.

¹⁴⁹ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 33.

¹⁵⁰ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 49 und 54; FILIPPO (Fn. 2), N 68 und 95; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 30 f. und 34.

¹⁵¹ NAGUIB (Fn. 146), N 28 f.

¹⁵² STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 41.

¹⁵³ FILIPPO (Fn. 2), N 73 ff.; STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 48.

¹⁵⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 111.

¹⁵⁵ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 136 f.

¹⁵⁶ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 266 f.

¹⁵⁷ Z.v.: MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 79.

¹⁵⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 353 ff.

¹⁵⁹ MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 82.

3.4.2.1. Universal Design (UD)

[53] Nach dem UD und dem UDL sollen jegliche Produkte, Umfelder, Programme und Dienstleistungen im Vorfeld so ausgestaltet werden, dass sie ohne spezifische Anpassungen von allen Menschen verwendet werden können (Art. 2 Abs. 6 BRK). Ziel ist eine inklusive und partizipative Gesellschaft ohne Barrieren zu schaffen und kostspielige nachträgliche Änderungen zu vermeiden.¹⁶⁰ Das UDL dient der Verbesserung des Lernprozesses aller Kinder.¹⁶¹ Die Kontextabhängigkeit der Behinderung führt dazu, dass Kinder mit Behinderungen nicht zwingend Benachteiligungen erfahren, sofern die soziale und physische Umwelt barrierefrei ist.¹⁶² Die Zugänglichkeit und damit das UD resp. das UDL können und sollen den Bedarf an angemessenen Vorkehrungen und speziellen Massnahmen reduzieren, da Barrieren die häufigste Ursache für den Bedarf an Unterstützungsmassnahmen sind.¹⁶³

3.4.2.2. Einfache und verstärkte sonderpädagogische Massnahmen

[54] Ein Anspruch auf sonderpädagogische Massnahmen besteht, sobald ein besonderer Bildungsbedarf festgestellt wird.¹⁶⁴ Um den vielfältigen Beeinträchtigungen gerecht zu werden, existiert eine grosse Bandbreite von Möglichkeiten.¹⁶⁵ Für die einfachen Massnahmen waren die Kantone bereits vor dem Bundesbeschluss Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (BB NFA) zuständig und der Zugang ist formal weniger stark reglementiert – häufig reicht ein Standortgespräch.¹⁶⁶ Die verstärkten Massnahmen charakterisieren sich gem. Art. 5 Abs. 2 SoPädK durch eine lange Dauer, eine hohe Intensität, ein hoher Spezialisierungsgrad der Fachpersonen und/oder einschneidende Konsequenzen auf den Alltag, das soziale Umfeld oder den Lebenslauf. Verstärkte Massnahmen werden im Rahmen eines standardisierten Abklärungsverfahrens gem. Art. 6 Abs. 3 SoPädK oder einem ähnlichen Legitimationsverfahren individuell zugesprochen. Der Entscheid muss stets anfechtbar sein.¹⁶⁷

3.4.2.3. Formale und materielle Anpassungen

[55] Der NAG kompensiert behinderungsbedingte Nachteile und soll es Kindern mit Behinderungen ermöglichen, ihr Potenzial trotz einer Beeinträchtigung voll auszuschöpfen.¹⁶⁸ «Beim Nachteilsausgleich werden Lern- und Prüfungsbedingungen formal angepasst, ohne dass dabei Modifikationen der Lern- bzw. Ausbildungsziele vorgenommen werden.»¹⁶⁹ Es sind primär or-

¹⁶⁰ Z.v.: NAGUIB (Fn. 146), N 30.

¹⁶¹ MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 76; MEIER-POPA/SALAMIN (Fn. 27), S. 13 f.

¹⁶² MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 35.

¹⁶³ STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 52; MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 12 und 82.

¹⁶⁴ UEBERSAX (Fn. 36), S. 33 f.

¹⁶⁵ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 355.

¹⁶⁶ KRONENBERG (Fn. 29), S. 71 f.

¹⁶⁷ Z.v.: KRONENBERG (Fn. 29), S. 72.

¹⁶⁸ CAROLINE SAHLI LOZANO/SERGEJ WÜTHRICH/MATTHIAS WICKI, Chancen und Risiken von Lernzielreduktionen und Nachteilsausgleich, in: Schweizerische Zeitschrift für Heilpädagogik, Jg. 28, 12/2022, S. 8 ff., S. 10; KRONENBERG (Fn. 29), S. 137.

¹⁶⁹ MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 24.

ganisatorische Massnahmen wie bspw. die Änderung von Prüfungsmodalitäten, die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel und der Beizug einer persönlichen Assistenzperson.¹⁷⁰

[56] RILZ erhalten Kinder, welche die Minimalziele in den Promotionsfächern des Regellehrplans nicht erreichen.¹⁷¹ Dazu werden die inhaltlichen Anforderungen angepasst.¹⁷² RILZ werden bspw. eingesetzt, wenn die Lehrperson eine erheblich beeinträchtigte Leistungsfähigkeit und ein vermindertes kognitives Potenzial vermutet.¹⁷³

4. Prüfung eines generalisierbaren Anspruches auf Integration

[57] Um einen Anspruch auf Integration abzuleiten, muss der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht im Lichte des Diskriminierungsverbots geprüft werden.¹⁷⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER differenziert dabei zwischen einer «direkten nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung» und einer «nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung» bei der Bestimmung der Schulungsform resp. der Ausgestaltung des Unterrichts im Einzelnen.¹⁷⁵

[58] Geprüft werden analog zu Art. 36 BV die Rechtsgrundlage und die tatsächlichen Verhältnisse, ob legitime Ziele existieren und diese einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten.¹⁷⁶ Die Verhältnisse müssen vergleichbar sein und sich auf wesentliche, entscheidungsrelevante Tatsachen beziehen. Es soll die gesellschaftliche Wirklichkeit wertend beurteilt sowie die Sensibilität der Situation und die Nöte der Betroffenen beachtet werden.¹⁷⁷

[59] Die Ungleichbehandlung bzgl. der Schulungsform als besonders intensiver Eingriff muss mit besonders hoher Dichte und Genauigkeit geprüft und qualifiziert begründet werden.¹⁷⁸ Kann die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden, ist der Unterricht nicht ausreichend im Sinne von Art. 19 BV.¹⁷⁹

4.1. Grundlage der Ungleichbehandlung

[60] Um zu prüfen, ob der Anspruch auf Sonderschulung gem. Art. 62 Abs. 3 BV als direkte Diskriminierung qualifiziert werden kann, ist der Gesetzeszweck massgebend.¹⁸⁰ Der Absatz wurde im Rahmen der Kompetenzverschiebung durch den BB NFA eingeführt, um eine befürchtete Verschlechterung der Situation zu vermeiden und damit in gewisser Weise die Leistungen der IV zu ersetzen.¹⁸¹ Der in der Lehre umstrittene Rechtsanspruch auf entsprechende Sonderschulung

¹⁷⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 391; MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 23 und 49.

¹⁷¹ Bundesamt für Statistik (BFS), Statistik der Sonderpädagogik Schuljahr 2017/18, S. 11.

¹⁷² SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 392.

¹⁷³ SAHLI et al. (Fn. 168), S. 9.

¹⁷⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 38.

¹⁷⁵ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 1 und 126.

¹⁷⁶ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 15.

¹⁷⁷ Z.v.: SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 22.

¹⁷⁸ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 123 und 174; vgl. WALDMANN (Fn. 125), N 36.

¹⁷⁹ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 135.

¹⁸⁰ WALDMANN (Fn. 125), N 33.

¹⁸¹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 336; EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 40.

für Kinder mit Behinderungen geht aber nur bzgl. der Zeit über die Ansprüche von Art. 19 BV hinaus.¹⁸²

[61] Im Zentrum von Art. 62 Abs. 3 BV steht die Pflicht der Kantone, einen den besonderen Bedürfnissen von Kindern mit Behinderungen angepassten Grundschulunterricht bereitzustellen. Die Sonderschulung stellt damit einerseits eine verfassungsrechtlich gebotene kompensatorische Massnahme dar.¹⁸³ Der Anspruch ermöglicht andererseits i.V.m. Art. 8 Abs. 4 BV eine Privilegierung und kann Kindern mit Behinderungen eine Leistung gewähren, die über das Mindestmass eines ausreichenden Grundschulunterrichts hinausgeht.¹⁸⁴ Das Ziel ist der Abbau von Stigmatisierungen und die gesellschaftliche Inklusion.¹⁸⁵ Die Norm lässt Raum für eine optimale integrative Förderung durch die Gleich- oder Besserstellung von Kindern mit Behinderungen. Die Verfassungsbestimmung kann damit menschenrechtskonform ausgelegt werden.

[62] Massgebend sind folglich die kantonalen Bestimmungen.¹⁸⁶ Eine Analyse der Normdichte und -stufe der einzelnen kantonalen Normen würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb der Fokus auf der Umsetzung in der Praxis und deren Folgen liegen soll. Es sei dennoch darauf hingewiesen, dass das Argument betreffend tiefere Anforderungen an die Normdichte und -stufe aufgrund des Sonderstatusverhältnisses kritisch zu hinterfragen ist, da es sich einerseits um die Zuteilung in jenes Sonderstatusverhältnis handelt und andererseits ebene Zuteilung enorme Auswirkungen auf die Lebensführung der betroffenen Kinder zeitigt.¹⁸⁷

4.2. Differenzierung nach Behinderungsformen

[63] Der Behinderungsbegriff «verlangt nach einem differenzierten Umgang mit den verschiedenen Erscheinungsformen der Behinderung im jeweiligen Lebensbereich: {...} In der Praxis werden sowohl der Behindertenbegriff als auch das Diskriminierungsverbot in erster Linie kontextabhängig konkretisiert und in Würdigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt.»¹⁸⁸

[64] Bei Kindern wird zwischen Sinnesbeeinträchtigungen, Körperbehinderungen, chronischen Krankheiten, geistigen Behinderungen, Lern- und Sprachbehinderungen sowie Verhaltensstörungen unterschieden.¹⁸⁹ Kinder mit Seh-, Hör- oder Körperbehinderungen werden bereits heute mehrheitlich integriert geschult und mit Hilfsmitteln unterstützt, die von der IV finanziert werden.¹⁹⁰ Eine Separation kann m.E. bei einer normalen Bildungsfähigkeit unter keinen Umständen gerechtfertigt werden.¹⁹¹

¹⁸² EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 41; BREITENMOSER (Fn. 67), S. 69 f.; HÄNNI (Fn. 49), N 17 und 37.

¹⁸³ HARDY LANDOLT, Behindertendiskriminierungsverbot – kein «zahnloser Tiger»? in: AJP/PJA 3/2022, S. 241 ff., S. 246.

¹⁸⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 24), Rz. 28; AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 175 ff.

¹⁸⁵ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 183.

¹⁸⁶ FILIPPO (Fn. 2), N 114.

¹⁸⁷ Vgl. KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 7; AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 116 ff.

¹⁸⁸ WALDMANN (Fn. 125), N 83.

¹⁸⁹ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1731.

¹⁹⁰ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1731; STEFF AELLIG/SIMONA ALTMAYER/ANDREA LANFRANCHI, Schulische Inklusion, Daten, Fakten und Positionen, Interkantonale Hochschule für Heilpädagogik, Zürich 2021, S. 17; MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 74 f.

¹⁹¹ Vgl. HARDY LANDOLT, in: Das behinderte Kind, S. 196.

[65] Die separierte Sonderschulung wird sodann angeordnet, wenn der Besuch der Regelklasse nicht möglich oder nicht zumutbar ist.¹⁹² Dies betrifft einerseits Kinder mit Lernbehinderungen und eingeschränkter Bildungsfähigkeit.¹⁹³ Diese heterogene Gruppe wird dabei am meisten mit Schwierigkeiten hinsichtlich der schulischen Integration konfrontiert.¹⁹⁴ Andererseits werden Kinder mit Verhaltensstörungen oft separativ unterrichtet. Diese Kinder stellen dabei die grösste Herausforderung für die Integration dar.¹⁹⁵

4.2.1. Regelschulunfähigkeit

[66] Es ist grundsätzlich anerkannt, dass eine kleine Minderheit von Kindern auch mit angemessenen Unterstützungsmassnahmen nicht in Regelschulen unterrichtet werden können. Dies betrifft ca. 10–20% aller Kinder mit Behinderungen oder ca. 0.4–1% aller Kinder.¹⁹⁶ Diese Kinder mit schweren oder Mehrfachbehinderungen gelten als nicht schulisch, sondern nur praktisch oder rudimentär bildungsfähig, und werden mehrheitlich in stationären Einrichtungen untergebracht und gebildet.¹⁹⁷

[67] Sobald «die Lernfähigkeit in schwerwiegender Weise beeinträchtigt {ist}, soll das Kind in die Lage versetzt werden, so weit selbständig am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen, als es seine Fähigkeiten zulassen.»¹⁹⁸ Dabei geht es um das Erlernen von alltäglichen praktischen Tätigkeiten, weshalb die Chancengleichheit nur bedingt erfüllt werden kann und eine separierte Sonderschulung m.E. gerechtfertigt erscheint.¹⁹⁹

4.2.2. Kinder mit Verhaltensstörungen

[68] Wenn Kinder mit Verhaltensstörungen die Bildung der Mitschüler:innen durch übermässiges Stören oder die persönliche Integrität durch wiederholt auftretendes und unkontrolliertes aggressives Verhalten gefährden, ist ein Ausschluss oder Time-out aus disziplinarischen Gründen möglich. Um unvermeidbare Grundrechtskollisionen in Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV aufzulösen, ist u.U. sogar eine Einschränkung des Anspruchs auf ausreichenden Grundschulunterricht zulässig.²⁰⁰ Da der Anspruch auf Grundschulunterricht jedoch grundsätzlich im Klassenverband besteht, sollte ein Ausschluss aus disziplinarischen Gründen vorgängig angedroht und nur als *ultima ratio* angeordnet werden.²⁰¹

[69] Nicht selten überschneiden sich Verhaltensauffälligkeiten mit anderen Behinderungsformen. Eine Abgrenzung zwischen sonderpädagogischen und disziplinarischen Gründen erscheint je-

¹⁹² BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1732; EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 37.

¹⁹³ Z.v.: LANDOLT (Fn. 191), S. 194.

¹⁹⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 17; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 6.

¹⁹⁵ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 5.

¹⁹⁶ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 40; BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1729; KRONENBERG (Fn. 29), S. 29 und 31.

¹⁹⁷ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 26; FILIPPO (Fn. 2), N 42.

¹⁹⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 338.

¹⁹⁹ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1732.

²⁰⁰ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 44; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 68; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 350.

²⁰¹ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 68 ff.

doch nicht immer klar.²⁰² Sofern die Bildungs- und Lernfähigkeiten beeinträchtigt sind, muss m.E. ein sonderpädagogischer «Ausschluss» in diesem Rahmen getrennt geprüft werden.

4.2.3. Grenzbereich bei eingeschränkter Bildungs- und Lernfähigkeit

[70] Kinder mit geistigen oder Mehrfachbehinderungen gelten weiterhin oft als «nur» praktisch oder rudimentär bildungsfähig.²⁰³ Für Kinder mit geistigen Beeinträchtigungen sind die Regelschulen daher weitgehend nicht zugänglich und sie werden mehrheitlich in Sonderschulen unterrichtet. Behinderungsausgleichende Massnahmen und notwendige persönliche Assistenz werden ihnen oft verweigert.²⁰⁴ Für Kinder mit intellektuellen und psychosozialen Behinderungen wird das System daher als Separationsmaschine angeprangert.²⁰⁵ Sofern diese Kinder auch nur teilweise schulisch bildungsfähig sind, ist im Rahmen einer Güterabwägung zu bestimmen, welche Schulungsform der Entwicklung und dem Kindeswohl am besten entspricht.²⁰⁶ Im Folgenden muss der Fokus der weiteren Prüfung daher auf Kinder mit Behinderungen in diesem Grenzbereich gelegt werden.

4.2.4. Spezialfall: Kinder ohne RILZ

[71] Etwas über 2'000 Kinder in Sonderklassen sowie ca. 1'700 Kinder in Sonderschulklassen werden ohne RILZ unterrichtet und folgen dementsprechend dem Regelschulstoff.²⁰⁷ Eine Ungleichbehandlung kann aufgrund der normalen Bildungsfähigkeit nicht qualifiziert begründet werden.²⁰⁸ Sofern sie nicht durch einen disziplinarischen Ausschluss separiert wurden, sollte einer Integration folglich nichts im Wege stehen.²⁰⁹ Analoges gilt für Kinder, die nur in einzelnen Fächern RILZ erhalten. Diese Kinder sollten zumindest in den Fächern ohne RILZ teilintegriert geschult werden können.

4.3. Legitime Ziele

[72] Eine Differenzierung kann entweder an tatsächliche Verhältnisse oder öffentliche Interessen anknüpfen und damit sog. interne oder externe Regelungsziele verfolgen.²¹⁰ Besonders relevant ist die Bestimmung, welchem Interesse welcher Teil der Abweichung dient.²¹¹

²⁰² UEBERSAX (Fn. 36), S. 45.

²⁰³ BBl 2001 1715 ff. (Fn. 12), 1733.

²⁰⁴ Z.v.: PHILIPPE GNAEGI/NADINE HOCH, Familienpolitik in der Schweiz, 2022, S. 370.

²⁰⁵ Handicap Inclusion, Updated Shadow Report (Civil Society Report on the Occasion of the Initial State Report Procedure for Switzerland before the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities), Bern, 13. Februar 2022, S. 43; Vgl. FILIPPO (Fn. 2), N 131 ff.

²⁰⁶ LANDOLT (Fn. 191), S. 194.

²⁰⁷ Lernende der Sonderpädagogik: Basistabellen 2021/22 und Basistabellen 2019/20.

²⁰⁸ LANDOLT (Fn. 191), S. 197.

²⁰⁹ ROMAIN LANNERS, Kostenkontrolle und Ressourcenmanagement in der Sonderpädagogik, in: Schweizerische Zeitschrift für Heilpädagogik, Jg. 28, 12/2022, S. 24 ff., S. 30 und 32.

²¹⁰ WALDMANN (Fn. 125), N 33.

²¹¹ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 130.

[73] Die Praxis und Lehre geht mehrheitlich davon aus, dass eine behinderungsbedingte Nicht-einschulung in die Regelschule nur qualifiziert unter vorrangiger Beachtung des Kindeswohls im Rahmen des effektiv Möglichen gerechtfertigt werden kann.²¹² Eine Separation wird folglich angeordnet, wenn der Besuch einer Regelschule dem Kindeswohl direkt widerspricht oder der Grundschulunterricht in der Regelschule nicht ausreichend erscheint und dadurch dem Kindeswohl nicht gerecht werden kann. In Anbetracht der idealen Leistung muss daher das Kindeswohl differenziert unter den aktuellen Verhältnissen betrachtet werden. Es muss klar unterschieden werden, ob überwiegende Kindesinteressen bestehen, die gegen eine Integration sprechen, oder externe Regelungsziele den ausreichenden Unterricht in der Regelschule verunmöglichen.²¹³

[74] Es soll daher zuerst eine Prüfung der Ungleichbehandlung bzgl. der Schulungsform im Lichte von u.U. gegenläufigen Kindesinteressen vorgenommen werden. Erst wenn feststeht, dass eine Integration dem Kindeswohl besser entspricht, muss anschliessend ein Abweichen von der ausreichenden integrativen Ausgestaltung des Unterrichts durch externe Regelungsziele gerechtfertigt werden können, damit eine separierte Sonderschulung als Variante des ausreichenden Grundschulunterrichts dem Kindeswohl besser entspricht.

4.4. Prüfung der Ungleichbehandlung bezüglich der Schulungsform

[75] Die kantonale Praxis knüpft bei einer Separation am besonderen Bildungsbedarf an. Ist die schulische Fähigkeitsbeeinträchtigung genügend schwerwiegend, um eine Separation anzuordnen, liegt eine Behinderung vor (vgl. 2.2. Der besondere Bildungsbedarf und die schulisch relevante Behinderung). Dies schliesst indes nicht aus, dass auch Kinder in der Regelschule eine schulisch relevante Behinderung erleben. Eine Separation knüpft daher zumindest indirekt an die Behinderung an.²¹⁴ Das Anknüpfen an verpönte Merkmale, ist nicht absolut verboten, sondern fragwürdig und es entsteht der Verdacht einer Diskriminierung, welche qualifiziert gerechtfertigt werden muss.²¹⁵ Sowohl in der BV als auch in der BRK sind direkte und indirekte Diskriminierungen verboten. Beide Formen betreffen als (un-)beabsichtigtes Ergebnis von Politiken oder Praktiken mit u.U. legitimen Zielen in qualitativer oder quantitativer Hinsicht Kinder mit Behinderungen stärker als Kinder ohne Behinderungen.²¹⁶ Im Fokus steht damit die Unzulässigkeit der hervorgebrachten Gründe oder der hervorgerufenen Folgen.²¹⁷ Relevant sind insbesondere auch systemische, strukturelle und institutionelle Diskriminierungen, welche als versteckte oder offene Muster tief im sozialen Verhalten und in der Organisation verankert sind.²¹⁸ Im Kern steht das Verbot der Stereotypisierung.²¹⁹

²¹² UEBERSAX (Fn. 36), S. 42; EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 39; BBl 2013 661 ff. (Fn. 145), 701.

²¹³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 3.2.6. und E. 5.3.1.

²¹⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 131.

²¹⁵ SCHWEIZER/FANKHAUSER (Fn. 53), N 59.

²¹⁶ NAGUIB (Fn. 146), N 18 f.

²¹⁷ NAGUIB (Fn. 146), N 20; vgl. Art. 2 Abs. 4 BRK.

²¹⁸ NAGUIB (Fn. 146), N 24.

²¹⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 21.

4.4.1. Das Kindeswohl

[76] Das Prinzip des «best interest of the child» gem. Art. 3 Abs. 1 KRK und Art. 7 Abs. 2 BRK muss bei der Auslegung und Anwendung der Gesetzgebung und als Verfahrensgrundsatz beachtet werden.²²⁰ Als internes Regelungsziel stellt das Kindeswohl auf die tatsächlichen Unterschiede von Kindern mit Behinderungen ab und soll den besonderen Bedürfnissen gerecht werden. Das Kindeswohl sollte daher die ideale Leistung widerspiegeln.²²¹ Eine grundrechtliche Güterabwägung bei Kindesbelangen ist jedoch oft mehrdimensional und sehr komplex, was eine umfassende und vorsichtige Auseinandersetzung mit allen Interessen verlangt.²²² Das Wohl des Kindes muss aktiv ermittelt und vorrangig berücksichtigt werden.²²³ Dazu soll «eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht {angestrebt werden}, wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist».²²⁴ Als Orientierung dient der zweigliedrige Kindeswohlbegriff, der aus einer objektiven, fachlichen Einschätzung des wohlverstandenen Bedarfs und den subjektiven Bedürfnissen und Wünschen des Kindes besteht.²²⁵ Das Kind mit Behinderungen steht dabei immer im Fokus der Bildung und die Bildung muss auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sein.²²⁶

[77] Kinder mit Behinderungen gehören zu den vulnerabelsten Menschen. Sie bedürfen daher besonderem Schutz und spezifischer Förderung, welche den speziellen Bedürfnissen und dem individuellen Entwicklungsstand angepasst sind.²²⁷ Daher stehen auch bei Art. 11 Abs. 1 BV als sozialem Grundrecht die positiven Schutz-, Leistungs- und Gewährleistungspflichten im Vordergrund.²²⁸

[78] Das BGer betont einen Bezug von Art. 11 Abs. 1 BV zur Chancengleichheit, wobei der Schutzanspruch den spezifischeren Diskriminierungsschutz für Kinder mit Behinderungen verstärken kann.²²⁹ Es wird eine alterssensible Umsetzung von Schutzpflichten gefordert.²³⁰ Der Unversehrtheitsschutz gewährt dabei nicht das maximale Wohlbefinden, sondern soll zur Verhinderung und Beseitigung von allfälligen Beeinträchtigungen verpflichten.²³¹

[79] Der Anspruch auf Förderung von Art. 11 Abs. 1 BV zweiter Teilsatz weist Berührungspunkte mit Art. 19 i.V.m. Art. 62 BV und Art. 8 Abs. 4 BV auf.²³² Die Förderung zielt «auf die Herstellung eines guten, individuell angepassten und chancengleichen Entwicklungsumfelds für {Kinder mit Behinderungen}».²³³ Im Bereich der Grundschule geht Art. 19 BV i.V.m. Art. 62 BV als spezifische

²²⁰ WYTTENBACH (Fn. 119), N 15; GANNER (Fn. 66), N 103.

²²¹ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 129.

²²² WYTTENBACH (Fn. 119), N 22; vgl. CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 47.

²²³ GANNER (Fn. 66), N 100 f.

²²⁴ WYTTENBACH (Fn. 119), N 15; BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

²²⁵ GANNER (Fn. 66), N 110.

²²⁶ CRC/GC/2001/1 (Fn. 72), Ziff. 9.

²²⁷ WYTTENBACH (Fn. 119), N 18.

²²⁸ WYTTENBACH (Fn. 119), N 12.

²²⁹ WYTTENBACH (Fn. 119), N 13.

²³⁰ AXEL TSCHENTSCHER, in: BSK-BV Art. 11 N 2 und 10.

²³¹ WYTTENBACH (Fn. 119), N 16.

²³² WYTTENBACH (Fn. 119), N 33.

²³³ WYTTENBACH (Fn. 119), N 34.

Förderung grundsätzlich vor, wobei Art. 11 i.V.m. Art. 67 BV zur Auslegung beigezogen werden kann.²³⁴

4.4.2. Verhältnismässigkeit

[80] Zu prüfen ist, ob die separierte Sonderschulung mit genügender Präzision und Intensität dem spezifischen Schutz- und Förderanspruch entspricht und in einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung gerechtfertigt werden kann.²³⁵ In Anbetracht der idealen Leistung stehen die tatsächlichen Auswirkungen der Schulungsform auf die Integration und die Chancengleichheit im Vordergrund.

4.4.2.1. Eignung

[81] Die separierte Sonderschulung hat keineswegs nur negative Aspekte auf das Wohl und die Entwicklung von Kindern mit Behinderungen.²³⁶ Das BGer geht sogar davon aus, dass die separierte Sonderschulung aufgrund des individualisierten Unterrichts, welcher für alle Kinder wünschenswert sei, eine Besserstellung darstellt.²³⁷ In einer geschützten Lernumgebung werden Kinder mit Behinderungen durch eine spezifische und engmaschige Förderung mit geringerem Leistungsdruck besser beim Wissenserwerb unterstützt und können dadurch zumindest kurzfristig ihr intellektuelles Potential besser entfalten.²³⁸ Kinder in Sonderschulen erhalten durch kleinere Klassen durchschnittlich eine dreimal intensivere Betreuung.²³⁹ Eine Separation erscheint daher geeignet, dem spezifischen Förderanspruch und den besonderen Bildungsbedürfnissen von Kindern mit Behinderungen gerecht zu werden.

4.4.2.2. Erforderlichkeit

[82] Gemäss BGer muss die integrative Förderung «mittels der Behinderung angepassten Massnahmen mindestens gleichwertig {sein}, wie eine separierte Sonderschulung», damit eine Integration den besonderen Bedürfnissen von Kindern mit Behinderungen entspricht.²⁴⁰

[83] Die Forschungslandschaft ist sich einig, dass die qualitativ hochstehende Gestaltung des Unterrichts für alle Kinder und die spezifische Förderung innerhalb der gewählten Schulform insbesondere für den kurzfristigen Lernerfolg eine bedeutend wichtigere Rolle spielen als die Wahl der Schulungsform selbst.²⁴¹ Die Lernentwicklung in der Regelschule ist über verschiedene Behinderungsformen gesehen mindestens gleichwertig oder besser als in der separierten Sonderschulung.²⁴² Leistungsschwächere Lernende profitieren von den stärkeren Mitschüler:innen

²³⁴ WYTTENBACH (Fn. 119), N 13; WYTTENBACH (Fn. 42), N 3.

²³⁵ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 120 ff.

²³⁶ LANDOLT (Fn. 183), S. 245.

²³⁷ BGE 138 I 162, E. 4.1.

²³⁸ Z.v.: AELLIG et al. (Fn. 190), S. 3.

²³⁹ KRONENBERG (Fn. 29), S. 83.

²⁴⁰ BGE 138 I 162, Regeste.

²⁴¹ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 3 f. und 17.

²⁴² GÉRARD BLESS, Wirkungen der schulischen Integration auf Schülerinnen und Schüler, in: Schweizerische Zeitschrift für Heilpädagogik, Jg. 24, 2/2018, S. 6 ff., S. 7 f.

als positive Vorbilder und übernehmen erfolgreiche Lernstrategien.²⁴³ Integriert geschulte Kinder mit Behinderungen haben im Vergleich zu separiert geschulten Kindern mit Behinderungen zwar ein tieferes, aber realistischeres Selbst- resp. Begabungskonzept.²⁴⁴ Kinder insbesondere mit intellektuellen Beeinträchtigungen erzielen auch grössere Fortschritte im Bereich ihrer Anpassungsfähigkeit.²⁴⁵ Integriert geschulte Kinder mit Behinderungen zeigen daher bessere Leistungen und schliessen häufiger resp. erfolgreicher eine weiterführende Bildung oder Berufslehre ab.²⁴⁶ Damit haben integrierte Kinder mit Behinderungen signifikant höhere Chancen im Arbeitsmarkt und insbesondere auf einen erfolgsversprechenden Berufszugang.²⁴⁷

[84] Unter Berücksichtigung des RTI-Ansatzes kann die qualitativ hochstehende integrative Förderung als milderes Mittel eine ausreichende Grundschulbildung bieten.²⁴⁸ Positive Auswirkungen auf die schulische Leistung und Entwicklung zeigt insbesondere der NAG.²⁴⁹ Eine Separation ist m.E. daher oft zu intensiv und nicht erforderlich. Vollständigkeitshalber soll weiter die Zumutbarkeit einer Separation analysiert werden.

4.4.2.3. Zumutbarkeit

[85] Um die Angemessenheit zu bestimmen, müssen die verbundenen Risiken am angestrebten Erfolg gemessen werden. Kurzfristige Unannehmlichkeiten oder schmerzhaft Prozesse sind für Kinder mit Behinderungen u.U. unumgänglich und müssen mit Blick auf die langfristige Entwicklung akzeptiert werden.²⁵⁰ Es müssen insbesondere die Lernfortschritte der Kinder mit Behinderungen, die Auswirkungen auf die Kinder ohne Behinderungen sowie die spätere berufliche und gesellschaftliche Inklusion der Lernenden beurteilt werden.²⁵¹

[86] Im Ergebnis geht es um die Prüfung, ob die Separation eine Besser- oder Schlechterstellung darstellt, resp. ob die Leistungen weiter oder weniger weit gehen oder etwas anderes beinhalten als in der Regelschule.²⁵² Die Prüfung «hat mit besonderer Vorsicht zu erfolgen, da sich auch scheinbare Besserstellungen von behinderten Menschen im Ergebnis als Benachteiligungen entpuppen oder sich jedenfalls als ambivalent erweisen können.»²⁵³

[87] In einer Güterabwägung stehen neben der rechtlichen und sozialpolitischen Sichtweise der Inklusion vor allem sozialpädagogische, auf empirischem Wissen basierende Argumente im Vordergrund.²⁵⁴ Die Forschungslage ist jedoch allgemein noch sehr dünn und z.T. widersprüchlich.²⁵⁵ Die Tendenz ist jedoch ziemlich deutlich.

²⁴³ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 3; BLESS (Fn. 242), S. 7.

²⁴⁴ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 4 und 7.

²⁴⁵ BLESS (Fn. 242), S. 9.

²⁴⁶ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 9; BLESS (Fn. 242), S. 8.

²⁴⁷ Filippo (Fn. 2), N 5; AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7.

²⁴⁸ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 138.

²⁴⁹ SAHLI et al. (Fn. 168), S. 13.

²⁵⁰ SUTTER (Fn. 66), S. 24 und 26.

²⁵¹ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 3.

²⁵² AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 129.

²⁵³ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 21.

²⁵⁴ BLESS (Fn. 242), S. 6.

²⁵⁵ BLESS (Fn. 242), S. 7 ff.; AELLIG et al. (Fn. 190), S. 3.

4.4.2.3.1. Tatsächliche Auswirkungen

[88] Insgesamt überwiegen die positiven Effekte einer integrativen Schulung insbesondere auch bei Kindern mit intellektuellen Beeinträchtigungen, wobei eine Art Schwelleneffekt bzgl. der Anzahl Kinder mit besonderem Förderbedarf in einer Klasse festgestellt wurde.²⁵⁶ Positive Wirkfaktoren bzw. Qualitätsmerkmale einer integrativen Schulung sind der soziale Austausch, die Anregungen durch die Mitschüler:innen, die Wohnortnähe sowie die individualisierte pädagogische Vorgehensweise.²⁵⁷ Die positiven Aspekte verstärken sich, wenn genügend Ressourcen und Fachkräfte in den Regelschulen vorhanden sind. Wie noch aufgezeigt wird, besteht eine Verpflichtung, die Ressourcen bereitzustellen (vgl. 4.5.2.2. Erforderlichkeit von Massnahmen).

[89] Die gemeinsame Schulung am Wohnort ist der Motor für die Teilhabe an der Gesellschaft.²⁵⁸ Integriert geschulte Kinder mit Behinderungen verfügen über ein tragfähigeres soziales Netz und ein ausgeprägteres Freizeitverhalten.²⁵⁹ Die Kinder werden damit vor einer sozialen Entwurzelung geschützt.²⁶⁰ Kinder mit Behinderungen erfahren jedoch in der Regelschule z.T. eine geringere soziale Akzeptanz.²⁶¹ Das Argument darf aber nur mit grösster Vorsicht berücksichtigt werden. Ein solches Verhalten kann nur durch ein inklusives Setting langfristig vermieden werden.²⁶² Die Integration führt durch einen frühzeitigen und selbstverständlichen Austausch von Kindern mit und ohne Behinderungen langfristig zu einer toleranteren Gesellschaft und zur Anerkennung aller Menschen als gleichberechtigte Mitglieder der Gesellschaft.²⁶³ Durch die steigende Heterogenität wird zudem von der Schule eine stärkere Individualisierung des Unterrichts gefordert. Dies wirkt sich grundsätzlich positiv für alle Lernenden aus.²⁶⁴ Eine Integration und ein inklusives Bildungssystem bringen somit Vorteile für alle.²⁶⁵

[90] Der erstmalige Separierungsentscheid zeitigt zudem häufig eine endgültige Wirkung, wodurch bereits im frühkindlichen Alter die Weichen für die spätere berufliche Laufbahn gestellt werden.²⁶⁶ Eine Etikettierung als «Kind mit Behinderung» i.V.m. einer Separation erweisen sich oft als selbsterfüllende Prophezeiung.²⁶⁷ Verhaltensauffälligkeiten von Kindern mit Behinderungen werden zudem in einem separierten Setting viel eher verstärkt als gebremst.²⁶⁸ Implizite Schülermerkmale können z.T. den Entscheid beeinflussen und damit vorhandene Beeinträchtigungen verstärken.²⁶⁹

²⁵⁶ KRONENBERG (Fn. 29), S. 86 f.; BLESS (Fn. 242), S. 9.

²⁵⁷ KRONENBERG (Fn. 29), S. 88 f.

²⁵⁸ BLESS (Fn. 242), S. 6.

²⁵⁹ BLESS (Fn. 242), S. 8 ff.; AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7.

²⁶⁰ BLESS (Fn. 242), S. 7 ff.; vgl. zur ähnlichen Problematik bei Homeschooling oder einer langfristigen Separation von Kindern mit Migrationshintergrund: HÄNNI (Fn. 49), N 25; EHREZZELLER/BERNET (Fn. 42), N 31; WYTTENBACH (Fn. 42), N 12.

²⁶¹ BLESS (Fn. 242), S. 10.

²⁶² Z.v.: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 354 f.

²⁶³ FILIPPO (Fn. 2), N 5; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 355; CRC/GC/2001/1 (Fn. 72), Ziff. 11.

²⁶⁴ BLESS (Fn. 242), S. 7.

²⁶⁵ FILIPPO (Fn. 2), N 5.

²⁶⁶ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 6 f.; LANNERS (Fn. 209), S. 24 und 27.

²⁶⁷ KIND (Fn. 10), S. 9.

²⁶⁸ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 5 f.

²⁶⁹ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7: dazu gehören insb. Geschlecht, Nationalität, Bildungshintergrund und Wohnort.

4.4.2.3.2. Güterabwägung zwischen Integration und Chancengleichheit

[91] Kinder mit Behinderungen erhalten durch die separierte Sonderschulung m.E. eine grundsätzlich andere Leistung. Eine Integration kann vor Ausgrenzung, Stigmatisierungen und Diskriminierungen schützen, wohingegen die separierte Sonderschulung die spezifischere Förderung im Sinne des Egalisierungsgebotes bieten kann. Während die Chancengleichheit nicht unbedingt eine absolute Gleichstellung erreichen muss, soll der Diskriminierungsschutz Benachteiligungen verhindern oder beseitigen.²⁷⁰ Damit entsteht m.E. ein Spannungsverhältnis zwischen der formellen und materiellen Gleichstellung.²⁷¹ Der Staat ist prioritär verpflichtet, Benachteiligungen insbesondere entwicklungshemmende Massnahmen zu vermeiden und Diskriminierungen zu unterlassen. Dem Recht auf Gleichbehandlung kommt zudem im Vergleich zum Recht auf Differenzierung faktisch ein gewisser Vorrang zu.²⁷²

[92] In Anbetracht des Kindeswohls geht es stellvertretend um das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Schutz und demjenigen auf Förderung. Bei gegenläufigen Kindesinteressen kann m.E. nicht auf die Prüfung der Zumutbarkeit verzichtet werden.²⁷³ Es muss vielmehr eine praktische Konkordanz zwischen der rechtlichen und faktischen Gleichstellung und damit zwischen dem vielschichtigen und anspruchsvollen Anspruch auf Integration und dem ebenso komplexen Anspruch auf Chancengleichheit erreicht werden.²⁷⁴

[93] Die integrierte Schulung am Wohnort fördert die Ziele der Inklusion in allen Lebensbereichen und optimaler Teilhabechancen deutlich stärker als eine separierte Schulung.²⁷⁵ Integriert geschulte Kinder können langfristig ein besseres Leben mit höheren Erfolgchancen führen und als Folge der Gesellschaft mehr Vorteile bringen.²⁷⁶ Eine Separation erweist sich mit Blick auf die langfristige Entwicklung daher oft als Benachteiligung und qualitativ schlechtere Bildung. Eine generelle Benachteiligung genügt jedoch im Sinne der Herabwürdigungstheorie nicht.²⁷⁷ Für eine Diskriminierung muss eine qualifizierte Benachteiligung und die Gefahr einer Stigmatisierung oder Ausgrenzung aufgrund von Vorurteilen (*handicap construit*) oder strukturellen Barrieren (*handicap réel*) bestehen.²⁷⁸ Die Ausgrenzung von Kindern mit geistigen Beeinträchtigungen durch die strukturelle Barriere der Segregation erzeugt m.E. genügend signifikante resp. substantielle, offenkundig negative Auswirkungen auf die Partizipation und Inklusion.²⁷⁹ Eine Diskriminierungsabsicht wird nicht vorausgesetzt.²⁸⁰ Die geringen und oft nur kurzfristigen Vorteile der spezifischen Förderung in einer Sonder(schul)klasse können die Ausgrenzung jedenfalls nicht qualifiziert rechtfertigen. Daher ist die Ungleichbehandlung bzgl. der Schulungsform

²⁷⁰ NAGUIB (Fn. 59), N 26.

²⁷¹ BISCHOF (Fn. 13), N 193.

²⁷² WALDMANN (Fn. 125), N 26.

²⁷³ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 139.

²⁷⁴ WYTTENBACH (Fn. 42), N 12; WALDMANN (Fn. 125), N 94.

²⁷⁵ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7; BLESS (Fn. 242), S. 9.

²⁷⁶ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 9.

²⁷⁷ LANDOLT (Fn. 191), S. 182 f.

²⁷⁸ BISCHOF (Fn. 13), N 193 und 196; KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 43 und 48.

²⁷⁹ WALDMANN (Fn. 125), N 63.

²⁸⁰ WALDMANN (Fn. 125), N 60.

in Anbetracht des Kindeswohls oft weder erforderlich noch zumutbar und muss als Diskriminierung unterlassen werden.²⁸¹

4.5. Prüfung der unzureichenden Ausgestaltung des Unterrichts

[94] Obwohl Unterlassungspflichten direkt anwendbar sind, vermag das Diskriminierungsverbot als Abwehrrecht keinen direkten Anspruch auf integrative Schulung zu gewähren. Der Anspruch entsteht erst durch die Gewährleistung von geeigneten Massnahmen in der Regelschule.²⁸² Indirekte Diskriminierungen stehen daher häufig mit einer Umsetzungsproblematik in Zusammenhang. Wenn eine unzulässige Benachteiligung nur durch einen Leistungsanspruch beseitigt werden kann, ein solcher sich weder direkt aus Art. 8 Abs. 2 BV noch aus einem auf Art. 8 Abs. 4 BV gestützten Gesetz ableiten lässt, entsteht eine Pattsituation. LANDOLT bejaht zumindest bei offensichtlichen Benachteiligungen einen Leistungsanspruch und das BGer gewährt ausnahmsweise Leistungen wie Assistenzlektionen oder einen behindertengerechten Schulunterricht.²⁸³

[95] Die Verweigerung von angemessenen Vorkehrungen gilt gem. BRK als Diskriminierung. Welche Massnahmen im konkreten Fall geboten und erforderlich sind, misst sich daher auch am Diskriminierungsverbot.²⁸⁴ Eine Abweichung der idealen Leistung muss spezifisch gerechtfertigt werden.²⁸⁵ Dabei geht es um die Ausgestaltung des ausreichenden Unterrichts innerhalb der Regelklasse.²⁸⁶ Das Diskriminierungsverbot in Art. 5 BRK unterliegt nicht dem Progressionsvorbehalt und eröffnet damit in Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Rechte) justiziable Ansprüche.²⁸⁷

[96] Auch wenn die Integration der Normalfall ist, existiert kein absoluter Anspruch. Eine Separation ist zulässig, sobald die erforderlichen Sonderschulungsmassnahmen in der Regelschule als mildere Massnahme nicht umsetzbar sind, weil die Ressourcen für eine intensive Betreuung nicht bedarfsgerecht organisiert werden können.²⁸⁸ Damit sind es prioritär finanzielle, organisatorische, personelle und ähnliche Erwägungen, die eine von dem Kindeswohl abweichende, separierte Sonderschulung legitimieren.²⁸⁹

4.5.1. Externe Regelungsziele

[97] Vom idealen Grundschulangebot darf unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Verhältnismässigkeit abgewichen werden, wenn finanzielle oder organisatorische Interessen es erfordern.²⁹⁰ Dabei handelt es sich nicht um eine Eingriffsprüfung, sondern um die Umschreibung des

²⁸¹ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 41; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 21 f.

²⁸² Z.v.: LANDOLT (Fn. 183), 247 f.; KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 27.

²⁸³ Z.v.: LANDOLT (Fn. 183), S. 246.

²⁸⁴ MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen, in: Jusletter 19. September 2011, Rz 42.

²⁸⁵ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 284), Rz 45.

²⁸⁶ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 139 f. und 161 ff.

²⁸⁷ STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 31; STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 10 und 12; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41; vgl. auch Urteil des BGer 2C_248/2023 vom 20. September 2024, E. 4.4.3.

²⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 3.2.6. und E. 5.3.1.

²⁸⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 350.

²⁹⁰ BREITENMOSER (Fn. 67), S. 69; AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 143 f.

Anspruchs im konkreten Einzelfall. Es wird dabei eine Abweichung des Idealanspruchs gerechtfertigt, in keinem Fall aber darf ein als ausreichend geltender Grundschulunterricht gem. Art. 19 BV mit dieser Begründung unterschritten werden. Für die Sicherstellung eines ausreichenden Grundschulunterrichts erforderliche Aufwendungen müssen ohne Güterabwägung zwingend gewährleistet werden.²⁹¹ Entsteht eine unverhältnismässige Abweichung, ist der Unterricht nicht ausreichend und kann als Diskriminierung qualifiziert werden.²⁹²

[98] Interessen der Schule an einer Vereinfachung der Abläufe und Verfahren können im Rahmen der Ausgestaltung des Unterrichtes im Einzelfall beachtet werden, können aber eine Separation nicht rechtfertigen.²⁹³ Personelle und organisatorische Mängel dürfen nie als Rechtfertigung gebraucht werden und sind zu beheben.²⁹⁴ Interessen an einem geordneten und effizienten Schulbetrieb dienen dem Anspruch der Mitschüler:innen auf einen ausreichenden Unterricht.²⁹⁵

4.5.2. Verhältnismässigkeit

[99] Die Beseitigung der Benachteiligung von Kindern mit Behinderungen muss in einem möglichst schonenden gegenseitigen Ausgleich zu den Belastungen des Gemeinwesens stehen.²⁹⁶ Art. 2 Abs. 5 BehiG definiert eine Benachteiligung bei der Ausbildung, wenn entweder «die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden» (lit. a) oder «die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind» (lit. b).

[100] Für das Gelingen der Integration müssen genügend personelle und fachliche Ressourcen vorhanden sein, um schliesslich auch die entsprechende Qualität des Unterrichtes sicherzustellen.²⁹⁷ Werden die besonderen Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen nicht befriedigt, können Beeinträchtigungen schnell zu Benachteiligungen im Leben einer Gesellschaft führen, die auf Leistung und Gesundheit ausgerichtet ist. Dies führt zur Verhinderung einer altersgerechten Selbständigkeit sowie der sozialen und beruflichen Integration.²⁹⁸ Werden Kinder mit Behinderungen ohne ausreichende Unterstützung in ein Schulsystem platziert, welches für sie nicht geeignet ist, gefährdet dies die Entwicklung und Bildung aller Kinder. Die Integration kann dabei zu Überforderungen der Kinder mit und ohne Behinderungen führen.²⁹⁹ Die Probleme verstärken sich signifikant mit bestehenden oder künstlichen Sparzwängen im Bildungswesen.³⁰⁰ In einem durch Sonderschulen geprägten System besteht zudem die Gefahr, dass nur die Mehrkosten einer Integration und nicht die laufenden Kosten der Sonderschulen berücksichtigt werden. «Eine derartige einseitige Sichtweise wäre mit Art. 19 und Art. 8 Abs. 2 BV nicht vereinbar.»³⁰¹

²⁹¹ Z.v.: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 350.

²⁹² AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 135.

²⁹³ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 156 f.

²⁹⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 149 und 155.

²⁹⁵ EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 20; WYTENBACH (Fn. 42), N 23 f.

²⁹⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 28; vgl. Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. a BehiG.

²⁹⁷ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 6 und 11 f.

²⁹⁸ Z.v.: UEBERSAX (Fn. 36), S. 32 f.

²⁹⁹ BIGLER-EGGENBERGER, in: Das behinderte Kind, S. 69.

³⁰⁰ BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 299), S. 78.

³⁰¹ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 354.

4.5.2.1. Eignung

[101] Zumindest gem. BGER ist im Einzelfall die separierte Sonderschulung kostenintensiver und daher ungeeignet, finanzielle Interessen zu wahren.³⁰² Auch ein inklusives Bildungssystem wird auf lange Zeit kostengünstiger ausfallen als die Aufrechterhaltung eines dualen Systems. Der Aufbau eines inklusiven Bildungssystems mit einer umfassenden Restrukturierung und Umverteilung der notwendigen Ressourcen in die Regelschulen ist aber aufwändig und kostenintensiv.³⁰³ Einzelne Kantone beweisen jedoch bereits heute, dass zumindest ein integratives Setting finanziell möglich ist.³⁰⁴

[102] Die IV unterstützte bis ins Jahr 2008 bildungsfähige Kinder in Sonderschulen mit individuellen Leistungen. Heilpädagogische Mehrkosten einer Integration mussten die Kantone finanzieren, weshalb Kinder mit Behinderungen aufgrund finanzieller Fehlanreize zunehmend separiert wurden. Die IV gewährte zudem Bau- und Betriebsbeiträge an Sonderschulen und ermöglichte damit den Aufbau eines dualen Schulsystems.³⁰⁵

[103] In diesem dualen System wird ein Grossteil der heilpädagogischen Fachpersonen in den Sonderschulen gebunden.³⁰⁶ Eine sporadische Integration führt zum Problem, dass die Fachkräfte sowohl in den Regelschulen als auch in den Sonderschulen gebraucht werden und ein Ressourcentransfer erschwert wird.³⁰⁷ Ein separates Förderschulsystem für eine kleine Minderheit von nicht schulisch bildungsfähigen Kindern mit Behinderungen erscheint zudem als unwirtschaftlich.³⁰⁸ Da die Mehrheit der Schulen bereits an finanzieller und personeller Ressourcenknappheit leiden, ist die Aufrechterhaltung des von der IV aufgebauten Sonderschulsystems für die Kantone sehr attraktiv.³⁰⁹ Zumindest kurzfristig erscheint daher die Einschulung in eine Sonderschule geeignet, um finanzielle Interessen des Gemeinwesens zu wahren.

4.5.2.2. Erforderlichkeit von Massnahmen

[104] Durch die Problematiken der Parallelität von Regel- und Sonderschulen entsteht jedoch die Gefahr, dass Trennungsentscheide unabhängig von den tatsächlichen Bedürfnissen gefällt werden, um das System kosteneffizienter zu gestalten.³¹⁰ Um Kosten besser zu managen und Ressourcen nachhaltiger zu nutzen, ist der Kompetenzaufbau in Regelschulen mit gleichzeitiger Reduktion der Zuweisungen in Sonderschulen elementar.³¹¹ Die Umsetzung des UDL würde es zudem ermöglichen, einen Grossteil der sonderpädagogischen Fachkräfte freizubekommen, da individuelle Anpassungen subsidiär zur Zugänglichkeit sind.³¹²

³⁰² BGE 138 I 162, E. 4.1.

³⁰³ Z.v.: FILIPPO (Fn. 2), N 45.

³⁰⁴ LANNERS (Fn. 209), S. 26 f.

³⁰⁵ Z.v.: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 335 f.; KRONENBERG (Fn. 29), S. 51 f.; LANDOLT (Fn. 191), S. 193.

³⁰⁶ AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7.

³⁰⁷ Z.v.: KRONENBERG (Fn. 29), S. 84.

³⁰⁸ FILIPPO (Fn. 2), N 42.

³⁰⁹ BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 299), S. 78; Handicap Inclusion (Fn. 205), S. 44.

³¹⁰ Inclusion Handicap (Fn. 205), S. 44; AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7.

³¹¹ LANNERS (Fn. 209), S. 24 und 29.

³¹² LANNERS (Fn. 209), S. 31.

[105] Auch wenn der individuelle Anspruch aus Art. 24 BRK gem. BGer aktuell nicht weiter geht als der Anspruch aus Art. 19 BV, sieht dies auf der Verpflichtungsebene des Staates m.E. ganz anders aus.³¹³ Ein inklusives Bildungssystem ist das Resultat eines Prozesses.³¹⁴ Seit den ersten Forderungen nach einem inklusiven Bildungssystem vor knapp 30 Jahren folgten von internationalen Gremien daher laufend explizite Vorwürfe und Empfehlungen, die der Bund umsetzen kann.³¹⁵

[106] Für ein inklusives Bildungssystem braucht es einen vertieften Systemwechsel.³¹⁶ Es müssen im Rahmen des Progressionsvorbehaltes alle Ressourcen in ein inklusives System umverteilt werden, um insbesondere die Gefahr zu beseitigen, dass bestehende Sonderschulen eine Inklusion ausbremsen.³¹⁷ Die Verantwortung muss bei den Bildungsämtern liegen und es muss eine umfassende Koordination und Kooperation mit allen Stufen des Staatswesens erfolgen.³¹⁸ Die Situation sollte umfassend analysiert und darauf basierend ein Aktionsrahmen für die Umsetzung der inklusiven Bildung erarbeitet werden.³¹⁹ Dazu gehören neben einer umfassenden Reform der rechtlichen Rahmenbedingungen ein konkreter Zeitplan, messbare Ziele mit Prozess- und Zielindikatoren sowie allfällige Sanktionsmöglichkeiten.³²⁰ Um einen kontinuierlichen Systemwandel zu bewerkstelligen, muss umgehend eine einheitliche und gesamtschweizerische Strategie entwickelt werden, die sich an den Grundsätzen der BRK insbesondere von Art. 24 orientiert.³²¹

4.5.2.3. Zumutbarkeit der Umsetzung

[107] Für eine wirksame Umsetzung ist es elementar, dass der Gesetzgeber, die Gerichte und Behörden im Rahmen ihrer funktionalen Zuständigkeiten die Ziele der Verfassung und internationalen Menschenrechte mit Nachdruck verfolgen.³²²

4.5.2.3.1. Mangelhafte Umsetzung

[108] Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die schweizerische Behindertenpolitik und Rechtslage mit der generellen Ausrichtung der BRK übereinstimmt und die Anforderung an ein inklusives Bildungssystem weitgehend erfüllt werden.³²³ In der Folge besteht eine mangelhafte Harmonisierung der Rechtsvorschriften mit der BRK und es fehlt ein Aktionsplan für eine inklusive Bil-

³¹³ Vgl. Teil II, Kapitel 4.1.2.

³¹⁴ CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 10.

³¹⁵ Vgl. CRC/GC/2001/1 (Fn. 72), Ziff. 18; Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland from the Committee on the Rights of the Child, 26. Februar 2015 (CRC/C/CHE/CO/2-4), Ziff. 54 f.; Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Switzerland from the Committee on the Rights of the Child, 22. October 2022 (CRC/C/CHE/CO/5-6), Ziff. 17 f.; General comment No. 5: Persons with disabilities, from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Eleventh session (1994), 9. Dezember 1994 (CESCR/GC/5), N 35; CRPD/C/CHE/CO/1 (Fn. 2), Ziff. 7 f. und 47 f.; Joint Statement (Fn. 123), N 9; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 284), Fn. 58.

³¹⁶ CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 9 und 11.

³¹⁷ FILIPPO (Fn. 2), N 3; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 40 und 69 f.; LANNERS (Fn. 209), S. 31.

³¹⁸ FILIPPO (Fn. 2), N 97; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 60 f.

³¹⁹ FILIPPO (Fn. 2), N 98.

³²⁰ FILIPPO (Fn. 2), N 99; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 63 f. und 75.

³²¹ FILIPPO (Fn. 2), N 128; Handicap Inclusion (Fn. 205), S. 44; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 42.

³²² SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 284), Rz 3.

³²³ BBl 2013 661 ff. (Fn. 145), 662 f., 672 und 719; CRPD/C/CHE/1 (Fn. 18), Ziff. 6 und 134.

dung.³²⁴ Das SoPädK sowie ein unkoordinierter Wandel des Schulwesens in den Kantonen ersetzt keine sinnvolle Strategie auf gesamtschweizerischer Ebene.³²⁵ Für eine schweizweite Strategie fehlen zudem aktuelle und umfassende Daten insbesondere über die Finanzierung von Massnahmen auf nationaler Ebene und zu Behinderungsformen.³²⁶

[109] Die Kantone besitzen einen erheblichen Spielraum bei der Ausgestaltung des Schulwesens.³²⁷ Die Ausgangslage nach dem BB NFA eröffnete den Kantonen «die Chance, Systeme zu überdenken, integrative Strukturen aufzubauen und die Koordination zu verbessern und damit die auch vom Übereinkommen vorgesehene schrittweise Verwirklichung eines inklusiven Bildungssystems anzugehen.»³²⁸ Der Kompetenzwechsel in die Bildungsämter, Zentralisierungstendenzen und die «neuen» Lehrpläne verhelfen dem Trend von einer leistungs- zu einer kompetenz- und prozessorientierten Schulbildung mit neuen Bildungszielen sowie erhöhtem Stellenwert der Gesellschaft und Inklusion.³²⁹ Die Integration und Inklusion kommen jedoch häufig aufgrund indirekter Nachwirkungen des dualen Systems der IV sowie fehlenden Anreizen nur schleichend voran.³³⁰

[110] Zudem besteht das Paradox, dass seit 2004 sowohl die Integration als auch die Segregation zunehmen.³³¹ Der Anteil Kinder in Sonderschulklassen steigt trotz sinkender Anzahl Kinder mit Behinderungen stetig an.³³² Ein Vergleich der Zahlen aus den Jahren 2021/22³³³, 2019/20³³⁴ und 2017/18³³⁵ deutet auf eine verstärkte Segregation von Kindern mit verstärkten Massnahmen mit gleichzeitiger Integration von Kindern ohne verstärkte Massnahmen hin, obwohl die Art der Massnahme grundsätzlich nichts über die Integrationsfähigkeit aussagt.³³⁶ Die zunehmende Segregation führt m.E. zu einer schwer zu widerlegenden Vermutung einer Menschenrechtsverletzung.³³⁷

³²⁴ A.v.: NAGUIB (Fn. 18), N 39 ff.

³²⁵ CRPD/C/CHE/1 (Fn. 18), Ziff. 132; FILIPPO (Fn. 2), N 126 und 129; Handicap Inclusion (Fn. 205), S. 44.

³²⁶ KRONENBERG (Fn. 29), S. 7 f. und 85.

³²⁷ EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 21; HÄNNI (Fn. 49), N 16.

³²⁸ BBl 2013 661 ff. (Fn. 145), 703.

³²⁹ EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 11; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 46.

³³⁰ PETER U. WALTHER-MÜLLER/HERBERT WYSS, Bildung behinderter Kinder und die Sozialversicherungen: der Beitrag der Invalidenversicherung im Kontext des Bildungssystems, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS), 2004, S. 275 ff., S. 290.

³³¹ WALTHER-MÜLLER/WYSS, a.a.O., S. 289.

³³² KRONENBERG (Fn. 29), S. 29.

³³³ Lernende der Sonderpädagogik: Basistabellen 2021/22, veröffentlicht am 28.2.2023.

³³⁴ Lernende der Sonderpädagogik: Basistabellen 2019/20, veröffentlicht am 23.2.2021.

³³⁵ Replies of Switzerland to the list of issues in relation to its initial report, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 25. September 2020 (CRPD/C/CHE/RQ/1), Annex 3 – Statistiques, Annex to Reply of List of Issues.

³³⁶ CRPD/C/CHE/RQ/1 (Fn. 335), Ziff. 65; Bundesamt für Statistik (Fn. 171), S. 7.

³³⁷ Vgl.: KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 29 f.; HÄNNI (Fn. 49), N 32.

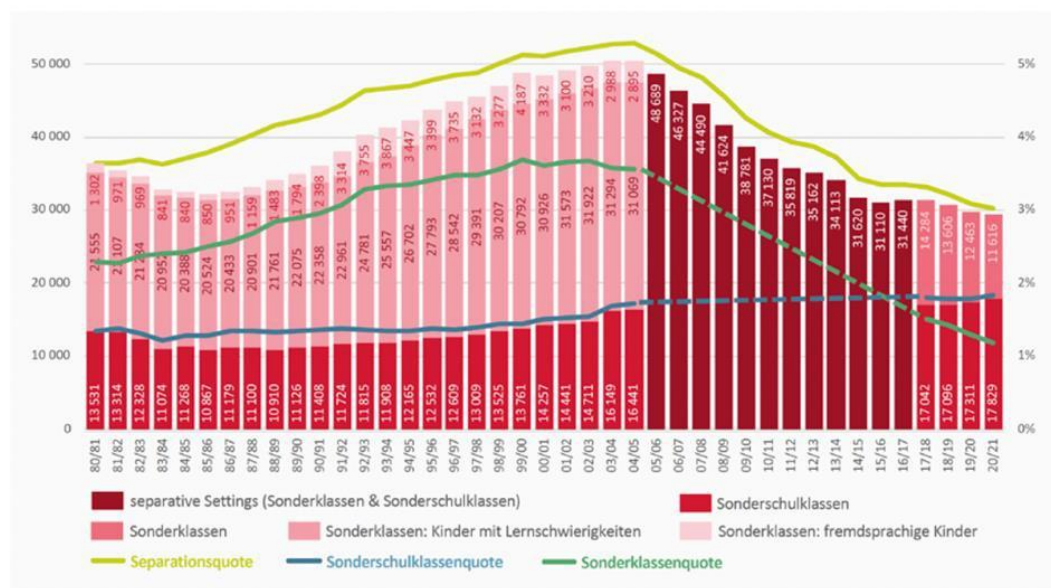


Abbildung 1: Entwicklung der separativen Settings in der Schweiz (Datenquelle: Gerlings & Mühlemann, 2006; BFS 2022a/b)

Abbildung 1: Entwicklung der separativen Settings in der Schweiz³³⁸

4.5.2.3.2. Fehlende Durchsetzbarkeit

[111] Das BGer konkretisiert durch verfassungskonforme Auslegung gesetzliche Leistungsansprüche insbesondere in der Schulgesetzgebung und kann damit einen Minimalstandard festlegen.³³⁹ Es hat dazu festgehalten, «dass nur, aber immerhin ein verfassungsmässiges Recht auf willkür- und diskriminierungsfreien Zugang zu den vorhandenen Ausbildungsstätten und -angeboten besteht.»³⁴⁰ Das BGer erachtet jedoch Art. 8 Abs. 2 BV oft als gewährt, da die Separation angeblich an kein diskriminierendes Element anknüpft resp. keine Benachteiligung darstellt.³⁴¹

[112] Das BGer prüft die Auslegung und Anwendung von kantonalem Recht nur auf Willkür.³⁴² Auch schulpsychologische Gutachten und fachliche Einschätzungen bzgl. Behinderungsform und geeigneter Massnahmen bzw. erforderlichen Anpassungen des Schulunterrichts können als Tat- und Ermessensfragen nur auf ihre Willkür geprüft werden.³⁴³ Diese Gutachten sind jedoch durch das ganze Verfahren wegweisend, auch wenn im Entscheid davon abgewichen wird.³⁴⁴ Ein Sepa-

³³⁸ LANNERS (Fn. 209), S. 25.

³³⁹ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 45; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 21.

³⁴⁰ EHRENZELLER/SAHLFELD (Fn. 37), N 5.

³⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 6.2. und E. 6.5.; BGE 130 I 352 E. 6.1.

³⁴² BGE 141 I 9, E. 3.3; BGE 138 I 162, E. 3.3.

³⁴³ BGE 130 I 352, E. 5.; vgl. auch: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 405.

³⁴⁴ Urteil des Verwaltungsgericht St. Gallen B 2017/249 vom 25. Juni 2018, E. 2.3.; BGE 138 I 162, E. 4.3.

rierungsentscheid genügt daher, wenn er nicht offensichtlich unhaltbar ist.³⁴⁵ Dieser Massstab widerspricht jedoch der qualifizierten Begründungspflicht einer Separation.

[113] Das BGer spricht weiter den WSK-Rechten grundsätzlich die direkte Anwendbarkeit ab.³⁴⁶ Die Unterscheidung in zwei Kategorien von Menschenrechten ist jedoch umstritten und widerspricht der Unteilbarkeit und Interpendenz aller Menschenrechte und Grundfreiheiten (lit. c Präambel BRK).³⁴⁷ Das BGer sieht in Art. 24 BRK zudem keine weitergehenden Ansprüche als in Art. 19 BV und unternimmt keine vertiefte Prüfung.³⁴⁸ Es leitet aus Art. 8 BV auch keine integrativen Fördermassnahmen ab, die in Sinne von angemessenen Vorkehrungen weitergehen als die Kompensation von Diskriminierungen.³⁴⁹ Aus dem Staatenberichtsverfahren lässt es neben einer gewissen rechtlichen Bedeutung ebenfalls nichts für eine Integration ableiten.³⁵⁰ Anstatt sich für (politisch) unerwünschte Gewährleistungen insbesondere auf die angeblich fehlende Justiziabilität zu berufen, sollte das BGer zu weit führende Leistungsansprüche besser in einer umfassenden Prüfung unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Staates eingrenzen.³⁵¹

[114] Der Anspruch auf ausreichende Grundschulbildung wird durch die Rechtsprechung zu stark relativiert und übermässig eingeschränkt.³⁵² Daher wurden Beschwerden bzgl. Zuweisungsentscheiden ans BGer meines Wissens noch keine gutgeheissen und es entwickelt sich eine rückläufige Tendenz von Beschwerden.³⁵³ Sobald sich das BGer etwas vertiefter mit der Problematik auseinandersetzen und die Separation als Eingriff in das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung anerkennen würde, müsste es die separierte Sonderschulung als Benachteiligung erkennen.³⁵⁴ Der Fakt, dass eine separierte Sonderschulung beinahe irreversibel ist und schwerwiegende negative Auswirkungen auf die spätere Lebensgestaltung hat, wird jedoch ignoriert.³⁵⁵ Der für die Gleichstellung relevante Rechtsschutz läuft daher beim BGer ins Leere und kann aktuell nur durch eine Beschwerde an den UNO-Kinderrechtsausschuss teilweise kompensiert werden.

4.5.2.3.3. Unzulässigkeit der Barrieren

[115] Der UNO-Behindertenrechtsausschuss zählt in seinem allgemeinen Kommentar Nr. 4 verschiedene Barrieren auf, welche ein inklusives Bildungssystem verhindern. Darunter fallen insbesondere die fehlende Implementierung des menschenrechtlichen Behinderungsmodells und anhaltende Diskriminierungen, so dass Vorurteile unangefochten bleiben. Weiter stehen mangelndes Wissen über das Wesen und die Vorteile einer qualitativ hochwertigen inklusiven Bildung sowie mangelnde Daten und Forschungsergebnisse der Umsetzung entgegen. Mangelnder politischer Wille, fehlende Kapazitäten zur Umsetzung, unangemessene und unzureichende Fi-

³⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 5.2.3.

³⁴⁶ EHRENZELLER/SAHLFELD (Fn. 37), N 5; CRPD/C/CHE/1 (Fn. 18), Ziff. 26.

³⁴⁷ STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 4, 13, 23 f., 61 ff. und 71 ff.; CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 41 und 44.

³⁴⁸ Urteile des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 3.1.1. und 2C_227/2023 vom 29. September 2023, E. 6.6.

³⁴⁹ NAGUIB (Fn. 146), N 33 f.; Inclusion Handicap (Fn. 205), S. 10 und 44.

³⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 3.1.2.

³⁵¹ Z.v.: SUTTER (Fn. 66), S. 54.

³⁵² LANDOLT (Fn. 191), S. 197 f.

³⁵³ Inclusion Handicap (Fn. 205), S. 44.

³⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_154/2017 vom 23. Mai 2017, E. 5.1. f.

³⁵⁵ Z.v.: Inclusion Handicap (Fn. 205), S. 44.

finanzierungsmechanismen sowie fehlende effektive Rechtsbehelfe sind weitere Barrieren.³⁵⁶ Die Mehrheit dieser Barrieren bestehen in der Schweiz in mehr oder weniger stark ausgeprägter Form und verhindern, dass Kinder mit Behinderungen einen ausreichenden Grundschulunterricht in der Regelschule erhalten können und in der Folge häufig separiert geschult werden. «Durch Vernachlässigung, Unwissenheit, Vorurteile und falsche Annahmen sowie durch Ausgrenzung, Unterscheidung oder Trennung»³⁵⁷ werden Kinder mit Behinderungen daher sehr oft daran gehindert, ihr Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht gleichberechtigt auszuüben. «Die Auswirkungen behinderungsbedingter Diskriminierung sind {insbesondere im Bildungsbereich} besonders gravierend.»³⁵⁸

4.6. Würdigung

[116] Die Nichteinschulung in der Regelklasse stützt sich vorrangig auf das Kindeswohl, obwohl im Hintergrund mehrheitlich der Anspruch auf angemessene Unterstützung in der Regelschule durch fehlende Ressourcen verunmöglicht wird.³⁵⁹ Durch gesellschaftliche Barrieren wird ein an die besonderen Bedürfnisse von Kindern mit Behinderungen angepasster Grundschulunterricht in der Regelschule verunmöglicht und daher die Separation angeordnet. Die Ressourcen bleiben damit in den Sonderschulen gebunden.³⁶⁰ Der Mangel an Fachleuten hat gravierende Auswirkungen auf die Unterrichtsqualität, die Bereitschaft zur Integration und schlussendlich auf das Kindeswohl.³⁶¹ Die Anordnung einer separierten Sonderschulung ist letztendlich das Eingeständnis der Behörden und Gerichte, dass die allgemeinen Vorkehrungen und Massnahmen in der Regelschule nicht genügend umgesetzt wurden und dem Kindeswohl widersprechen. Der aktuell geltende Leitgedanke «so viel Separation wie nötig, so viel Integration wie möglich» verliert seine Bedeutung, wenn die Integration systematisch verunmöglicht wird.³⁶² Die zirkuläre Argumentation verhindert eine vertiefte Auseinandersetzung und damit einen nachhaltigen Systemwandel, der für alle Kinder substanzielle Vorteile bringen und zugleich auch die finanziellen Interessen des Gemeinwesens langfristig besser wahren würde. Der Status quo wird aufrechterhalten und zementiert, wodurch der Progressionsvorbehalt jegliche Bedeutung verliert.

[117] Durch enorme kantonale Unterschiede bei der Ausgestaltung der Sonderschulung und damit der Zuweisungspraxis entstehen beinahe willkürliche, systematische Zufälligkeiten des Bildungserfolgs und schwerwiegende Bildungsungleichheiten für Kinder mit Behinderungen.³⁶³ Die Kantone werden weder durch die Politik noch durch die Rechtsprechung zur Umsetzung der BRK verpflichtet, wodurch ein unterschiedliches Schutzniveau entsteht. Der Bund entzieht

³⁵⁶ Z.v.: CRPD/C/GC/4 (Fn. 45), Ziff. 4.

³⁵⁷ CESCR/GC/5 (Fn. 315), N 15.

³⁵⁸ CESCR/GC/5 (Fn. 315), N 15.

³⁵⁹ Inclusion Handicap (Fn. 205), S. 43.

³⁶⁰ LANNERS (Fn. 209), S. 28.

³⁶¹ KRONENBERG (Fn. 29), S. 86.

³⁶² KRONENBERG (Fn. 29), S. 7.

³⁶³ Bundesamt für Statistik (Fn. 171), S. 8; AELLIG et al. (Fn. 190), S. 7; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 353; Vgl. die interaktive Landeskarte über Integrative und Separative Massnahmen der PH Bern und InSeMa (<https://www.szh.ch/de/phberninsema#/>) zuletzt besucht am 18. November 2023.

sich damit den Verpflichtungen der BRK und verletzt die Bundesstaatsklausel von Art. 4 Abs. 5 BRK.³⁶⁴

[118] Indem angemessene Vorkehrungen sowie der gleichberechtigte Zugang ungenügend umgesetzt und diese zudem nicht voneinander unterschieden werden, wird dem Individuum die Anwendung der günstigsten Norm verwehrt und damit Art. 4 Abs. 4 BRK verletzt.³⁶⁵

[119] Da sich der Bund nicht um tatsächliche Umsetzung und Kontrolle der Normen durch die Kantone kümmert und niedrige Standards der Kantone bzgl. Integration vor dem BGer nur einer Willkürprüfung standhalten müssen, wird u.U. sogar Art. 3 Abs. 3 KKK verletzt.³⁶⁶

[120] Das Ziel der BRK, die Situation von Kindern mit Behinderungen systematisch zu verbessern, ist klar nicht erreicht und das Potential wird nicht ausgeschöpft.³⁶⁷ Die Praxis hatte bis jetzt noch keinen Erfolg, «das hoch gesteckte Ziel der bestmöglichen Integration {von Kindern mit Behinderungen} durch individuell angepasste Unterrichtsleistungen zu erreichen.» Die Hoffnung, «dass die Rechtsverwirklichung gelingen werde», wurde m.E. stark enttäuscht.³⁶⁸

[121] Die anhaltende Separation von Kindern mit Behinderungen kann weder durch das Kindeswohl noch durch finanzielle Interessen gerechtfertigt werden. Der Grundschulunterricht für Kinder mit Behinderungen wird durch verschiedene Barrieren in wesentlichen Bereichen seines Gehaltes entleert und kann m.E. nicht als ausreichend qualifiziert werden. «Das Fehlen einer {ausreichenden} Bildung stellt eine Diskriminierung dar, weil {den Kindern mit Behinderungen} Beschäftigungsmöglichkeiten in der Zukunft verschlossen bleiben.»³⁶⁹

5. Abschliessende Thesen

[122] Um der anhaltenden Diskriminierung von Kindern mit Behinderungen entgegenzuwirken, sollten die folgenden Vorgaben bei der Auswahl der Schulungsform und Ausgestaltung des Unterrichts von Kindern mit Behinderungen beachtet werden.

5.1. Weitgehende Mitbestimmung

[123] Die Einschulung hat genügend «tiefgreifende oder langanhaltende Auswirkungen auf die Lebensführung, dass eine Entscheidung und Vertretung durch Dritte unangemessen scheint.»³⁷⁰ Das einzuschulende Kind mit Behinderungen mit eingeschränkter schulischer Bildungsfähigkeit ist aber wohl noch häufig nicht grundrechtsmündig, um selbständig über die Schulungsform zu entscheiden.³⁷¹ Die Behörden sind jedoch gem. Art. 7 Abs. 3 BRK und Art. 12 KKK verpflichtet, die frei gebildete und geäusserte Meinung der Kinder mit Behinderungen angemessen und entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife zu berücksichtigen. Es gilt als Mindeststandard der

³⁶⁴ Z.v.: STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 7, 21 und 100.

³⁶⁵ STUDER/PÄRLI (Fn. 122), N 6 und 99; STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 58; NAGUIB (Fn. 146), N 33 f.

³⁶⁶ Z.v.: SUTTER (Fn. 66), S. 24 f.

³⁶⁷ STUDER/PÄRLI/MEIER (Fn. 77), N 58.

³⁶⁸ Vgl. z.v.: UEBERSAX (Fn. 36), S. 54.

³⁶⁹ CRC/C/GC/9 (Fn. 91), N 8.

³⁷⁰ WYTTENBACH (Fn. 119), N 44.

³⁷¹ WYTTENBACH (Fn. 119), N 41 und 51.

Vorrang der unterstützenden Entscheidungsfindung und die Pflicht, den tatsächlichen Willen des Kindes mit Behinderungen ernsthaft zu erforschen.³⁷² Bis ein inklusives Bildungssystem etabliert ist, sollte dem Kind mit Behinderungen und/oder den Sorgeberechtigten im Rahmen von Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 7 Abs. 3 BRK und Art. 12 KRK daher eine weitgehende Mitbestimmung ermöglicht werden. Die Mitbestimmung sollte in beide Richtungen möglich sein, da es immer Fälle geben wird, wo das Kind mit Behinderungen und/oder die Eltern die separierte Sonderschulung präferieren.

[124] Das elterliche Erziehungsrecht (Art. 13 Abs. 1 BV) und der staatliche Bildungsauftrag inkl. Schutz- und Förderpflichten ergänzen einander, wirken zusammen und haben sich am Kindeswohl zu orientieren, können aber u.U. in einem Konflikt miteinander stehen.³⁷³ Dabei können die unterschiedlichsten Konstellationen entstehen. Die besondere Schutzbedürftigkeit kann dabei einen Eingriff in die Selbstbestimmung rechtfertigen.³⁷⁴ Der elterliche Separationswunsch wird daher m.E. durch den staatlichen Bildungsauftrag und das Kindeswohl begrenzt.³⁷⁵ Ob schliesslich der Wunsch des Kindes, derjenige der Eltern oder die fachliche Einschätzung dem Kindeswohl am besten entspricht, kann vorliegend nicht verallgemeinernd beurteilt werden.³⁷⁶ Die Integration von integrationswilligen Kindern mit Behinderungen sollte m.E. jedenfalls prioritär stattfinden und durch das BGer geschützt und notfalls angeordnet werden.³⁷⁷

[125] Das Spannungsfeld zwischen Protektionismus und Autonomie sprengt den Rahmen dieser Arbeit und müsste m.E. noch genauer unter den aktuellen Verhältnissen analysiert werden.³⁷⁸

5.2. In dubio pro Inklusion

[126] Eine durch angemessene Fördermassnahmen begleitete Integration entspricht dem Grundgedanken des Behindertengleichstellungsrechts sowie dem Kindeswohl am zweckmässigsten.³⁷⁹ Die Zulässigkeit einer Separation ist daher eine Gratwanderung und es gibt eine Zwischenzone, wo beides möglich erscheint.³⁸⁰ Es besteht ein Unter- und Übermassverbot, da eine separierte Sonderschulung sich negativ auf die Entwicklung auswirken kann.³⁸¹ «{Die} schulische Integration {ist daher} nicht nur das Ziel, sondern zugleich auch das Mittel zur Förderung der Entwicklung.»³⁸² Die Dynamik der kindlichen Entwicklung erfordert eine bestmögliche Entwicklungsförderung und grösstmöglichen Schutz vor entwicklungsbeeinträchtigenden Faktoren.³⁸³ Dies bedeutet insbesondere Schutz vor Ausgrenzungen, Stigmatisierungen und schlussendlich Diskriminierungen.

³⁷² GANNER (Fn. 66), N 120 und 143.

³⁷³ BREITENMOSE (Fn. 67), S. 63; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 33.

³⁷⁴ GANNER (Fn. 66), N 5; TSCHENTSCHER (Fn. 230), N 32.

³⁷⁵ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 32.

³⁷⁶ Vgl. Fn. 225.

³⁷⁷ Vgl. AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 159 f.

³⁷⁸ Vgl. GANNER (Fn. 66), N 3.

³⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 3.2.5.

³⁸⁰ UEBERSAX (Fn. 36), S. 42.

³⁸¹ UEBERSAX (Fn. 36), S. 43.

³⁸² SUTTER (Fn. 66), S. 53.

³⁸³ KIND (Fn. 10), S. 9 f.

[127] Daher müssen m.E. alle Kinder, die auch nur teilweise schulisch bildungsfähig sind, zumindest befristet in Sinne eines obligatorischen Schnupperaufenthalts integriert eingeschult werden.³⁸⁴ Alternativ kann eine Einführungsklasse auf die Integration in die zweite Klasse vorbereiten.

5.3. Der Leistungsanspruch zwischen ausreichendem und idealem Grundschulunterricht

[128] Der Besuch der Regelschule muss für alle Betroffenen zumutbar sowie für das Kind mit Behinderungen angemessen und geeignet für den ausreichenden Erwerb der Bildungsziele sein.³⁸⁵ Um zu bestimmen, ob das schulisch bildungsfähige Kind mit Behinderungen in der Lage ist, am gemeinschaftlichen und schulischen Geschehen teilzunehmen und aus dem Unterricht einen Nutzen ziehen kann, muss die wohnortnahe Einschulung in die Regelklasse mit angemessenen Vorkehrungen als präferierte Leistung überprüft werden.³⁸⁶ Die schulischen Fähigkeiten müssen unter Standardbedingungen betrachtet werden, um anschliessend die Aufgabenerfüllung mit integrativen Unterstützungsmassnahmen zu prüfen. Dabei sollen positive und negative Faktoren auf bestimmte Funktionen als fördernd oder hindernd bestimmt werden.³⁸⁷ Es müssen alle spezifischen Massnahmen in Betracht gezogen und angeordnet werden, wobei der RTI-Ansatz zu beachten ist. RILZ sollten nur als *ultima ratio* und immer mit einer konkreten integrativen Förderung angeordnet werden.³⁸⁸

[129] Da schematisierende Rechtsgrundlagen, welche Unterstützungsmassnahmen auf ein bestimmtes Maximum begrenzen, im Lichte der verfassungsrechtlichen Flexibilität dem Kindeswohl nicht genügen, müssen alle vorhandenen Ressourcen genutzt werden.³⁸⁹ Auch wenn der ausreichende Grundschulunterricht durch angemessene Vorkehrungen insbesondere mit einer Vollzeitassistenz der idealen Leistung entspricht, stellt dies die mildere Massnahme zur separierten Sonderschulung dar und lässt keine ungerechtfertigte Besserstellung im Vergleich mit Kindern ohne Behinderungen entstehen.³⁹⁰ Ein Königsweg kann aber wohl aufgrund von Kostenüberlegungen nicht in jedem Fall gefordert werden.³⁹¹ Vielmehr muss geprüft werden, welche Reduktion der idealen integrativen Massnahmen ausreichend erscheint und unbestrittenermassen personell und organisatorisch möglich ist.³⁹²

[130] Gem. KÄLIN et al. besteht bei Behinderungen u.U. eine Pflicht, Leistungen über die Minimalansprüche hinaus zu gewähren.³⁹³ Daher sollten Kinder mit Behinderungen m.E. privilegierende Massnahmen erhalten, die sich zwischen einer ausreichenden und idealen integrativen Bildung befinden und im Rahmen der staatlichen Mittel möglich sind.

³⁸⁴ LANDOLT (Fn. 191), S. 195; EHRENZELLER/BERNET (Fn. 42), N 26.

³⁸⁵ BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 299), S. 68 f.

³⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_346/2022 vom 25. Januar 2023, E. 5.3.1.

³⁸⁷ Z.v.: KIND (Fn. 10), S. 8.

³⁸⁸ SAHLI et al. (Fn. 168), S. 14.

³⁸⁹ BGE 141 I 9, E. 5.2. und E. 4.3.2.

³⁹⁰ BGE 141 I 9, E. 4.3.2.

³⁹¹ BGE 141 I 9, E. 4.3.1.

³⁹² AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 154 f.; BGE 141 I 9 E. 4.3.2.; etwas anders: SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 346 f.

³⁹³ KÄLIN et al. (Fn. 12), S. 30.

5.4. Temporäres Time-Out in Förderklassen als ultima ratio

[131] Solange Kinder mit Behinderungen der Regelschule folgen können und genügende Leistungen erzielen, erscheint die Regelschule mindestens gleichwertig, um die Chancengleichheit zu gewähren.³⁹⁴ Erweisen sich in einer Zwischenbilanz die vorhandenen integrativen Massnahmen jedoch als ungenügend und kann das Kind mit Behinderungen einzelne Bildungsziele nicht erreichen, muss schliesslich eine Separation geprüft werden.³⁹⁵ Vor einer separierten Sonderschulung muss insbesondere ein teilweise separierter Unterricht oder das Wiederholen einzelner Klassen in Betracht gezogen werden. Eine Separation ist nur dann vorzusehen, wenn selbst bei der Umsetzung individueller Sondermassnahmen eine Integration in der Grundschule nicht mehr möglich oder sinnvoll erscheint, weil die Chancengleichheit oder das Kindeswohl gefährdet wird.³⁹⁶

[132] Eine Separation ist gem. BGer qualifiziert gerechtfertigt, wenn dies nicht aufgrund von Stereotypen, schematischen Grundlagen oder generell ohne Prüfung im Einzelfall erfolgt.³⁹⁷ Da bei einer mittelbaren Diskriminierung die Beweislage für die beschwerdeführende Partei jedoch oft schwierig ist, muss diesem Umstand bei der Beweislastverteilung und dem Beweismass Rechnung getragen werden.³⁹⁸ Die Schulen müssen daher m.E. gestützt auf klaren Erfahrungswerten belegen können, weshalb die Integration fehlgeschlagen ist, resp. für welche konkreten Massnahmen die Ressourcen fehlen. Dies würde auch der geforderten qualifizierten Begründungspflicht für die Anordnung einer Separation besser entsprechen.

[133] Die Separation darf nur als *ultima ratio* angeordnet werden, um einen erheblichen Bildungsrückstand aufzuholen. Für die Bildung und Entwicklung der Kinder sowie «eine positive Entwicklung der ganzen Gesellschaft hilft Separation nur dann, wenn die Rückintegration das oberste Ziel ist und aktiv geplant und begleitet wird.»³⁹⁹ Eine zeitweilige Entfernung mit Versetzung in ein besonderes Setting gilt analog zum Schulausschluss als eine Variation des Unterrichts und kann zumindest mittelfristig eine Stigmatisierung vermeiden.⁴⁰⁰ Die Dauer und Modalitäten des Ausschlusses dürfen die schulische Entwicklung und soziale Integration aber nicht gefährden.⁴⁰¹

5.5. Die separierte Sonderschulung als Barriere

[134] Aufgrund kompensierender Entwicklungsprozesse können kindliche Beeinträchtigungen in der richtigen Umgebung und mit der richtigen Unterstützung vorübergehender Natur sein resp. sich mit der Zeit abschwächen. Umgekehrt können sie durch entwicklungsbeeinträchtigende Faktoren erst entstehen resp. sich verstärken.⁴⁰² Eine separierte Sonderschulung kann für Kinder mit Behinderungen einschneidende Konsequenzen haben. Die Segregation aufgrund fehlender Ressourcen kann m.E. als strukturelle Barriere für den gleichberechtigten Genuss einer

³⁹⁴ BGE 138 I 162, E. 4.1.

³⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_971/2011 vom 13. April 2012, E. 1.2.2.

³⁹⁶ BGE 141 I 9 E. 5.3.1.

³⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_227/2023 vom 29. September 2023, E. 4.8.

³⁹⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 19), S. 24 f.; Urteil des BGer 2C_248/2023 vom 20. September 2024, E. 4.6.2.

³⁹⁹ Z.v.: AELLIG et al. (Fn. 190), S. 6.

⁴⁰⁰ KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 70; Urteil des BGer 2C_187/2007 vom 16. August 2007, E. 2.4.2.

⁴⁰¹ WYTENBACH (Fn. 42), N 24; KÄGI-DIENER/BERNET (Fn. 35), N 70.

⁴⁰² Z.v.: a.v.: AESCHLIMANN-ZIEGLER (Fn. 8), S. 5 und S. 15; KIND (Fn. 10), S. 9.

inklusive Bildung qualifiziert werden.⁴⁰³ Die Nichteinschulung in die Regelklasse von Kindern mit geistigen Beeinträchtigungen stellt bei Vorurteilen bzgl. der Bildungsfähigkeit m.E. zudem eine soziale Barriere dar.⁴⁰⁴ Die eingeschränkten schulischen Fähigkeiten begründen oder verstärken daher u.U. erst in Wechselwirkung mit der Separation eine Behinderung insbesondere der gesellschaftlichen Partizipation und beruflichen Integration. «Behindert sein heisst immer auch behindert werden.»⁴⁰⁵

6. Fazit

[135] Die Grundschule befindet sich in einer Phase des Wandels hin zu einem inklusiveren Bildungssystem. Dabei werden das gesamte Schulsystem und alle beteiligten Schulleitungen, Lehrer:innen, Eltern und Kindern mit und ohne Behinderungen mit unterschiedlichen Hürden konfrontiert und es entstehen ernstzunehmende Komplikationen die angegangen werden müssen. Die aktuelle Situation birgt aufgrund ungenügender Bemühungen und schleichender Fortschritte die Gefahr, die Nachteile eines dualen Bildungssystems sowie diejenigen einer individuellen Integration von Kindern mit Behinderungen zu vereinen. Den Vorgang der Inklusion als menschenrechtliche Verpflichtung abzubrechen oder sogar rückgängig zu machen, würde jedoch bedeuten, dass Kinder mit Behinderungen wieder vermehrt separativ unterrichtet und dadurch verstärkten Benachteiligungen und Diskriminierungen ausgesetzt würden. Ein inklusives Bildungssystem wird damit verhindert, bevor es überhaupt realisiert wurde und die Vorteile ihre Wirkung entfalten konnten. Um die Rechte von Kindern mit Behinderungen durchzusetzen, wäre es daher angebracht, den Wandel zu beschleunigen und einen strikten Kurs zu einem inklusiven Bildungssystem anzugehen, indem Ressourcen vorrangig in inklusive Settings investiert und gleichzeitig die von der IV aufgebauten separativen Sonderschulen abgebaut werden. Diese Umverteilung der Ressourcen muss dabei sorgfältig und koordiniert geplant werden, damit die besonderen Bedürfnisse von allen Kindern in der Grundschule berücksichtigt werden können.

[136] Die Kritik und eingangs erwähnten politischen Forderungen basieren m.E. auf berechtigten Problemen der aktuellen Grundschule und widerspiegeln daher verschiedene Sorgen von Schulen, Eltern und Kindern mit und ohne Behinderungen. Die Absage an ein inklusives Bildungssystem führt jedoch zu klaren Menschen- und Grundrechtsverletzungen von Kindern mit Behinderungen, allen voran dem Diskriminierungsverbot und dem Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht.

MLaw ROMAN OLIVIER SCHMIDT, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Bern.

⁴⁰³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_154/2017 23. Mai 2017, E. 6.2.

⁴⁰⁴ Vgl. Teil III, Kapitel 2.3.

⁴⁰⁵ MEIER-POPA/AYER (Fn. 90), S. 22.