



## Rechtsgutachten

**Rechtmässigkeit der Kostenbeteiligung bei stationärer Unterbringung von Kindern mit Behinderungen in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule gemäss der Berner Gesetzgebung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf (KFSG [BSG 213.319] und KFSV [BSG 213.319.1])**

## **Schlussfolgerungen**

Zuhanden von Procap Bern

von Prof. FH, Dr. iur. Eva Maria Molinari, Rechtsanwältin

Bern, 30. August 2023



## Beantwortung der Fragestellung – Schlussfolgerungen

- 152 Die Kostenbeteiligung nach der Berner Gesetzgebung über Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf widerspricht dem Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht sowie dem Diskriminierungsverbot:
- 153 Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht garantiert einen Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht, der unentgeltlich und ohne unzumutbare Erschwernisse zugänglich ist. Garantiert ist eine Grundschulbildung, die den Bedürfnissen und Fähigkeiten der betroffenen Schüler\*innen angemessen ist und ihnen neben Wissen auch diejenigen Fähigkeiten und Fertigkeiten vermittelt, welche für eine selbständige Lebensführung notwendig sind.
- 154 Dies hat für Kinder mit Behinderung besondere Bedeutung, denn hier erfüllt die Garantie auf unentgeltlichen Grundschulunterricht und auf ausreichende Sonderschulung auch die Funktion, behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen und so eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zu verhindern. Es handelt sich um verfassungsrechtlich gebotene kompensatorische Fördermassnahmen. Das bedeutet, dass für Kinder mit Behinderung besondere Leistungen vom unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst sind, sofern dadurch ein ausreichender Grundschulunterricht und der Zugang zu diesem erst ermöglicht (bzw. nicht übermässig erschwert) werden. Diese besonderen Leistungen können auch im Bereich Verpflegung, Pflege und Betreuung liegen; z.B. in einer stationären Unterbringung in einer Einrichtung mit Volksschule. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass der (räumliche) Zugang zu einem ausreichenden Grundschulunterricht grundrechtlich gesichert ist. Zudem besteht gerade für Kinder mit Behinderung die Notwendigkeit, sich auch lebenspraktische Fähigkeiten und Fertigkeiten anzueignen, die für ein selbstbestimmtes Leben notwendig sind. Die kann oftmals nicht im Unterricht selber und nicht Zuhause erfolgen.
- 155 Sofern eine stationäre Unterbringung den Zugang zu einem angemessenen Grundschulunterricht erst (ohne übermässige Erschwernisse) ermöglicht (d.h. schulermöglichenden Charakter hat), ist sie vom Anspruch auf Grundschulunterricht erfasst und hat folglich unentgeltlich zu sein. Unentgeltlichkeit bedeutet, dass lediglich die Verpflegungskosten, die durch die Leistung (hier die stationäre Unterbringung) eingespart werden, verrechnet werden dürfen. Diese belaufen sich auf nicht mehr als CHF 16 pro Tag. Dies gilt im Übrigen nicht nur für Kinder mit Behinderung, sondern auch wenn eine stationäre Unterbringung aufgrund nicht-behinderungsbedingtem Schutz- oder Förderbedarf einen schulermöglichenden Charakter hat.
- 156 Positive bzw. kompensatorische Fördermassnahmen stehen dem Gebot der Rechtsgleichheit nicht entgegen, da sie das Gebot der Nichtdiskriminierung der Kinder mit Behinderung erst erfüllen, d.h. erst dafür sorgen, dass behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden. Dennoch obliegt es dem Gesetzgeber, dafür zu sorgen, dass durch die Kostenneutralität für Kinder mit Behinderung keine unzumutbare Belastung für Kinder mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf entsteht (z.B. über eine Härtefallklausel, welche es für Kinder mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf ermöglichen würde, die Umstände des Einzelfalles zu prüfen). Es kann



verfassungsrechtlich jedenfalls nicht angehen, dass der Kanton Bern eine Diskriminierung von Kindern mit Behinderung hinnimmt, nur weil das KFSG nicht zwischen Behinderung und anderweitigem Unterstützungsbedarf differenziert und mögliche gesetzgeberische Massnahmen (wie z.B. eine Härtefallregelung) nicht ausschöpft.

157 Wird nicht im Einzelfall geprüft, ob behinderungsbedingte Nachteile im Bereich der Grundschulbildung vorliegen, die durch besondere Leistungen (z.B. eine stationäre Unterbringung) kompensiert werden können, liegt eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes vor. Entsprechend hält der Ausnahmetatbestand von Art. 34 KFSV, der eine Kostenbeteiligung ohne Einzelfallprüfung lediglich aufgrund der Schulweglänge vorsieht, vor höherstehendem Recht nicht stand. Zudem differenziert Art. 34 KFSG nicht nach anderen (behinderungsbedingten) Kriterien, die den Zugang zu einem ausreichenden Grundschulunterricht verunmöglichen oder übermässig erschweren. Damit verletzt Art. 34 KFSV auch den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht.

158 Eine mögliche, verfassungskonforme Formulierung von Art. 34 KFSV wäre Folgende:

«Art. 34 KFSG:

<sup>1</sup> Ist der Bezug einer stationären Leistungen für eine angemessene Grundschulbildung erforderlich, besteht keine Beteiligungspflicht. Dies gilt insbesondere,

a. wenn der Schulweg namentlich aufgrund seiner Dauer, Länge, Gefährlichkeit und Beschwerlichkeit oder aufgrund des Alters, der Konstitution oder der Behinderung des Kindes nicht zumutbar ist;

b. wenn von der zuständigen Stelle gemäss Volksschulgesetzgebung die Unterbringung in einer besonderen Volksschule empfohlen wird.

c. wenn eine Sonderschulung notwendig ist und diese vorübergehend oder dauernd nur stationär erbracht werden kann.»

159 Die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung gemäss KFSV weist mehrere Widersprüche zu höherstehendem Recht auf.

160 Betreffend Partizipation der Mitglieder der wirtschaftlichen Haushaltseinheit an den behinderungsbedingten Mehrkosten (Art. 36 KFSV) gilt Folgendes.

– Die pauschale Berücksichtigung des gesamten massgeblichen Jahreseinkommens der Mitglieder der wirtschaftlichen Haushaltseinheit (Art. 36 KFSV) sowie das progressive Stufenmodell (Anhang A4 KFSV) weitet die zivilrechtlichen Beistandspflichten von **Ehepartner\*innen und eingetragenen Partner\*innen** aus. Denn die Beistandspflicht nach ZGB bzw. PartG für Stiefkinder ist begrenzt und sieht vor, dass die Beistandspflicht der Ehegatt\*innen und eingetragenen Partner\*innen nicht dazu führen darf, dass der Unterhalt für das Stiefkind erhöht wird (Kostenneutralität). Genau dies geschieht aber durch das progressive Stufenmodell der KFSV. Diese geht daher über die zivilrechtlichen Beistandspflichten hinaus.

Für Stiefeltern der Leistungsbezüger\*inne (d.h. Ehegatt\*innen und eingetragene Partner\*innen) führt dies dazu, dass durch die KFSV eine im ZGB nicht vorgesehene Verwandtenunterstützungspflicht für

Stiefkinder eingeführt wird; die Stiefeltern tragen die behinderungsbedingten Mehrkosten mit. Die Verwandtenunterstützungspflicht nach ZGB ist aber abschliessend, weshalb der Kanton hier nicht legiferieren darf (Art. 6 Abs. 1 ZGB).

Daran ändert auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nichts, wonach für bedarfsabhängige Sozialleistungen des Staates die Vermögensverhältnisse der wirtschaftlichen Haushaltseinheit mitberücksichtigt werden dürfen (insbesondere BGE 129 II). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung nämlich nur dann für zulässig erklärt, wenn es um bedarfsabhängige Leistungen (Analogie der Leistungen) geht, die auf einer Bedürftigkeitsprüfung beruhen und subsidiär sind (BGE 134 I 313, E. 5 f. und E. 5.6.1 f.). Genau dies ist bei der Kostenbeteiligung nicht der Fall: Es handelt sich nicht um eine Forderung auf Sozialleistungen, die auf einem Bedarf beruht (wie z.B. Sozialhilfe), sondern um eine Schuld gegenüber dem Staat. Eine Bedürftigkeitsprüfung oder Bedarfsabklärung findet im Rahmen von KFSG und KFSV gerade nicht statt. Es fehlt folglich an der Analogie der Leistungen und der Bedürftigkeitsprüfung, welche für die Anwendung der Rechtsprechung aus dem Bereich der Sozialleistungen erforderlich ist.

- Für **Konkubinatspartner\*innen** führt die KFSV überhaupt erst eine Beistandspflicht ein (eine solche ist nach ZGB nicht vorgesehen). Auch hier sprengt aber eine Beistandspflicht die Gesetzgebungskompetenzen des Kantons im Bereich der Verwandtenunterstützungspflicht und eine Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft von Konkubinatspartner\*innen ist auch aufgrund der fehlenden Analogie mit bedarfsabhängigen Sozialleistungen nicht möglich (vgl. soeben). Aus Gleichbehandlungsgründe dürfen Konkubinats\*partnerinnen jedenfalls nicht mehr belastet werden als Ehegatt\*innen und eingetragene Partner\*innen.
- Für die **Kinder der** Unterhaltspflichtigen Person kommt eine Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft nur in Frage, wenn die Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 ZGB erfüllt sind. Dies führt dazu, dass eine Anrechnung von Vermögenswerten hier kaum je in Frage kommt. Zum einen müssen wohlhabende Verhältnisse vorliegen, die es der verwandtenunterstützungspflichtigen Person erlauben, einen gehobenen Lebensstil zu pflegen. Zum anderen findet die Verwandtenunterstützungspflicht ihre Begrenzung im Existenzminimum der Berechtigten. Nach der Konzeption der Berner Gesetzgebung soll die Kostenbeteiligung aber per se «nicht zu erheblichen Einschränkungen der Lebensstellung führen oder die Familie gar an die wirtschaftliche Existenzgrenze bringen» (Vortrag KFSV, S. 4). Mit anderen Worten darf nach der Konzeption des KFSG überhaupt keine Notlage entstehen, die eine Verwandtenunterstützungspflicht erforderlich machen würde.
- Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Ausgestaltung der KFSV mit dem Bundesrecht im Widerspruch steht. Die Beistands- bzw. Verwandtenunterstützungspflicht darf nicht über diejenige nach ZGB hinausgehen.
- Kinder und Partner\*innen der Leistungsbezüger\*innen gehören nicht zum Kreis der Beistandspflichtigen Personen, da das KFSG die Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft nur

für die Personen vorsieht, die *der unterhaltspflichtigen Person gegenüber* beistandspflichtig (im Sinne der KFSV) sind. Art. 36 KFSV steht daher in Widerspruch zu Art. 34 f. KFSG.

161 Die Beteiligung an den behinderungsbedingten Mehrkosten der widerspricht Art. 8 Abs. 1 BV:

- Es besteht eine **rechtserhebliche Ungleichbehandlung** zwischen beistandspflichtigen Personen nach KFSV (Partner\*innen und Kinder) im Vergleich zu denselben Personen, die keine Angehörigen mit Behinderung haben. Die Tatsache, dass Mehrkosten anfallen, reicht nicht dafür aus, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Diese Mehrkosten sind gerade notwendig, um den verfassungsrechtlichen Auftrag, Chancengleichheit herzustellen und behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen, zu verwirklichen. Hierfür bestehen besondere Ansprüche auf Förderung (Art. 11 BV) und Beseitigung behinderungsbedingter Nachteile (Art. 8 Abs. 4 BV). Dem Förder- und Schutzbedarf der Betroffenen zu entsprechen ist denn auch der Zweck des KFSG (Vortrag KFSG, S. 2). Entsprechend besteht kein sachliches bzw. verfassungs- und grundrechtlich zulässiges Differenzierungskriterium, das die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.

162 Was die **Bemessungsgrundlagen** anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass die Ausgestaltung der KFSV zu massiven Schwelleneffekte, d.h. zu abrupten Einkommenseinbussen führt. Der Grenzabgabesatz beträgt bei der ersten Schwelle (d.h. bei CHF 55'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) 247 504,5 % und bei der letzten Schwelle (d.h. bei 250'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) sogar 1 250 025 %. (Parlamentarische Anfrage 29, S. 18)

- Diese Schwelleneffekte widersprechen der Vorgabe des KFSG der **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit**: (Art. 34 KFSG). Wirtschaftlich gleichgestellte Personen (der Unterschied beträgt im Extremfall nur CHF 1) werden mit unterschiedlich hohen Abgaben belastet. Soll dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wie im KFSG festgehalten, entsprochen werden, müssten die Schwelleneffekte verhindert werden. Die KFSV steht hier also im Widerspruch zum KFSG.
- Die KFSV widerspricht auch noch in anderer Hinsicht dem KFSG: Das KFSG sieht vor, dass die die Leistungsbezüger\*innen sich «**angemessen**» an den Kosten zu beteiligen haben (Art. 34 Abs.1 KFSG) bzw. dass die finanzielle Leistungskraft von Partner\*innen und Kindern «angemessen» berücksichtigt wird (Art. 35 Abs. 2 KFSG). Die KFSV sieht nun aber vor, dass das gesamte massgebliche Jahreseinkommen der wirtschaftlichen Haushaltseinheit (abzüglich einiger abzugsberechtigter Beträge) berücksichtigt wird. Die Kostenbeteiligung kann bis zu 40 % des massgeblichen Jahreseinkommens (bei Leistungsbezüger\*innen) und bis zu 25 % bei den Unterhaltspflichtigen betragen (Anhänge A3 und A4 KFSV). Nach der hier vertretenen Ansicht widerspricht diese Ausgestaltung der KFSV dem Begriff der Angemessenheit: Angemessenheit bedeutet grammatikalisch ausgelegt zunächst einmal, dass nicht das gesamte massgebliche Einkommen Berücksichtigung finden darf. In systematischer Hinsicht ist relevant, dass im Unterhaltsrecht nach ZGB eine Gegenüberstellung von Einkommensverhältnissen und Bedarf erfolgt. Dies geschieht vorliegend gerade nicht. Der Bedarf ist nicht relevant für die Kostenbeteiligung. Die KFSV lässt lediglich eine beschränkte Anzahl Abzüge zu (Art. 41 KFSV). Eine historische Auslegung zeigt auf, dass der Gesetzgeber des KFSG keinen schwerwiegenden Eingriff in die Lebensqualität der

Familie bewirken wollte. Die wirtschaftliche Existenzgrenze der Familie soll nicht tangiert werden. Die progressiv ausgestaltete Kostenbeteiligung kann aber dazu führen, dass das fast das gesamte eigene Einkommen einer unterhaltspflichtigen Person (oder sogar das Ganze oder noch darüber hinaus) konsumiert wird. Die Berücksichtigung von 5 % Reinvermögen kann dazu führen, dass eine unterhaltspflichtige Person Grundeigentum verkaufen muss. In diesen Fällen liegt nach der hier vertretenen Ansicht eine erhebliche Einschränkung der Lebensstellung bzw. ein Eingriff in die Lebensqualität der ganzen Familie vor. «Angemessen» beutet vor diesem Hintergrund, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Lebensqualität einer Familie schwerwiegend tangiert ist, was mit dem pauschalen Stufenmodell nach KFSV nicht möglich ist. Schliesslich dürfte es auch nicht dem Sinn und Zweck der Kostenbeteiligung entsprechen, dass Eltern von Kindern mit Behinderung über die Dauer der gesamten Schulzeit in eine Abhängigkeit, z.B. der\* Konkubinatspartner\*in, begeben müssen, da das eigene Einkommen nicht ausreicht, den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten und darüber hinaus negative Erwerbsanreize gesetzt werden. Das Prinzip «Arbeit soll sich lohnen» wird nicht beachtet. Vor diesem Hintergrund steht die KFSV im Widerspruch zum Begriff der Angemessenheit nach KFSG.

163 Die Kostenbeteiligung nach KFSG und KFSV steht zudem im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben:

- Die Kostenbeteiligung ist als Kausalabgabe zu qualifizieren. Als solche unterliegt sie dem Kostendeckungs- und dem **Äquivalenzprinzip**. Diese sollen begrenzend wirken: Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass die Kausalabgabe seine Höchstgrenze in den effektiven Kosten der staatlichen Leistung findet. Das Äquivalenzprinzip ist die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die Abgabe soll zum objektiven Wert der Leistung (Kosten oder Nutzen) nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Das Äquivalenzprinzip verliert aber vorliegend seine Wirksamkeit, da die Kostenbeteiligung sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientiert und nicht am Nutzen oder den Kosten der bezogenen Leistung. Insofern kann das Äquivalenzprinzip nur als Obergrenze für die Gebührenhöhe taugen (und entspricht insofern dem Kostendeckungsprinzip), nicht aber für die Frage danach, welche Kostenbeteiligung unterhalb der effektiven Kosten verhältnismässig sind. Soll dem Äquivalenzprinzip vorliegend eine eigenständige Bedeutung zukommen, dann ist dieses im Lichte des Verbots konfiskatorischer Besteuerung zu betrachten.
- Das **Verbot konfiskatorischer Besteuerung** ergibt sich aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und ist nicht direkt auf Kausalabgaben anwendbar. Allerdings kann der Eigentumsgarantie ein Verbot extremer Abgabebelastung entnommen werden. D.h. dass die Abgabehöhe (als Obergrenze) in Extremfällen zu beschränken ist. Konfiskatorisch ist eine Abgabe dann, wenn das verfügbare Einkommen nicht ausreicht, die Last der Steuern und Abgaben zu begleichen und wenn verhindert wird, dass neue Vermögenswerte gebildet werden. Bei den Steuern gilt bereits ein Grenzsteuersatz von unter 100 % als konfiskatorisch. Da der Grenzabgabesatz vorliegend 247 504,5 % bei der ersten Schwelle (d.h. bei CHF 55'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) und 1 250 025 % bei der letzten

Schwelle (d.h. bei 250'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) ist die Kostenbeteiligung als konfiskatorisch zu bezeichnen. Zudem kann die Kostenbeteiligung eine selbständige Lebensführung und die Äufnung von neuem Vermögen verhindern. Insgesamt ist die Kostenbeteiligung daher als konfiskatorisch, mindestens aber unverhältnismässig im Sinne des Äquivalenzprinzips zu bezeichnen.

- Die Schwelleneffekte führen zu einer Verletzung des **Rechtsgleichheitsgebots** (Art. 8 Abs. 1 BV). Wenn Personen mit fast identischem massgeblichen Jahreseinkommen – der Unterschied an der jeweiligen Schwelle beträgt lediglich einen Franken – massiv unterschiedliche Abgaben tätigen müssen, widerspricht dies dem Grundsatz, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit zu behandeln ist (Art. 8 Abs. 1 BV). Sachliche bzw. vernünftige Gründe, welche diese Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich: Aus der Kostenbeteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit folgt nicht zwingend ein progressives Abgabesystem und schon gar nicht eines, das derart starke Schwelleneffekte aufweist, wie das System nach KFSV. Zudem wird für die beteiligungspflichtigen Personen nicht jeder Franken gleich mit einer Abgabe belastet, wie dies z.B. bei der direkten Bundessteuer der Fall ist (und ein progressives System ermöglicht, dass aber keine Schwelleneffekte aufweist): Werden für beitragspflichtige Personen mit einem massgeblichen Jahreseinkommen die ersten CHF 55'000 nicht mit einer Abgabe belastet, gilt dies für eine Person, die über CHF 55'000 verdient, nicht. Dies gilt nicht nur für die erste Schwelle, sondern für sämtliche Stufen gemäss Anhang 3 und 4 KFSV.
- Die jüngere Rechtsprechung des EGMR und die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGER 2C\_533/2021 vom 23. Juni 2023) zum Begriff des **Familienlebens** nach Art. 8 EMRK besagt, dass dieses nicht nur soziale, moralische oder kulturelle, sondern auch wirtschaftliche Aspekte mitumfasst. Das Familienleben schützt vor staatlichen Massnahmen, die ein Zusammenleben der Familie (wozu auch die Partner\*innen gehören) verhindern. Neu können diese Massnahmen auch aus wirtschaftlichen Anreizen bestehen. Wendet man diese Grundsätze auf die Kausalabgaben an, dann ergibt sich, dass durch die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung der KFSV ein unzulässiger Eingriff in den Schutzbereich des Familienlebens vorliegen kann. Es besteht ein starker wirtschaftlicher Anreiz, der ein Zusammenleben (oder gar eine Heirat) zwischen Lebenspartner\*innen verhindert bzw. Alleinerziehende davon abhält, überhaupt eine neue Beziehung einzugehen, da die Kostenbeteiligung zur Berücksichtigung des Partner\*inneneinkommens massiv steigen kann. Vor diesem Hintergrund dürften in vielen Fällen die starken Schwelleneffekte (unter Berücksichtigung des Partner\*inneneinkommens) einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK darstellen. Dieser müsste im Einzelfall an den Vorgaben von Art. 36 BV gemessen werden und insbesondere verhältnismässig sein. Dies bedingt eine Prüfung im Einzelfall, weshalb die schematische Kostenbeteiligung gemäss Anhang 4A der KFSV verfassungsrechtlich nicht zulässig erscheint.
- Die neuere Rechtsprechung des EGMR im Bereich des Sozialversicherungsrechts (Urteil Trizio gegen Schweiz und Beeler gegen Schweiz) führt nach Ansicht der Lehre dazu, dass die

Ehegattenbesteuerung («Heiratsstrafe») zukünftig als diskriminierend gegenüber Frauen betrachtet werden sollte. Dies da von den negativen Aspekten der Heiratsstrafe überwiegend Frauen betroffen sind. Diese Überlegungen können auch auf die vorliegend zur Debatte stehende Kausalabgabe übertragen werden. Auch hier sind primär Zweitverdiener<sup>innen</sup> von der Progression betroffen und können durch die Kostenbeteiligung in eine Erwerbslosigkeit oder ein tieferes Pensum gedrängt werden. Dies, um zu vermeiden, dass trotz höherer Erwerbstätigkeit nach Abzug der Kostenbeteiligung weniger Mittel für die Bestreitung des Lebensunterhaltes verbleiben. Dies hat offensichtlich Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben.

164 Schliesslich erscheinen **praktische Überlegungen** und verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Überlegungen relevant:

- Gemäss Auskunft des Regierungsrates des Kantons Bern betrug die Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen im Jahr 2022 rund CHF 1.5 Millionen. Dies entspricht lediglich 1.6 % der von Kanton und Gemeinden getragenen Kosten für die stationäre Unterbringung. Aus Sicht des Kantons Bern stellt die Kostenbeteiligung also einen verschwindend kleinen Prozentsatz dar, während die Lasten für die betroffenen Familien ganz erheblich sein können. Nutzen und Kosten erscheinen aus diesen praktischen Überlegungen heraus unverhältnismässig.
- Für den Fall, dass die Kostenbeteiligung das eigenen Vermögenswerte der Unterhaltspflichtigen übersteigt, bestehen vollstreckungsrechtliche Hürden, um die Kostenbeteiligung bei Nichtbezahlung durchzusetzen: Schuldner\*in des Staates ist die unterhaltspflichtige Person und nicht deren Partner\*in. Grundsätzlich kann nur auf die Vermögenswerte der\* Schuldner\*in zurückgegriffen werden. Pfändbar sind hingegen Forderungen der Schuldner\*in gegenüber Dritten, z.B. gegenüber Ehegatt\*innen aus dem Unterhaltsrecht. Ist die Ehe noch intakt, ist die Höhe der Beistandspflicht unter Ehegatten aber i.d.R. nicht definiert. Und die Vollstreckungsorgane dürfen dessen Höhe auch nicht festlegen. Das bedeutet, dass ein Zivilprozess angestrebt werden müsste, um die Höhe der Beistandspflicht der\* Partner\*in festzulegen, bevor auf die Vermögenswerte der\* Partner\*in zugegriffen werden kann. Steht die Höhe der Forderung (durch Urteil) fest, muss diese schlimmstenfalls bei der Partner\*in als Drittschuldner\*in wiederum durch Zwangsvollstreckung (mit den entsprechenden Verteidigungsmöglichkeiten der\* Partner\*in) eingetrieben werden.

Bei Konkubinatspartner\*innen von Unterhaltspflichtigen erscheint ein Rückgriff auf deren Vermögenswerte weitgehend ausgeschlossen. Da keine unterhaltsrechtlichen Beistandspflichten zwischen Konkubinatspartner\*innen bestehen, kann nicht auf deren Vermögenswerte zugegriffen werden, ausser es läge eine Vereinbarung der Partner\*innen über die Unterhaltsverpflichtungen vor. Dies illustriert, dass die Durchsetzung der Kostenbeteiligung in diesen Fällen unmöglich oder zumindest mit grossem Aufwand verbunden ist, der die Kosten der Beteiligung selbst rasch übersteigen dürfte.

- Weitere verfahrensrechtliche Überlegungen betreffen das Verhältnis zwischen Beitragspflichtigen und den übrigen Mitgliedern der Haushaltseinheit: Reicht das eigene Einkommen der Beitragspflichtigen nicht für die Bestreitung des eignen Lebensunterhalts, sind sie auf die finanzielle



Unterstützung der übrigen Mitglieder der Haushaltseinheit angewiesen. Bleibt diese Unterstützung aus, müssten die Beitragspflichtigen (aus existenzieller Not, obwohl sie vielleicht über ein angemessenes Einkommen verfügen) gegen ihre eigenen Angehörigen klagen. Dies und die (möglicherweise langjährige) Abhängigkeit von Partner\*innen dürfte vom Sinn und Zweck der Berner Gesetzgebung kaum gedeckt sein.

Zudem erscheint der Klageweg unklar, wenn die Beitragspflichtigen mit der Berechnung der Kostenbeteiligung nicht einverstanden sind. Der Wortlaut von Art. 43 KFSV nennt lediglich den (zivilrechtlichen) Klageweg für die zuständige Verwaltungseinheit. Dass die Kostenbeteiligung mit Verfügung verordnet werden könnte, sehen KFSG und KFSV nicht vor. Der Gerichtsweg muss den beteiligungspflichtigen Personen aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) aber offenstehen. Ob dabei den klassischen Weg des Verwaltungsverfahrens über eine anfechtbare Verfügung oder der zivilrechtliche Klageweg zu beschreiten ist, bleibt unklar. Was jedenfalls nicht angeht ist, dass wegen mangelndem Rechtsweg auf eine an sich notwendige Massnahme verzichtet werden muss. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre dies im Rahmen der Rechtsetzung zu klären.

- 165 **Zusammenfassend** ergibt sich, dass die Bestimmungen des KFSG und der KFSV zur Kostenbeteiligung bei stationärer Unterbringung von Kindern mit Behinderung in vielerlei Hinsicht gegen höherstehendes Recht verstösst. Eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen erscheint daher angezeigt. Eine neue Ausgestaltung hat zum einen aus rechtsgleichheits- und diskriminierungsgründen ein Verpflegungsmodell vorzusehen. Dabei muss formell-gesetzlich eine Entlastung von Kindern mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf und ihren Familien gesucht werden (z.B. eine Härtefallregelung).

Sollte an einer weitergehenden Kostenbeteiligung festgehalten werden, müsste insbesondere die finanzielle Leistungskraft von Partner\*innen und Kindern unberücksichtigt bleiben, sofern andernfalls die zivilrechtlichen Beistandspflichten überstiegen werden. Zudem müssen Schwelleneffekte verhindert werden. Dies könnte z.B. durch ein lineares Prozentmodell erfolgen. Auch ein progressives System wäre grundsätzlich denkbar, solange dabei keine Schwelleneffekte entstehen. Zu beachten ist indes, dass die Gewinnungskosten berücksichtigt werden und keine negativen Erwerbsanreize (insbesondere für Frauen) entstehen dürfen. Schliesslich ist zu verhindern, dass die Kostenbeteiligung das eigene Einkommen von Beitragspflichtigen weitgehend konsumiert, so dass dies konfiskatorisch erscheint.

Auch eine Kostenbeteiligung, die das eigene massgebliche Einkommen übersteigt, ist zu vermeiden, da dies an vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen scheitern kann. Schliesslich ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu klären, wie der Rechtsweg für die Betroffenen ausgestaltet ist, damit diese sich effektive (im Sinne der Rechtsweggarantie) gegen eine Kostenbeteiligung wehren können, mit der sie nicht einverstanden sind.