

Sonderdruck aus

Das behinderte Kind im schweizerischen Recht

von

Franziska Sprecher / Patrick Sutter

Das behinderte Kind
und das schweizerische
Verfassungsrecht

Margrith Bigler-Eggenberger

Schulthess §

Das behinderte Kind und das schweizerische Verfassungsrecht

Margrith Bigler-Eggenberger*

Wir möchten vor allem als Menschen,
nicht als Behinderte behandelt werden
(Pro Infirmis, Forum Davos 1981)

Inhaltsübersicht

I.	Überblick	56
A.	Grundidee	56
B.	Kinder als Träger der Grundrechte?	56
C.	Die Entdeckung der Kinder im Rechtsleben	57
II.	„Kinder“ und „Jugendliche“ nach dem Verfassungsverständnis	59
A.	Das Alter als entscheidendes Kriterium	59
B.	Was ist ein „behindertes“ Kind?	60
III.	Die Verfassungsgrundsätze zugunsten behinderter Kinder und Jugendlicher	61
A.	Besonderer Schutz der Unversehrtheit, Förderung der Entwicklung und Entfaltung	61
1.	Art. 11 BV und die daraus fließenden Rechte	61
2.	Gleichstellung von behinderten und nichtbehinderten Kindern?	62
3.	Menschenwürde, Persönlichkeitsrechte und Diskriminierungsverbot	62
B.	Recht auf Schulung und Ausbildung, Recht auf soziale Integration	66
1.	Der Grundsatz	66
2.	Elternhaus	66
3.	Grundschule/Ausbildung	67
4.	Justiziables Sozialrecht: Grundschulbildung ist gerichtlich durchsetzbar	70
C.	Freiheit der Lebensgestaltung	70
1.	Rechte aus der Verfassung	70
2.	Arbeitsmarkt	71
3.	Ansprüche aus den Sozialrechten und -zielen der Verfassung	71
4.	Besondere Probleme für behinderte Mädchen?	72
5.	Ausländische behinderte Kinder	72
D.	Soziale Sicherheit und Anspruch auf den notwendigen Lebensunterhalt	73
1.	Recht auf soziale Sicherheit	73
2.	Förderung und Entlastung der Familien mit behinderten Kindern	74
3.	Leistungen der Invalidenversicherung	75
4.	Hilfe in Notlagen	75
5.	Besondere Integrationsprogramme nach dem Gleichstellungsgesetz für Behinderte	75
IV.	Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte	76
V.	Schlussbemerkung	78

* Ein herzliches Dankeschön gebührt Frau lic.iur. L. Schellenberg für ihre wertvolle Mitarbeit.

I. Überblick

A. Grundidee

Zu den Grundideen eines demokratischen Sozialstaates, wie er sich in der Schweiz nach dem ersten Weltkrieg allmählich entwickelt und bis in die neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts gefestigt hat, gehören in erster Linie das *Prinzip der Menschenwürde, der formellen und materialen Rechtsgleichheit, des Diskriminierungsverbots und der Solidarität* mit den Schwachen im Lande. Das folgt einerseits als moralisch-rechtliche Zielvorstellung aus der Präambel der Bundesverfassung¹, in welcher sich u.a. der Hinweis darauf findet, dass sich „die Stärke des Volkes misst am Wohl der Schwachen“.² Das folgt andererseits aus Art. 2 BV, wo u.a. als Staatsziele die Verantwortung und Verpflichtung des Staates den Schwachen im Lande gegenüber genannt werden.³ Diese grundlegenden Werte finden sich – konkreter – im Grundrechtskatalog, und darin insbesondere in den Art. 7, 8, 10, 11 und 12 BV sowie aus zahlreichen Sozialziel- und Sozialrechtsbestimmungen.⁴

B. Kinder als Träger der Grundrechte?

In diese demokratisch-solidarische Verpflichtung des modernen Rechtsstaates sind die Kinder, und unter ihnen die schwächste Gruppe, die behinderten Kinder, unzweifelhaft – jedoch bisher eher theoretisch – mit einbezogen. Sie sind somit auch Träger der grundlegenden Verfassungsrechte. Das ergibt sich insbesondere aus vier Bestimmungen, die ausdrücklich „Kinder und Jugendliche“ nennen: Art. 11, 41 Abs. 1 lit. d und g, 62 Abs. 1 und 67 Abs. 1 BV.⁵ Allen

Kindern soll ein „besonderer Schutz“ für ihre Unversehrtheit, ungestörte Entwicklung und Entfaltung von Seiten des Staates gewährleistet sein, und es ist ausdrücklich dessen Aufgabe, Kinder und Jugendliche ebenso wie ihre Familien zu schützen und sich für ihre Chancengleichheit einzusetzen.⁶

Behinderte Kinder und Jugendliche sind in ihrer Entwicklung und Entfaltung in einer auf Leistung, Schnelligkeit, Durchsetzungskraft und Individualisierung ausgerichteten Umwelt im besonderen Masse auf Schutz vor Verletzlichkeiten aller Art angewiesen. Verschiedene kantonale Bestimmungen erwähnen denn auch – anders als die Bundesverfassung – ausdrücklich die behinderten Kinder.⁷ Damit wird ihre wesentlich stärkere verfassungsrechtliche Stellung, die ihnen heute zukommt, ausdrücklich unterstrichen.

C. Die Entdeckung der Kinder im Rechtsleben

Dass sich die Rechtsetzung (wie auch die Rechtswissenschaft⁸) und die Rechtsprechung mit dem Kind im Allgemeinen und dem behinderten Kind im Besonderen befasst, ist im Übrigen eine neue Erscheinung des Rechtslebens. Noch im 19. Jahrhundert und anfangs des 20. Jahrhunderts spielten Kinder und schon gar behinderte Kinder als Rechtssubjekte praktisch keine Rolle.⁹ Sie waren bis zum Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Jahre 1907/12 kaum gegenwärtig, sie waren höchstens Objekte, die der – absoluten – Macht (der „Gewalt“) ihrer Eltern, v.a. des Vaters¹⁰, oder der Behörden aus-

¹ MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, *Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns*, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), *Neue Akzente in der „nachgeführten“ Bundesverfassung*, Zürich 2000, S. 4 ff.

² BERNHARD EHRENZELLER, *St. Galler Kommentar zur Präambel der nachgeführten Verfassung*, Rz. 7, 11 ff. und 26.

³ BERNHARD EHRENZELLER, *St. Galler Kommentar zu Art. 2 BV*, Rz. 17; vgl. auch BERTSCHI/GÄCHTER (Fn. 1), S. 3 ff.

⁴ So etwa aus Art. 108 Abs. 4 (Wohnbauförderung zugunsten der Familien, Betagten, Bedürftigen und Behinderten); ferner aus den Sozialvorsorge- und -versicherungsbestimmungen der Art. 111 ff., insb. Art. 112 Abs. 6 BV.

⁵ HEINRICH KOLLER/MARTIN PHILIPP WYSS, „Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz...“: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV, in: Thomas

Geiser et al. (Hrsg.), *FS Heinz Hausheer, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Bern 2002, S. 435 ff.

⁶ Dazu sind etwa die Art. 10, 11, 13 und 14 des Grundrechtskatalogs, aber auch Art. 41 Abs. 1 lit. f und g BV zu nennen.

⁷ Vgl. Bericht des Bundesamtes für Sozialversicherung, *Die geistig Behinderten in der Schweiz*, 1970, S. 101 ff.; aArt. 83 KV-AG; Art. 7, 9, 16, 28 und 29 KV-SG; Art. 13 KV-VD; Art. 14 KV-NE. Vgl. zudem im Völkerrecht Art. 23 KRK. Dazu der Beitrag von SUTTER im vorliegenden Band.

⁸ Vgl. z.B. PETER SALADIN, *Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts*, in: *Familienrecht im Wandel*, FS Hans Hinderling, Basel 1976, S. 175 ff. mit zahlreichen Hinweisen; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Über Entwicklung Inhalt und Strukturelemente des Kindesrechts: Eine Gegenüberstellung von Schweizer Recht und UNO-Konvention*, AJP 9/1993, S. 1035 ff.

⁹ Extremer Ausdruck dieser Abwesenheit jeglicher Rechtssubjektivität war wohl das Verdingkinderwesen: Kinder armer Leute, insbesondere von Witwen und ledigen Müttern, wurden von den Vormundschaftsbehörden dem „Meistbietenden“, d.h. der Person, welche das geringste Kostgeld verlangte, insb. Bauern, zugeschieden, wo sie teils schwerst ausgebeutet wurden. Behinderte Kinder wurden i.d.R. in Anstalten untergebracht, oft in Alters- und Bürgerheimen, ohne jede Ausbildung und Entwicklung ihrer Persönlichkeit. Die Aufarbeitung dieses sozialen Schandflecks der Schweizer Sozialgeschichte erfolgt erst heute teilweise.

¹⁰ Vgl. aArt. 274 Abs. 2 ZGB.

geliefert waren. Das galt besonders für behinderte Kinder, die stets als grosse Last und oft auch als lebendiger Schuldvorwurf¹¹ v.a. gegenüber der Mutter betrachtet wurden und als solche gerne ausgegrenzt, versteckt und in pädagogisch völlig ungeeignete Anstalten oder Heime abgeschoben wurden.

Es entspricht einer Banalität, muss aber doch immer wieder betont werden, dass Kinder und Jugendliche im Sinne der Bundesverfassung auch „Mensch“¹², „Person“¹³, „Schweizerin und Schweizer“¹⁴, „Flüchtling“¹⁵, „Ausländer oder Ausländerin“¹⁶, „Auslandschweizer und Auslandschweizerin“¹⁷ sind. Das bedeutet, dass Kinder und Jugendliche, ob behindert oder nicht, wie die Erwachsenen in den vollen Genuss der Freiheits- und Grundrechte der Bundesverfassung gelangen und sich für die Beachtung dieser Grund- und Menschenrechte – im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit¹⁸ – einsetzen können. Es ist zwar in erster Linie Sache der Eltern, sich für die Rechte ihrer Kinder, insbesondere ihrer behinderten Kinder, einzusetzen.¹⁹ Das folgt etwa aus Art. 302 Abs. 2 ZGB, wo festgehalten wird, dass die Eltern insbesondere dem körperlich oder geistig gebrechlichen Kind eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen haben. Doch mit Bezug auf ihre behinderten Kinder kämen Eltern sehr rasch an die Grenze ihrer persönlichen und finanziellen Leistungskraft. Hier haben daher die staatlichen Organe einzugreifen.²⁰ Die Rechtsstellung des behinderten Kindes folgte indes selbstverständlich dieser Entwicklung. Es war aber – wie gesagt – nicht die Verfassung, welche diese Entwicklung vorantrieb, sondern es waren insbesondere die IV-Gesetzgebung und die neuen ge-

¹¹ Vgl. WOLFGANG BÖKER, Psychische Dimensionen des Behindertenproblems, Forum Davos/Pro Juventute 2/3 1981, S. 111.

¹² Art. 7-23 und 29 BV; vgl. SALADIN (Fn. 8), S. 186 ff.

¹³ Art. 15 Abs. 2-4, Art. 16 Abs. 2 und 3, Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2 BV usw.

¹⁴ Z.B. Art. 24, Art. 25 Abs. 1, Art. 37 BV.

¹⁵ Z.B. Art. 25 Abs. 2 BV.

¹⁶ Z.B. Art. 38 Abs. 2 BV.

¹⁷ Art. 40 BV.

¹⁸ Dazu Art. 16 und Art. 19 Abs. 2 ZGB sowie Art. 11 Abs. 2 BV.

¹⁹ Art. 252 ff., insb. 270 ff. ZGB: Gemeinschaft der Eltern und Kinder; vgl. auch Art. 271 ZGB: Eltern und Kinder sind einander allen Beistand und alle Rücksicht schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft fordert; Art. 275 Abs. 1 ZGB: Die Kinder sind den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig; im rev. Recht vgl. v.a. Art. 301 ZGB, aber auch 280 ff. ZGB: eine beschränkte Handlungsfähigkeit der Kinder wird nunmehr entsprechend Art. 19 ZGB ausdrücklich festgehalten; Art. 283 ZGB: bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern haben die vormundschaftlichen Behörden die zum Schutze des Kindes geeigneten Vorkehren zu treffen.

²⁰ Vor allem mit der Schaffung der Invalidenversicherung, vgl. Art. 13 f. und Art. 19 IVG in der Fassung bis 1997; Art. 8, Art. 13 f. und Art. 16 IVG, Stand 2004; bezüglich der Kantone ist auf die verschiedenen Schulgesetze hinzuweisen, die praktisch durchwegs auch Vorschriften bezüglich der Ermöglichung der ordentlichen Schulpflicht von invaliden Kindern enthalten und teilweise auch Grenzen für die Rechte der Eltern vorsehen: vgl. BGE 117 Ia 27 ff.; 129 I 12, Erw. 4.1, und 35, Erw. 7.2; 130 I 352, Erw. 3.2.

setzlichen Vorschriften des Kindesrechts. Darin wird erstmals vom „Wohl des Kindes“ gesprochen²¹, aber auch von seiner eigenen „Freiheit in der Lebensgestaltung“.²² Die Eltern als die primär Zuständigen und Pflichtigen haben nicht nur zu erziehen, sondern auch des Kindes körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen und es in ihre Entscheidungen miteinzubeziehen.²³ Das wird, wie soeben ausgeführt, in Art. 302 Abs. 2 ZGB bezüglich des körperlich oder geistig behinderten Kindes ausdrücklich unterstrichen.

II. „Kinder“ und „Jugendliche“ nach dem Verfassungsverständnis

A. Das Alter als entscheidendes Kriterium

Obwohl die Verfassung in verschiedenen Bestimmungen von Kindern und Jugendlichen spricht,²⁴ definiert sie diese beiden Gruppen nirgends näher. Es ist indessen unbestritten, dass es dabei um Personen geht, die lebend geboren werden und noch nicht mehr als 18 Jahre alt, d.h. die noch unmündig sind. Wer mündig ist, bestimmt Art. 14 ZGB: Mündig ist, wer das 18. Altersjahr zurückgelegt hat. Gleich definiert Art. 1 KRK das „Kind“. Art. 11 Abs. 1 BV wie auch Art. 1 KRK sprechen aber nicht nur vom „Kind“, sondern auch von „Jugendlichen“. Eine solche Unterscheidung weist darauf hin, dass insbesondere der Altersfrage eine grosse Rolle zugeschrieben wird. Das ist wichtig, wenn es um die Frage nach der der Grundrechtsfähigkeit zugrunde liegenden Urteilsfähigkeit geht.

Die Unterscheidung in Kind und Jugendliche hat seine Bedeutung indessen auch in Rechtsbereichen, welche einerseits besondere Schutzmassnahmen vorsehen, so etwa im Opferhilfegesetz²⁵ oder in der Asylgesetzgebung²⁶, aber

²¹ Art. 301 Abs. 1 ZGB. Vgl. BGE 122 III 404, Erw. 3a; 123 III 445, Erw. 3b; 126 III 219, Erw. 1.2.

²² Art. 301 Abs. 2 ZGB. Zu diesem Problem vgl. AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band.

²³ Art. 302 Abs. 1 ZGB.

²⁴ Art. 11: Kinder- und Jugendschutz; Art. 38 Abs. 3: Erleichterte Einbürgerung staatenloser Kinder; Art. 41 lit. c: Schutz und Förderung der Familie und der Kinder; Art. 41 lit. f: Bildung-, Aus- und Weiterbildung u.a. für Kinder und Jugendliche; Art. 41 lit. g: Förderung und Integration von Kindern und Jugendlichen; Art. 41 Abs. 2: Sicherung bei Verwaisung; Art. 62: Grundschulunterricht; Art. 67: besonderer Schutz und Förderung von Kindern und Jugendlichen.

²⁵ Art. 13 OHG (SR 312.5).

auch in Bereichen, in welchen Kinder und Jugendliche wegen eines Fehlverhaltens zur Rechenschaft gezogen werden. So definiert z.B. das Strafgesetz Kinder als Personen bis zum 15. Altersjahr²⁷, Jugendliche sind Menschen vom 16. bis zum 18. Altersjahr.²⁸ Nach Art. 38 Abs. 4 BV werden als Kinder, die miteingebürgert werden wollen, diejenigen Personen genannt, die das Mündigkeitsalter noch nicht erreicht haben, also noch nicht 18 Jahre alt sind.²⁹ Die Frage, wer Kind ist, bestimmt sich zwar primär nach dem ZGB, kann aber u.U. je nach Sachbereich doch recht unterschiedlich ausfallen.³⁰

B. Was ist ein „behindertes“ Kind?

„Behinderte Kinder“ im Blick auf die Verfassung sind Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren, die an einer der von CHRISTIAN KIND im vorliegenden Band einleitend genannten Behinderung leiden. Es gibt demnach eine Vielfalt von Behinderungen, die Kinder und Jugendliche jeden Alters treffen können: Kinder können bereits im Mutterleib als künftig behindert erkannt werden, was besondere ethische und menschliche Probleme aufwerfen kann, v.a. wenn die zu erwartenden Behinderungen vielfältiger Natur sind.³¹ Die Schwierigkeit besteht für die die Verfassung anwendenden Behörden darin, geeignete Massnahmen zur Ausgleichung oder zur „Normalisierung“ bestimmter körperlicher und psychischer Mängel und Schwächen zu finden und durchzusetzen, um behinderten Kindern zu vergleichbaren Lebenschancen und zu einer möglichst ausgeprägten Chancengleichheit zu verhelfen.³² Das wird z.B. mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung behinderter Menschen vom 13. Dezember

²⁶ Art. 51 Abs. 1 AsylG (SR 142.31): Familienasyl.

²⁷ Art. 82 StGB; siehe dazu auch die Revision des AsylG. Die dort vorgesehene Haft für Kinder ab 15 Jahren ist im Sinne der EMRK und der KRK wie auch im Sinne der BV höchst bedenklich! Vgl. Bericht im „Bund“ vom 23. September 2005, S. 9.

²⁸ Art. 13 und 14 ZGB: Mündigkeit, somit Volljährigkeit, wird mit dem 18. Altersjahr gleichgesetzt. Vgl. auch Art. 252 ff. ZGB.

²⁹ FELIX HAFNER/DENISE BUSER, St. Galler Kommentar zu Art. 38 Abs. 4 BV, Rz. 7.

³⁰ Vgl. Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2, 259 Abs. 2 Ziff. 2, 261 (Kindsverhältnis), 265 (Adoptionsrecht), 270 ff. ZGB (Wirkungen des Kindesverhältnisses; Verhältnis der Eltern und Kinder). Art. 82 ff. StGB.

³¹ Diese Frage soll hier jedoch ausdrücklich nicht behandelt werden. Vgl. stattdessen dazu PIERRE WIDMER, Ethische und menschenrechtliche Aspekte der genmedizinischen Forschung, in: FS Jan Stepan, Zürich 1994, S. 250 f.; RUTH REUSSER/RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 119 BV, Rz. 13 ff., 17 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 120 BV, Rz. 5, 11; RAINER J. SCHWEIZER, Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben, Zürich 2002; PATRICK SUTTER, Wissenschaft und Ethik in der Rechtsetzung: Eine Untersuchung über die Legitimation nicht-juristischer Expertise im Rechtsetzungsverfahren am Beispiel der Präimplantationsdiagnostik (PID), Bern 2006.

³² Vgl. z.B. BGE 130 I 441, Erw. 6.

2002 (BehiG)³³ zumindest bezüglich äusserer Schranken, z.B. beim Zugang zu Bauten, zu öffentlichen Verkehrsmitteln usw., aber auch mit dem Recht auf Bildung in Art. 20 BehiG versucht, hat aber bereits mit dem IVG und dessen besonderen medizinischen, physiotherapeutischen und schulischen Massnahmen, auch mit Beiträgen für Haushilfen und Transportkosten für behinderte Kinder Eingang in den Alltag von Familien mit behinderten Kindern erhalten.³⁴

III. Die Verfassungsgrundsätze zugunsten behinderter Kinder und Jugendlicher

A. Besonderer Schutz der Unversehrtheit, Förderung der Entwicklung und Entfaltung

1. Art. 11 BV und die daraus fliessenden Rechte

Art. 11 BV auferlegt dem Staat die Pflicht, Kinder und Jugendliche in ihrer Unversehrtheit besonders zu schützen. Die Formulierung dieser Bestimmung ist recht unbestimmt. Doch es ist unbestritten, dass damit allen Kindern das Recht auf volle Entfaltung der Persönlichkeit und der Körperlichkeit zukommen soll. Behinderte Kinder sind nun aber von vornherein nicht „unversehrt“: Sie haben vielleicht körperliche Mängel, haben Sprach-, Seh- und/oder Hörschwierigkeiten oder sind weniger begabt als „normalbegabte“ Kinder; sie laufen somit Gefahr, zu Aussenseitern zu werden, in Missachtung zu geraten oder verspottet und damit in ihrer Persönlichkeit herabgesetzt oder gar misshandelt zu werden. Die Grundrechte der Verfassung wollen dem mit der Betonung des „besonderen Schutzes“ entgegenreten, und das wird nunmehr auch mit dem BehiG ausgedrückt.³⁵

³³ SR 151.3. In Kraft seit dem 1. Januar 2004.

³⁴ Vgl. Art. 3 lit. c-f und 20 BehiG; dazu BGE 130 I 354 Erw. 6.1.1 und Erw. 6.1.2 z.B. Art. 13, 16, 19 IVG.

³⁵ Vgl. Art. 2 lit. d Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003 (BehiV, SR 151.31): Definition der Diskriminierung Behinderter.

2. Gleichstellung von behinderten und nichtbehinderten Kindern?

Art. 8 Abs. 1 und 4 BV verlangen grundsätzlich eine Gleichstellung von Behinderten und Nichtbehinderten. Das Gesetz hat nach Abs. 4 insbesondere dafür besorgt zu sein, dass sämtliche Benachteiligungen, denen Behinderte ausgesetzt sind, behoben werden. Das ist grundsätzlich mit dem BehiG und der BehiV geschehen, wenn auch mit Betonung auf die technischen Massnahmen zur verbesserten Eingliederung und die finanziellen Leistungen. Soweit Kinder betroffen sind, geht das Gesetz jedenfalls nicht über die Leistungen der IV hinaus.

Insgesamt bedeutet die verfassungsrechtliche Gleichstellung behinderter mit nichtbehinderten Kindern, dass die allgemeinen Grundrechte allen Kindern genau gleich wie allen andern Menschen zustehen. Behinderte Kinder stehen somit insgesamt unter dem besonderen Schutz der Verfassung, die ihnen ein gleiches Recht auf möglichst ungetrübte Entfaltung und Entwicklung ihrer Persönlichkeit vermittelt. Einzige Voraussetzung ist die je nach konkreter Situation erforderliche Grundrechtsfähigkeit.³⁶ Dass behinderte Kinder sich auf diese Rechte berufen können, folgt im Besonderen daraus, dass die grundlegenden Individual- und Sozialrechte der Verfassung allen Menschen zuerkannt werden.³⁷ Art. 11 BV bildet zusammen mit Art. 19 und Art. 8 Abs. 2 BV sozusagen die Brücke dazu.³⁸

3. Menschenwürde, Persönlichkeitsrechte und Diskriminierungsverbot

Jede Person hat als Mensch ein absolutes Recht darauf, in seinem So-Sein anerkannt und geachtet zu werden.³⁹ Das ist der Grundgehalt der Menschenwürde des Art. 7 BV. Dieses Grundprinzip der Verfassung will nach der massgebenden Lehre und Rechtsprechung unterstreichen, dass jeder Mensch, gleich welchen Alters, Geschlechts oder Aussehens anständig behandelt wird, dass jede Missachtung, Herabminderung, Ausgrenzung unterlassen wird, was durch

³⁶ Art. 11. Abs. 2 BV; Art. 12 bis 19 ZGB. Siehe dazu die Ausführungen von AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band. Auch RUTH REUSSER/KURT LÜSCHER, St. Galler Kommentar zu Art. 11 Abs. 2 BV, Rz. 18 ff. Zur Beschränkung der Tragweite des Art. 11 BV siehe BGE 129 I 12, Erw. 10.5.3.

³⁷ Vgl. BGE 129 I 397, Erw. 3.2.2.

³⁸ Vgl. Botschaft vom 29. Juni 1994 betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V 23: Die unabdingbare Rechtsfähigkeit jedes Kindes schliesst den Schutz durch die Grundrechte mit ein. Vgl. REUSSER/LÜSCHER (Fn. 42), Rz. 8 ff.; BGE 130 I 352, Erw. 3.1; 126 II 377, Erw. 5b-d.

³⁹ PHILIPPE MASTRONARDI, St. Galler-Kommentar zu Art. 7 BV, Rz. 32 f.

das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV noch besonders unterstrichen wird. Insbesondere darf Behinderung, sei sie sichtbar oder nicht, in keiner Weise Anlass für Verachtung oder Missachtung und Misshandlung geben. Gerade die verletzlichste Gruppe der Bevölkerung ist in besonderem Masse auf die Beachtung ihrer Menschenwürde angewiesen. Bereits ihre andere Behandlung, die Tatsache, dass sie an „normalen“ Kindern gemessen werden, und dass sich ihr Leben oft zwischen Zuhause, Spital und Sonderschule⁴⁰ abspielt, lässt sie anders als die „normalen“ Kinder erscheinen und erschwert ihre Sozialisierung und ihre Integration, die doch gerade von Verfassungswegen erleichtert werden sollte.⁴¹ Primär sind die Eltern für den Schutz ihres behinderten Kindes verantwortlich⁴²; sie sind aber oft seelisch, körperlich und finanziell überfordert. Dann ist es Pflicht und Aufgabe der Öffentlichen Hand, mit ihrer Gesetzgebung oder mit andern geeigneten Massnahmen einzuschreiten, um die Persönlichkeit dieser Kinder und Jugendlichen zu schützen, deren Integration zu fördern und ihre Interessen angemessen zu wahren.

Aber den behinderten Kindern und Jugendlichen gesteht die Verfassung auch einen Anspruch auf persönliche Freiheit zu. Das bedeutet einerseits ein Recht auf physische und psychische Integrität. Für behinderte Kinder und Jugendliche heisst das, dass sie ein Recht auf Mitsprache haben, wenn es um sie betreffende Entscheidungen geht, wie z.B. um medizinische Eingriffe, etwa bei obligatorischen Impfungen oder einer erforderlichen Medikation, oder um die Einlieferung in ein Heim oder um Fragen der schulischen Massnahmen. Und zwar gesteht die Rechtsprechung behinderten Kindern und Jugendlichen dieses Recht – jedenfalls grundsätzlich – trotz ihrer Handlungsunfähigkeit zu, sofern sie urteilsfähig sind.⁴³ Sind sie urteilsunfähig, wie etwa bei schwerer geistiger Behinderung, so haben die Eltern oder allenfalls die Vormundschaftsbehörden aufgrund ihrer Fürsorgepflicht im alleinigen Interesse und unter Beachtung des Kindeswohls⁴⁴ zu entscheiden. Das Recht der persönlichen Freiheit untersagt auch jede Art von Misshandlung behinderter Kinder und Jugendlicher. Nach Art. 10 Abs. 2 BV besitzt jeder Mensch das Recht insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Hier wird u.a. das Züchtigungsrecht angesprochen, das grundsätzlich verpönt ist.⁴⁵

⁴⁰ Vgl. BGE, Urteil I 395/00 vom 29. April 2002 zu Art. 19 Abs. 1 IVG und Art. 8 Abs. 1 BV bezüglich der Ablehnung einer Wochenstunde Psychomotorik für ein regelschulfähiges, aber schwer körperlich geschädigtes Kind!

⁴¹ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. g BV.

⁴² Art. 301 ff. ZGB.

⁴³ BGE 118 Ia 427, Erw. 4b; 114 Ia 358. Neuestens zum Anhörungsrecht des Art. 144 Abs. 2 ZGB: BGE 131 III 553; anders beim sog. Schwimmurteil: BGE 119 Ia 188, Erw. 6c.

⁴⁴ Zur Umschreibung des Kindeswohls siehe BGE 118 Ia 427.

⁴⁵ Gemäss Art. 10 und 11 BV; BGE 129 IV 216, Erw. 2.2.5 und Erw. 2.3; 117 IV 14; vgl. auch BGE 105 IV 25; 85 IV 127; PETER HÄNNI/EVA MARIA BELSER, Die Rechte der Kinder: Zu

Das behinderte Kind hat auch ein Recht auf Leben und zwar auf ein Leben in Würde und Achtung. Das ergibt sich indirekt wiederum aus dem Gebot der Menschenwürde des Art. 10 Abs. 1 BV, aber ebenso aus dem Recht der persönlichen Freiheit. Im Verein mit den Eltern hat der Staat daher dafür zu sorgen, dass behinderte Kinder von Geburt an die ihren Bedürfnissen angepasste Pflege erhalten und dass deren Eltern nicht über Gebühr persönlich und finanziell belastet werden. Den behinderten Kindern ist – u.a. auch zur Entlastung der Eltern – von Staates wegen alle Fürsorge zu geben, derer sie im Blick auf ihre Situation, ihre Gesundheit, die Art der Behinderung bedürfen. Notfalls ist auch eine Fremdplatzierung ins Auge zu fassen, was bedeutet, dass der Staat Hand bieten muss, dass entsprechende behindertengeeignete Einrichtungen zur Verfügung stehen. Das Grundanliegen der Verfassung besteht in der Sorge für eine bestmögliche Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit behinderter Kinder, ihres Rechts auf Chancengleichheit im schulischen und beruflichen Leben und auf eine kindgerechte Integration in seine familiäre, schulische oder gesellschaftliche Umwelt.

Das behinderte Kind hat zudem einen Anspruch darauf, in seinem privaten und familiären Leben geachtet und behütet zu werden.⁴⁶ Das bedeutet im Besonderen, dass z.B. im Falle einer ausserhäuslichen Unterbringung von behinderten Kindern und Jugendlichen dem Anspruch auf regelmässigen Kontakt mit den Eltern entsprochen und allfällige finanzielle Hindernisse von Staats wegen beseitigt werden müssen.⁴⁷

Wesentlich für behinderte Kinder ist der Grundsatz der Rechtsgleichheit i.S. des Art. 8 Abs. 1 BV. Das ist gerade mit Blick auf den Zweck des allgemeinen Schutzartikels des Art. 11 BV von grosser Bedeutung. Zwar setzt das Gebot rechtsgleicher Behandlung nicht zwingend eine absolute Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Kindern voraus.⁴⁸ Rechtsgleichheit bedeutet nur, dass die Behörden und Organe des Staates sowie private Institutionen, die öffentliche Funktionen erfüllen (z.B. Schulen, Institutionen für Invalide, private Organisationen), im Wesentlichen Gleiches gleich zu behandeln haben. Die Behinderung kann unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit sehr wohl ein Grund für unterschiedliche rechtliche Behandlungen sein; dies jedoch nur dann, wenn es gilt, Defizite aufgrund der körperlichen Einbussen oder der geistigen Beschränkung auszugleichen, oder wenn aufgrund der Art der Behinderung das Kind mit besonderen Massnahmen vor negativen Ein-

den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzungsfähigkeit, AJP 1998, S. 134 ff., S. 150; REUSSER/LÜSCHER (Fn. 42), Rz. 9.

⁴⁶ Art. 11 und 13 BV; BGE 118 V 206.

⁴⁷ BGE 130 I 441 Erw. 6.

⁴⁸ RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung von 2000: Eine Einführung, Basel 2000, S. 138 f.

flüssen oder Eingriffen Dritter zu schützen ist. Art. 8 Abs. 1 BV gestattet eine rechtsungleiche Behandlung nur zugunsten behinderter Kinder und ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit. Es geht dabei um positive Ausgleichsmassnahmen, die bezwecken, je nach Art der Behinderung das Kind in seiner Entwicklung und Entfaltung zu stützen.⁴⁹ Als zulässig befand das Bundesgericht beispielsweise die unterschiedliche Behandlung behinderter Kinder, die mit Hilfe besonderer Massnahmen die Regelschule besuchen können, mit andern behinderten Kindern, welche eine Sonderschule besuchen. Im ersten Fall sei es Sache der Schulbehörden, die verlangten physiotherapeutischen Massnahmen zu bezahlen und – im Gegensatz zum zweiten Fall – nicht Sache der Invalidenversicherung.⁵⁰ Anders entschied es bezüglich der Schultransportkosten: Wird bei der Übernahme von Transportkosten unterschieden, ob es um Kinder mit Seh- und Hörbehinderung oder um anderweitig körperlich Behinderte geht, verstosse dies gegen das Rechtsgleichheitsgebot.⁵¹

Verboten ist auf jeden Fall die unterschiedliche Behandlung aufgrund alter Vorurteile oder gesellschaftlichen Überlieferungen; die Ungleichbehandlung durch Heilungs-, Ausgleichs- oder Stützmassnahmen muss sich als objektiv zwingend notwendig aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben und auch unter dem Gesichtswinkel des Kindeswohls begründbar sein. Art. 8 Abs. 1 BV ist wie Abs. 2 dieser Bestimmung eine Schutznorm insbesondere auch für kognitiv beeinträchtigte Kinder und Jugendliche.⁵²

Behinderten Kindern und Jugendlichen räumt die nachgeführte Verfassung einen besonders grossen Anspruch auf Achtung und Schutz ihrer Persönlichkeit ein. Das ist neu und wird in Art. 11 BV direkt, sowie in Art. 112 Abs. 6 und Art. 119 BV indirekt festgehalten. Das behinderte Kind hat angesichts seiner besonders grossen Verletzlichkeit ein subjektives Recht auf entsprechenden Schutz seiner Unversehrtheit und auf Förderung seiner Entwicklung.⁵³ Dieser besondere Schutz obliegt zwar in erster Linie den Eltern.⁵⁴ Das rechtliche Verhältnis zwischen Kindern und Eltern ist im ZGB und nicht in der Verfassung geregelt. Die Verfassung, die die Ansprüche gegenüber dem Staat im Grundrechtekatalog und in den Sozialzielen mit relativ allgemein gehaltenen Anweisungen regelt, enthält über die die den Kindern ungehindert zustehenden

⁴⁹ Vgl. KIND im vorliegenden Band.

⁵⁰ BGE 121 V 14; BGer, Urteil I 395/00 vom 29. April 2002.

⁵¹ Vgl. BGer, Urteil I 395/00 vom 29. April 2002.

⁵² Z.B. BGE 125 I 173 Erw. 6b.

⁵³ Noch ist zwar unklar, ob ein solches subjektives Recht aus der sehr allgemein gehaltenen Bestimmung des Art. 11 BV hergeleitet werden kann, vgl. KOLLER/WYSS (Fn. 5), S. 436. Vgl. dazu BGE 126 II 377, Erw. 5d.

⁵⁴ Art. 275 Abs. 2 aZGB, heute Art. 302 ZGB. Siehe AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band.

Grundrechte hinaus lediglich Bestimmungen zum Schutz der Familie. Diese wird vom Schutz des Staates stets erfasst, wenn es ihr nicht möglich ist, selbst voll ihren Pflichten nachzukommen.

B. Recht auf Schulung und Ausbildung, Recht auf soziale Integration

1. Der Grundsatz

Um überhaupt Verfassungsrechte begreifen und allenfalls auch durchsetzen zu können, ist eine gute Grundbildung Grundvoraussetzung. Das gilt in besonderem Masse für behinderte Kinder und Jugendliche. Deren besondere Verletzlichkeit und deren durch vielerlei Komponenten erschwerte Entwicklung in einer auf Leistung, Geschwindigkeit und Perfektion ausgerichteten Umwelt verlangt daher von Eltern wie von der öffentlichen Hand besonderen Einsatz. Die Verpflichtung dazu folgt insbesondere aus Art. 11⁵⁵, aber auch aus den Art. 19, 67 sowie 41 lit. c, f und g BV.

Art. 62 BV verlangt von den Kantonen die Gewährleistung einer obligatorischen und kostenlosen Grundschule, die grundsätzlich auch behinderten Kindern offen steht.⁵⁶ Es sind denn auch im Besonderen neuere kantonale Verfassungen und Schulgesetze, welche die Rechte von Behinderten im Zusammenhang mit Bildung und Ausbildung betonen und entsprechende Massnahmen in Konkretisierung der Art. 19 und 62 BV vorschreiben.⁵⁷

2. Elternhaus

Behinderte Kinder und Jugendliche haben somit von Verfassungswegen Anspruch darauf, sich so in ihrer gesamten Persönlichkeit entwickeln und entfalten zu können, dass sie als Erwachsene so weit als möglich auf eigenen Füssen stehen können. In erster Linie ist es Sache der Eltern dafür zu sorgen, dass ihren Kindern ein Aufwachsen in einer guten Umgebung gewährleistet ist, dass ihre Kinder, auch ihre behinderten Kinder, zu verantwortungsbewussten Persönlichkeiten herangezogen werden. Diese Pflicht hat der Gesetzgeber bereits 1907/12 im Schweizerischen Kindesrecht festgehalten und 1978 nochmals be-

⁵⁵ Vgl. BGE 126 II 377.

⁵⁶ BGE 126 II 377, Erw. 5; BGer, Urteil I 355/00 vom 29. April 2002.

⁵⁷ Vgl. z.B. KV-SG Art. 2 lit. e; KV-NE Art. 14 u.a.

stätigt.⁵⁸ Heute bestimmt Art. 302 ZGB, dass die Eltern das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen haben.

Um auch den behinderten Kindern gleiche Chancen wie den nichtbehinderten zu gewähren, müssen bereits im Elternhaus entsprechend geeignete Einrichtungen und Hilfen angeboten werden können.⁵⁹ Das folgt allerdings nicht aus Art. 19 BV, sondern aus Art. 11 und 41 Abs. 1 lit. g BV. Behinderte Kinder haben, wie nichtbehinderte Kinder, einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, so weit als möglich nicht nur für den Alltag in Elternhaus und Schule vorbereitet zu werden, sondern sich auch mit andern Kindern auseinandersetzen und an dieser Herausforderung wachsen zu können.

Die Eltern haben dem Kind, auch dem körperlich oder geistig gebrechlichen, eine angemessene, seinen individuellen Fähigkeiten entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen.⁶⁰ Sie haben in geeigneter Weise mit der Schule oder mit der öffentlichen oder gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenzuarbeiten (Art. 302 Abs. 2 ZGB).

3. Grundschule/Ausbildung

Der Verfassungsgeber hatte bereits in der alten Verfassung, und hat nun wieder in Art. 19 BV die obligatorische und kostenlose Grundschule vorgesehen. Noch in den 80er Jahren war unklar, ob behinderte Kinder überhaupt Anspruch hatten, an diesem sozialen Grundrecht der unentgeltlichen, angemessenen und obligatorischen Grundschule teilzuhaben.⁶¹ Es ist noch nicht allzu lange her, dass v.a. geistig behinderte Kinder in z.T. ungeeignete Heime – Altersheime etwa – abgeschoben wurden.⁶² Heute ist jedoch unbestritten, dass bei behinderten Kindern ein gesteigertes Einschulungsbedürfnis besteht.⁶³ Es stehen eine grosse Anzahl von differenzierenden Eingliederungsmöglichkeiten zur Verfügung, und zwar sowohl zugunsten der Eingliederung in die Regel-

⁵⁸ Art. 271 ff. aZGB, heute Art. 272 ZGB. Vgl. dazu AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band.

⁵⁹ BGE 129 I 16, Erw. 4.2 und Erw. 7; 130 I 352, Erw. 2.

⁶⁰ Art. 302 Abs. 1 und 2 ZGB; vgl. auch Art. 3, 9, 12 und 17 ff. BehiV. Zu einem „erweiterten“ Recht auf Bildung vgl. BGE 103 Ia 369; 103 Ia 394.

⁶¹ Vgl. Bericht des Bundesamtes für Sozialversicherung, Die Stellung des geistig Behinderten in der schweizerischen Gesetzgebung, Bern 1970, S. 69. Ein Grund für das Misstrauen vieler Behinderter und ihrer Eltern den neuen Diagnosepraktiken gegenüber. BGE 114 Ia 132, Erw. 2b und 3; 117 Ia 318, Erw. 4b und 5.

⁶² Vgl. Beispiele in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, „Alles besetzt.“ Vom schwierigen Zugang behinderter Menschen gleichberechtigten Zugang zu Gaststätten zu erhalten, in: Kochkunst, Ernährung und Recht, FS Pierre Widmer, Zürich 2003, 23 ff.

⁶³ BGer, Urteil I 281/2002 vom 9. Januar 2004, Erw. 4.3.4.

schule als auch bezüglich der Sonderschulen oder der Schulheime, die v.a. für körperlich und/oder geistig Schwerstbehinderte in Frage kommen und in denen versucht wird, die aus der Behinderung folgenden Defizite auszugleichen, zu kompensieren, vielleicht auch „unsichtbar“ zu machen. Bildungsunfähige Kinder und Jugendliche werden zumindest für das praktische Alltagsleben ausgebildet. Bei der Wahl der Bildungsmöglichkeit darf allein das Wohl des behinderten Kindes massgebend sein.⁶⁴ Vorurteile, z.B. geistig oder anderweitig behinderten Mädchen gegenüber, dürfen diese Wahlmöglichkeiten nicht einengen.

Die Entscheidung über den Schultypus fällt teils bereits nach der Geburt, teils aber spätestens mit der Einschulung und der nachschulischen Ausbildung. Während etwa die Invalidenversicherung mit der Übernahme der Kosten für medizinische Betreuung, für physio- oder ergotherapeutische Anwendungen oder mit geeigneten Hilfsmitteln etwa für gehörlose oder sehschwache oder körperlich behinderte Kinder (Rollstuhl) usw. bereits früh an eine möglichst gute Entwicklung im alltäglichen Umfeld mit Einschluss der Regelschule leistet, sind Kindergärten wie die öffentlichen Schulen v.a. bei Fragen der Einschulung von behinderten Kindern immer noch und immer wieder gefordert.⁶⁵

Entgegen früheren Zeiten⁶⁶ hat sich heute der Gedanke festgesetzt, dass Behinderungen von lernfähigen Kindern nicht zu einem Ausschluss von „normaler“ Erziehung und Schulung führen darf.⁶⁷ Grundsätzlich muss daher stets abgeklärt werden, ob die Art der Behinderung des Kindes eine Einschulung in eine Regelklasse seines Wohnortes möglich und allen Beteiligten gegenüber zumutbar macht, allenfalls unter Einsatz bestimmter Massnahmen, wie es Art. 1 und 16 BehiG fordert, oder ob andere Optionen (Sonderschule, Heilpädagogische Institution) im Interesse des Kindes geprüft werden müssen.⁶⁸ Das Bundesgericht geht davon aus, dass Art. 19 und 62 BV den Kantonen einen weiten Ermessensspielraum zugestehen. Die Ausbildung muss für die Einzel-

⁶⁴ Vgl. zum Begriff des Kindeswohls BGE 118 Ia 427.

⁶⁵ Dazu auch auf gesetzgeberischer Ebene Art. 278, 301 ZGB. Vgl. die Beiträge von AEBI-MÜLLER/TANNER und GÄCHTER/CRUCHON im vorliegenden Band; GÉRARD BLESS, Zur Wirksamkeit der Integration, Forschungsüberblick, praktische Umsetzung einer integrativen Schulreform, Untersuchungen zum Lernfortschritt, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 18, 22 ff.

⁶⁶ Diese Kinder wurden früher bestenfalls im Regelkindergarten mitbetreut und konnten noch die 1. Klasse besuchen, wurden dann aber dort, wo bereits besondere Einrichtungen – Hilfsklassen – bestanden, in solche Hilfsklassen eingewiesen und wurden damit von den „normalen“ Kindern – sogar im selben Schulhaus – ausgegrenzt.

⁶⁷ Vgl. BGE 130 I 352: In diesem Entscheid werden die Schranken einer Zuweisung an Regelklassen festgehalten, aber auch auf das Recht behinderter Kinder hingewiesen, Regelklassen besuchen zu können. Siehe auch Art. 20 Abs. 1 BehiG.

⁶⁸ Art. 20 Abs. 2 BehiG; BGE 130 I 352, Erw. 6.1.1; BLESS (Fn. 72), S. 18. Zum Ganzen im Detail LANDOLT im vorliegenden Band.

nen angemessen und geeignet sein, aber auch genügen, um die Schüler/innen auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten.⁶⁹ Der Unterricht ist zudem grundsätzlich am Wohnort der Kinder zu erteilen; die räumliche Distanz zwischen Wohn- und Schulort darf den Zweck der ausreichenden Grundschulausbildung nicht gefährden und darf auch nicht das Recht auf Familienleben über Gebühr einschränken.⁷⁰ Nach Auffassung des Bundesgerichts ist der nach Art. 19 BV i.V.m. Art. 62 Abs. 2 und 67 Abs. 1 BV behinderten Kindern zustehende Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende, unentgeltliche Grundschulausbildung verletzt, wenn seine Ausbildung in einem Masse eingeschränkt wird, welches die Chancengleichheit nicht mehr wahrt, bzw. wenn das Kind Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten.⁷¹ Insbesondere – so das Bundesgericht – sorgen die Kantone dafür, dass wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderte Kinder und Jugendliche und ihnen besonders nahe stehende Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können.⁷² Doch sind Vorkehren dieser Art nicht immer leicht umzusetzen. Denn auch die Interessen des Lehrpersonals⁷³ und der nichtbehinderten Schüler und Schülerinnen sind zu beachten. Die heutige Grundschule ist bereits stark gefordert und hat immer mehr Erziehungspflichten zu übernehmen, die an sich den Eltern und der Familie obliegen würden. Mit dem Zwang etwa, z.B. normalbegabte körperlich behinderte oder blinde und gehörlose Kinder in die Regelklasse aufzunehmen, werden zwar auch den nichtbehinderten Kindern viel Sozialkompetenz und Empathie vermittelt, das könnte aber auch zu Überforderungen führen, v.a. wenn man bedenkt, dass aus Spargründen die Klassen wieder zahlenmässig aufgestockt zu werden pflegen. Ohne den Beizug von fachkundigen Hilfskräften liesse sich wohl nur ausnahmsweise das Recht normal begabter, aber schwerer behinderter Kinder, die Regelklasse besuchen zu dürfen, durchsetzen.⁷⁴ Es muss bei derartigen Entscheiden immer das Wohl aller Kinder beachtet werden. Es könnte z.B. gerade auch die Gefahr bestehen, dass die Aufmerksamkeit der Lehrkräfte allzu sehr auf die behinderten Kinder und deren

⁶⁹ BGE 130 I 352, Erw. 3.2.2.

⁷⁰ BGE 130 I 352.

⁷¹ BGE 130 I 352 m.H. auf BGE 129 I 12, Erw. 4.2 und BGE 129 I 35, Erw. 7.2 und 7.3; BGer, Urteil 2P.150/2003 vom 16. September 2003.

⁷² Art. 20 Abs. 3 BehiG.

⁷³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 11. Dezember 2000 zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zu einem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, BBl 2001, S. 1750; z.B. Art. 37 des VolksschulG des Kantons St. Gallen vom 13. Januar 1983; Art. 40 des VolksschulG (Grundsatz der Subsidiarität der Spezialklassen); auch Art. 9 des G über die Volksschule und den Kindergarten vom 23. Mai 1995 (Kanton Thurgau); Art. 9 Legge della scuola vom 1. Februar 1990 (Kanton Tessin) usw.

⁷⁴ BGer, Urteil 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001, Erw. 2 und 8.4.

Ansprüche fokussiert und die andern Kinder dementsprechend vernachlässigt würden.⁷⁵ Die Grenze einer Integration behinderter Kinder in eine Regelklasse liegt daher dort, wo die Schwere der Behinderung und der Anspruch auf Aufmerksamkeit dieser Kinder dem Unterricht der andern Schülerinnen und Schüler ernstlich entgegenstehen würde.⁷⁶

4. Justiziables Sozialrecht: Grundschulbildung ist gerichtlich durchsetzbar

Das verfassungsmässige Recht behinderter Kinder und Jugendlicher auf „ausreichenden und unentgeltlichen“ Grundschulunterricht nach Art. 19 und 62 Abs. 2 BV ist nach allgemeiner Auffassung ein individuell durchsetzbares Recht des einzelnen Kindes, und zwar auch gerade des behinderten Kindes.⁷⁷ Das wird durch die Art. 62 und 41 lit. f und g unterstrichen: Ein ausreichender Grundschulunterricht steht von Verfassungs wegen allen Kindern offen. Die behinderten Kinder sind somit in dieses Sozialrecht miteingeschlossen und können dieses Recht auf dem Rechtsweg durchsetzen. Doch das heisst nicht – wie dargelegt – zwingend Regelschule, sondern u.U. auch Integration in ein geeignetes Schulheim oder eine Sonderschule, wenn sich dies im Interesse des Kindes (z.B. Schutz vor Verwahrlosung oder ungenügende Förderung) aufdrängt und eine gesetzliche Grundlage dafür gegeben ist.⁷⁸

C. Freiheit der Lebensgestaltung

1. Rechte aus der Verfassung

Wie alle Menschen haben auch körperlich, geistig oder psychisch beeinträchtigte sowie geistesschwache Kinder und Jugendliche einen Anspruch darauf, ihre Wünsche zu ihrer persönlichen und beruflichen Lebensgestaltung frei zu äussern und je nach den gegebenen Möglichkeiten auch umzusetzen. Das ist ein Anspruch, welcher ihrem Recht auf persönliche Freiheit und dem Verbot jeglicher Diskriminierung entspringt. Freilich hängt das Ausmass dieser Frei-

⁷⁵ In diesem Zusammenhang sei auf das Problem der sog. Schattenkinder hingewiesen (vgl. NZZ am Sonntag vom 20. November 2005, S. 93; NORA HABERTHÜR, Kinder im Schatten, Oberhofen 2005; BGer, Urteil I 378/04 vom 30. April 2004, Erw. 2.2.2 und 2.3.2).

⁷⁶ BGE 130 I 352.

⁷⁷ BGE 130 I 352, Erw. 3.3; Art. 20 Abs. 2 und 3 BehiG.

⁷⁸ Die gesetzliche Grundlage findet sich in den Art. 307, 314a ZGB; vgl. dazu AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band.

heit und der Möglichkeit ihrer Durchsetzung sowohl von der faktischen Lern- wie von der Urteilsfähigkeit ab, die sich je nach Art und Schwere ihrer Beeinträchtigung in der Lebensbewältigung unterschiedlich auswirken können. Dass in der Praxis behinderten Jugendlichen oft Barrieren entgegenstehen, die sie daran hindern, ihre je speziellen Berufswünsche oder auch ihre Möglichkeiten der Freizeitgestaltung oder des Wohnens durchzusetzen und dass insbesondere ihr Recht, ihre Sexualität leben zu dürfen, oft beeinträchtigt wird,⁷⁹ widerspricht der Tatsache, dass die Freiheit der Lebensgestaltung auf verfassungsmässiger Garantie beruht. Übersorglichkeit von Eltern oder Erzieher/innen kann diesem Recht so wenig entgegenstehen wie gesellschaftliche Missverständnisse, Unkenntnis oder Vorurteile.⁸⁰

2. Arbeitsmarkt

Besondere Probleme zeigen sich bei der Frage der Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten: Während zwar z.T. berufliche Ausbildungsstätten und auch geschützte Werkstätten mit entsprechenden Arbeitsplätzen v.a. für geistig und körperlich schwerer bis schwerst behinderte Jugendliche bestehen, fehlt es oft an der Bereitschaft der öffentlichrechtlichen und privaten Arbeitgeberschaft, befriedigende Lehr- und Arbeitsplätze für weniger stark Behinderte zur Verfügung zu stellen und auch den damit verbundenen Aufwand für persönliche Betreuung auf sich zu nehmen. Es ist deshalb schwierig, selbst bei guter Vorbildung in Sonderschulen und geschützten Ausbildungsstätten, in der allgemeinen Arbeitswelt eine Anstellung zu finden.⁸¹

3. Ansprüche aus den Sozialrechten und -zielen der Verfassung

In dieser Hinsicht wird die Stellung der behinderten Kinder und Jugendlichen zusätzlich durch die in der Verfassung verankerten Sozialrechte der Art. 67 und 41 lit. f und g BV gestärkt. Zwar lassen sich aus diesen Bestimmungen nach noch vorherrschender Auffassung anders als bei den allgemeinen Grundrechten keine individuell durchsetzbaren Rechte herleiten, aber sie geben zwingend Leitlinien vor, die von den gesetzgebenden Instanzen und den gesetzesanwendenden Behörden zu beachten sind.

⁷⁹ Vgl. den Beitrag von PREVITALI/CORPATAUX/SPRUMONT im vorliegenden Band.

⁸⁰ Vgl. BGE 114 II 146 Erw. 2a zu aArt. 90 ZGB; in den 30er Jahren galt es in wissenschaftlichen Kreisen wie in der Gesetzgebung als selbstverständlich, gegenüber der Sexualität u.a. von geistesschwachen Personen von Staats wegen mit Zwangskastration oder Zwangsunterbindung einzuschreiten.

⁸¹ Vgl. die nunmehrige Verpflichtung in Art. 13 ff. und 16 ff. BehiG.

In neuester Zeit – wohl als Folge der Initiative „Suter“⁸² – steht auch immer wieder der Wille Behinderter im Vordergrund, eigenständig wohnen zu dürfen. Bisher standen diesem Wunsch vor allem bauliche Einschränkungen der Gebäude entgegen. Das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen⁸³ sieht nunmehr in Art. 7 bestimmte Rechtsansprüche für Behinderte vor. Allerdings gibt es in diesem Gesetz derart viele Einschränkungen und Ausnahmen (Art. 3 lit. b lit. c BehiG), dass dessen positive Wirkungen vorerst noch recht fraglich sind.⁸⁴

4. Besondere Probleme für behinderte Mädchen?

Ein besonderes Problem besteht aufgrund alter Tradition und tiefsitzenden Vorurteilen: Die Bildung und Ausbildung von behinderten Mädchen und deren eigene Lebensgestaltung unterliegen oft nicht denselben Regeln wie sie für männliche behinderte Jugendliche gelten. Behinderten Mädchen stehen nicht immer dieselben beruflichen Möglichkeiten offen; sie werden v.a. für sog. „weibliche“ Berufe ausgebildet und damit im Grunde weniger gut auf ein eigenständiges Leben vorbereitet. Das ist ein doppelter Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot: einerseits als Behinderte und andererseits als Frau. Wenn es zwar möglich ist, sich z.B. als sensorisch behindertes Mädchen zur Telefonistin oder zur Computerspezialistin auszubilden, wird es viel schwieriger für geistig behinderte junge Frauen, nicht nur für schlecht bezahlte Hausarbeiten oder textiles Arbeiten, sondern z.B. in mechanischen Arbeiten ausgebildet zu werden.⁸⁵ Wie ganz allgemein gegenüber der Ausbildung von jungen Frauen gelten in dieser Hinsicht bezüglich behinderter Mädchen noch Vorurteile, die Art. 8 Abs. 2, 3 und 4 BV widersprechen.

5. Ausländische behinderte Kinder

Im Rahmen einer eigenständigen Gestaltung des Lebens soll und muss auch das Recht auf Leben bei und mit den Eltern für ausländische Kinder und Jugendliche mit Behinderungen möglich sein. Jedenfalls sehen sowohl das

⁸² Vgl. die Volksinitiative „Gleichstellung für Behinderte“ vom 14. Juni 1999.

⁸³ Vom 13. Dezember 2002, SR 151.3.

⁸⁴ Das BehiG gilt nur für Wohngebäude mit mehr als acht Wohneinheiten, für welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Bewilligung für den Bau oder für die Erneuerung erteilt wird. Vgl. aber auch das Wohnförderungsgesetz (WFG, SR 842) und die dazu gehörende Verordnung (WFV, SR 842.1), welche spezifisch die Interessen von Menschen mit Behinderungen berücksichtigen.

⁸⁵ Vgl. PRO INFIRMIS, Zum Jahr der Behinderten, Forum Davos Nr. 2/3, 1981, S. 16-3 ff.; PRO INFIRMIS, Vergessen als Frau, Fachzeitschrift für Rehabilitation 3/1988, S. 21-3 ff.

ANAG in Art. 18 Abs. 2 und 25 lit. h als auch das AsylG in Art. 51 lit. a resp. 71 eine entsprechende Möglichkeit, wenn auch unter (zu) strengen Voraussetzungen, vor.⁸⁶ Ausländische Kinder, auch behinderte Kinder, haben das Recht, in dem von ihren Eltern gewählten Staat entsprechend den Grundrechten und der Kinderkonvention behandelt und betreut zu werden. Das ergibt sich aus der allgemeinen Geltung des Art. 11 BV wie auch des Art. 8 Abs. 1 und 2 BV sowie des Art. 23 KRK.

D. Soziale Sicherheit und Anspruch auf den notwendigen Lebensunterhalt

1. Recht auf soziale Sicherheit

Das Schutzobjekt „behindertes Kind“ ist im Rahmen der Art. 12, 41, 111 und 112 BV in die gesamte soziale Sicherheit einbezogen. Es besteht somit ein unabdingbarer verfassungsrechtlicher Anspruch auf Deckung des minimalen notwendigen Lebensbedarfs, zu dem auch die Deckung der Pflege- und Gesundheitskosten sowie der Kosten für allfällige invaliditätsbedingte Massnahmen gehören. Den behinderten Kindern und Jugendlichen müssen im Rahmen der Art. 111 und 112 BV sämtliche Ansprüche zur Verfügung stehen, welche die Gesetzgebung für Eingliederung, für die Bewältigung der alltäglichen Aufgaben und für die Kommunikation mit der sozialen Umwelt vorsieht.⁸⁷ Darüber hinaus besteht ein Rechtsanspruch auf Deckung des Existenzminimums.⁸⁸ Der Staat hat mit finanziellen Mitteln dafür besorgt zu sein, dass behinderte Kinder ohne finanzielle Not aufwachsen können, die der Art ihrer Behinderung entsprechenden Therapien und Hilfsmittel erhalten, sich schulen und beruflich ausbilden lassen und ihre Freizeit geniessen können.⁸⁹

⁸⁶ Siehe Art. 121 BV; Art. 25 lit. h ANAG in der Fassung vom 26. Juni 1998 (SR 142.20); Art. 71 AsylG vom 26. Juni 1998 (SR 142.31).

⁸⁷ Vgl. dazu im Besonderen GÄCHTER/CRUCHON im vorliegenden Band.

⁸⁸ BGE 121 I 367; 122 I 101; vgl. auch 121 V 17, Erw. 4d; 122 II 193, Erw. 2b.

⁸⁹ BGE 121 V 8; 120 V 1 ff.; 118 V 296; 129 I 12, Erw. 6.3; 129 I 35, Erw. 8.2.

2. Förderung und Entlastung der Familien mit behinderten Kindern

Besonders wichtig ist Art. 41 BV, der den gebrechlichen Kindern und Jugendlichen einen besonderen sozialen Schutz zuspricht.⁹⁰ Dieser Schutz zielt allerdings zunächst auf die Förderung der Familie als Gemeinschaft von Erwachsenen und Kindern (lit. c), aber auch auf die Förderung der Bildung und Ausbildung (lit. f) und auf die Unterstützung der sozialen, kulturellen und politischen Integration sowie die Förderung der Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Bürgern.⁹¹ Auch sind allfällige Leistungen, die sich aus diesen Sozialzielen herleiten lassen, lediglich subsidiärer Natur. Die primär Verantwortlichen für die behinderten Kinder und Jugendlichen sind nach dieser Bestimmung die Eltern.⁹² Diese haben somit in erster Linie auch für den Lebensunterhalt und die damit zusammenhängenden Kosten zu sorgen. Erst wenn die Eltern aus irgendwelchen Gründen ausfallen, setzt die Fürsorge des Staates ein.⁹³

Es sind aber auch gewisse Leistungen notwendig, um die Eltern zu entlasten, sei es, um ihre körperliche oder ihre seelische Überforderung durch eine anspruchsvolle Pflege eines behinderten Kindes zu Hause zu verhindern, sei es, um in finanzieller Hinsicht an die teils enormen Kosten für das behinderte Kind beizutragen (Sonderschulen, Pflege, Hilfsmittel wie Rollstuhl, Hörgeräte, Zusatzunterricht etwa in Blindenschrift, Sprachheilunterricht etc.). Diese versicherungsmässig vorgesehenen Leistungen sind wie andere Ansprüche auch vor und nach Erreichung des Schulalters bis zur Mündigkeit geschuldet. Es widerspricht diesem Grundsatz, wenn beispielsweise eine Organisation zur Unterstützung und Entlastung von Eltern behinderter Kinder infolge Kürzung der öffentlichen Beiträge ihre Leistungen einstellen muss.⁹⁴

⁹⁰ In den Sozialzielen des Art. 41 BV wird nur von „Person“ gesprochen und damit zum Ausdruck gebracht, dass der Bund in der Umschreibung der Ansprecher/innen nicht wie bei den Grundrechten alle Menschen mit einbeziehen will und muss. Aber die Konkretisierung der Sozialziele in Art. 111 und 112 BV bezieht alle, also auch invalide Bewohner/innen der Schweiz mit ein.

⁹¹ Art. 41 Abs. 1 lit. c, f und g BV. Im Einzelnen MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 11 ff., 25 ff., 44 ff., 71, 76 ff.

⁹² Vgl. SALADIN (Fn. 8), S. 202 ff.

⁹³ Vgl. z.B. BGer, Urteile 1P.277/2000 vom 26. Oktober 2000, I 289/2002 vom 9. Januar 2004 und I 326/2002 vom 4. März 2004.

⁹⁴ Vgl. Kipex Zürich, Der Beobachter 19/2005.

3. Leistungen der Invalidenversicherung

Auf Bundesebene bestimmt vor allem die Invalidenversicherung, was für Ansprüche bestehen und wie die Eingliederungs- und Stützungsmaßnahmen für behinderte Kinder zu finanzieren sind.⁹⁵ Die Leistungen der IV sind auf die Eingliederung in die soziale Umwelt ausgerichtet. Damit soll die Kommunikation, die Beweglichkeit, aber auch die Fähigkeit, sich ausbilden und beruflich einzugliedern, ermöglicht oder verbessert werden. Die Leistungen der IV sind auf die konkrete Situation, d.h. die Besonderheit der altersgemässen Bedürfnisse und der Behinderung des Kindes zugeschnitten, und sie haben primär den Sinn, seine Chancen im Leben zu verbessern und eine Eingliederung in das Wirtschaftsleben zu ermöglichen.

4. Hilfe in Notlagen

Darüber hinaus aber hat jedes behinderte Kind ein Recht auf Hilfe in Notlagen dort, wo die Soziale Sicherung nicht oder zu wenig greifen kann und die finanziellen Kräfte der Eltern überfordert sind. Die entsprechende verfassungsmässige Grundlage findet sich in Art. 12 BV. Das in Art. 7, 10 und 11 BV mitenthaltene Recht auf ein menschenwürdiges Dasein, sei dies in der Familie, sei dies im Rahmen einer ausserfamiliären Betreuung oder – was heute v.a. von körperlich Behinderten, aber auch teilweise von Geistigbehinderten immer mehr gewünscht wird – sei dies in einer eigenen Wohnung oder einer Wohngemeinschaft, wird so durch Art. 12 in materieller Hinsicht konkretisiert.

5. Besondere Integrationsprogramme nach dem Gleichstellungsgesetz für Behinderte

Das Gleichstellungsgesetz für Behinderte sieht in Art. 14 vor, dass Behörden besondere Rücksicht auf Sprach-, Hör- oder Sehbehinderte zu nehmen haben. Das hat zur Folge, dass entsprechende Massnahmen (besondere Licht- und Hörsignale, Gebärdensprache) zu treffen sind. Ausserdem kann der Bund nach Art. 14 Abs. 3 BehiG in Ergänzung zur IV kantonale Vorkehren zugunsten einer integrativen schulischen Ausbildung von Sprach- oder Hörbehinderten und zur Förderung der Sprachkenntnisse Sehbehinderter unterstützen. Leider handelt es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift, die als solche den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 11 Abs. 1 und 67 Abs. 1 BV kaum entspricht.

⁹⁵ Siehe im Einzelnen GÄCHTER/CRUCHON im vorliegenden Band.

Ähnliches lässt sich sagen, soweit sich der Bund bei Programmen zur Integration Behinderter i.S. des Art. 16 BehiG, insb. für Bildung, Kultur und Sport beteiligen soll. Er hat daran allenfalls Finanzhilfe zu leisten; doch auch hier besteht die grosse Gefahr, dass angesichts der Sparprogramme im Bund die behinderten Kinder und Jugendlichen das Nachsehen haben werden, Verfassungsvorgaben hin oder her.

IV. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte

A. Grundrechtsfähigkeit der behinderten Kinder und Jugendlichen

Art. 11 Abs. 2 BV setzt voraus, dass die sich auf den Schutz der Verfassung berufenden Kinder und Jugendlichen grundrechtsfähig sind. Das ist neu, doch drückt diese Bestimmung eine Selbstverständlichkeit aus. Behinderte Kinder und Jugendliche sind wie nichtbehinderte Kinder und Jugendliche rechtsfähig⁹⁶ und grundsätzlich befugt, eine Verletzung ihrer Grundrechte selbständig geltend zu machen, sei es allein, soweit es um Eingriffe in höchstpersönliche Rechte wie Meinungsäusserungsfreiheit, persönliche Freiheit usw. geht, sei es unter Beizug ihrer Eltern oder von – allenfalls selbst gewählten – Vertreter/innen, soweit weniger personenbezogene Rechte in Frage stehen. So haben sie z.B. grundsätzlich die Befugnis, sich auf ihr Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit zu berufen, also etwa bei medizinischen Eingriffen mitzubestimmen, z.B. sich gegen Zwangsmedikation oder fürsorgerische Freiheitsentziehung zu wehren, wobei das Gesetz die Alterslimite für eigenes Vorgehen auf 16 Jahre festlegt⁹⁷, oder bei einer Körperstrafe durch Eltern oder die Lehrerschaft den Schutz der Behörden anzurufen.⁹⁸ Ihre Meinung darf bei gegebener Grundrechtsfähigkeit z.B. bei der Berufswahl nicht übergangen werden, ebenso wenig bei sie persönlich treffenden Entscheiden medizinischer, schulischer oder sozialer Art. Sie können m.E. auch ihr Recht auf Deckung ihres Notbedarfs selbst oder durch selbst gewählte Vertreter/innen geltend machen.⁹⁹

⁹⁶ Art. 11 ZGB; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar zu Art. 11 ZGB, N 1 ff.

⁹⁷ Art. 314a ZGB, dazu AEBI-MÜLLER/TANNER im vorliegenden Band.

⁹⁸ BGE 118 Ia 444; 124 I 80, Erw. 2c; 127 I 6, Erw. 5; 130 I 16, Erw. 3: medizinische Eingriffe; 117 IV 14: Prügelstrafe. Vgl. dazu HÄNNI/BELSER (Fn. 52), S. 134 ff.

⁹⁹ Art. 11 Abs. 2 BV; Art. 1–19 ZGB; Art. 12 KRK.

Die Grundrechtsfähigkeit des Art. 11 Abs. 2 BV enthält darüber hinaus zwei Komponenten: sie entspricht einerseits der zivilrechtlichen Urteilsfähigkeit und andererseits der beschränkten Handlungsunfähigkeit i.S. der Art. 16, 18 und 19 ZGB¹⁰⁰. Es ist demnach wie im Zivilrecht erforderlich, dass die behinderten Kinder oder Jugendlichen altersmässig und entsprechend ihrer geistigen Reife in der Lage sind, die Tragweite der Grundrechte einzusehen und entsprechend zu handeln. Auch bei behinderten Kindern kommt es stets auf den konkreten Einzelfall und auf die Komplexität der Streitsache an.¹⁰¹ Die Rechtsprechung geht davon aus, dass z.B. bereits 6-jährige Kinder in Scheidungen ihrer Eltern befragt werden können und 10-jährige Kinder im Falle einer Adoption um ihre Meinung gefragt werden sollten.¹⁰²

Geht es um jüngere oder körperlich oder geistig schwer behinderte Kinder, haben zunächst die Eltern die anstehenden Entscheidungen zu treffen, wobei sie an das Kindeswohl gebunden sind und nicht einfach ihre eigenen Interessen und Meinungen durchsetzen dürfen. Das folgt aus ihrer generellen Fürsorge- und Erziehungspflicht.¹⁰³ Die einschlägigen Entscheide des Bundesgerichts zeigen denn auch, dass i.d.R. betroffene Kinder zusammen mit ihren Eltern, zumeist der Mutter, an Behörden oder Gerichte gelangen.¹⁰⁴ Sind die Eltern nicht in der Lage, die Interessen ihrer behinderten Kinder in deren Interesse zu wahren, erwächst den Behörden die Pflicht, Kindern durch eine geeignete Vertretung beizustehen.¹⁰⁵

B. Allgemeine Verfahrensgarantie (Art. 29 BV; Art. 9 BehiG)

Die Verfahrensgarantie des Art. 29 BV gilt ebenso für behinderte, grundrechts- und urteilsfähige Kinder wie für andere Personen auch. Das bedeutet, dass behinderte Kinder und Jugendliche vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen denselben Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung ihres Anliegens innert angemessener Frist haben. Insbesondere können sie sich auf ihr rechtliches Gehör berufen und geniessen ebenso das verfassungsmässige Recht auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern weder sie selbst

¹⁰⁰ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar zu Art. 19 ZGB, N 5 ff.

¹⁰¹ Vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar zu Art. 16 ZGB, N 34.

¹⁰² Art. 265 Abs. 2 ZGB; BGE 131 III 409: Anhörung eines Kindes im Verfahren der gerichtlichen Beurteilung bei Einweisung in ein Heim; 131 III 553: Befragung i.S.v. Art. 144 Abs. 2 ZGB i.S. einer Richtlinie = ab 6 Jahren; vgl. auch BGE 119 Ia 135: Entlassung aus fürsorgerischer Freiheitsentziehung. Vgl. dazu KOFMEL EHRENZELLER im vorliegenden Band.

¹⁰³ Art. 302 Abs. 1 ZGB.

¹⁰⁴ BGer, Urteil I 281/2002 vom 9. Januar 2004; BGE 129 I 12, Erw. 4.2; 129 I 35, Erw. 7.3.

¹⁰⁵ Art. 307 ff. ZGB.

noch ihre allenfalls leistungspflichtigen Eltern über genügende Mittel verfügen und ihr Rechtsbegehren um Schutz verfassungsmässiger Rechte nicht aussichtslos erscheint. Ausserdem haben sie einen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, falls sie – was wohl die Regel sein dürfte – infolge ihres jugendlichen Alters, ihrer Einsichtsfähigkeit und der Komplexität der Rechtssache nicht selbst in der Lage sind, ihre Rechtssache vor der Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde angemessen zu vertreten.

V. Schlussbemerkung

Wie dargelegt, stehen behinderte Kinder unter einem besonderen Schutz der Bundesverfassung wie auch allenfalls noch weitergehender kantonaler Verfassungen. Das folgt insbesondere aus Art. 11 und 41 lit. g BV. Ihre persönlichkeitsbezogenen Grundrechte sind (theoretisch) gewahrt; sie würden sich gegebenenfalls auch durchsetzen lassen. Das setzt aber voraus, dass Eltern und Aussenstehende, insbesondere Behördenvertreter/innen behinderte Kinder und ihre Anliegen ernst nehmen. Auch gesetzgeberisch ist die Rechtsstellung behinderter Kinder in verschiedenen Bereichen – Invalidität¹⁰⁶ oder nunmehr im Behindertengleichstellungsgesetz¹⁰⁷ – relativ gut geordnet. Und auch die Rechtsprechung versucht, manchmal durch eine weite Auslegung der entsprechenden verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Vorschriften das schwere Los behinderter Kinder und deren Eltern zu erleichtern. Die grosse Gefahr lauert heute indessen auf der politischen Ebene: Echte oder ideologisch untermauerte Sparzwänge setzen v.a. den finanziellen staatlichen Leistungen immer wieder enge Grenzen. Allzu oft wird vergessen, dass die Verwirklichung des Hauptziels des Behindertenschutzes (ihre auf volle Integration ausgerichtete Gleichstellung mit nichtbehinderten Kindern und die Ermöglichung eines selbstbestimmten Lebens) ohne staatliche Finanzhilfen nicht durchsetzbar ist. Dennoch: Ob die Sinneskräfte beeinträchtigt sind wie bei Sehbehinderten oder Gehörlosen, ob Sprach- oder andere Lernbehinderungen bestehen, ob Lähmungen des Körpers, Spasmen und Verhaltensstörungen diese Kinder an der Teilnahme des Lebens mit „gesunden“ Kindern hindern, ob ihr Verhalten die Umwelt stört oder ob das Aussehen oder die Fähigkeiten bei geistesschwachen Kindern und Jugendlichen ihre soziale Anerkennung erschwert oder gar verunmöglicht¹⁰⁸ – immer ist zu beachten, dass behinderte Kinder ebenso wie alle andern im Genuss der Grundrechte der Verfassung stehen, dass sie aus der

¹⁰⁶ IVG, z.B. Art. 19.

¹⁰⁷ Art. 3 ff. BehiG.

¹⁰⁸ Art. 2 Abs. 1 BehiG.

Mitsorge des Staates für ihr Wohl so behandelt und gefördert werden müssen, dass sie in die Lage versetzt werden, ihre Träume und Wünsche von einem „gleichen“ Leben so weit als möglich umsetzen zu können.¹⁰⁹ Zur Durchsetzung dieser Forderung sind nicht nur die Eltern als primär Sorgeberechtigte und -verpflichtete, sondern auch der Staat mit allen seinen Institutionen von Verfassungswegen berufen.

¹⁰⁹ SALADIN (Fn. 8), S. 189, spricht behinderten Kindern ein Recht auf Liebe zu. Vgl. auch RUEDI PREROST, Das Hauptziel heisst selbstbestimmtes Leben: Behinderten-Gleichstellung in der Schweizerischen BV, in: Judith Hollenweger/Heinz Bättig (Hrsg.), Bildungswege zur Selbstbestimmung, Luzern 1997.