



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])

Zuhanden von Procap Bern

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

Bern, 30. August 2023



Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
1.1	Ausgangslage	4
1.2	Auftrag und Fragestellung	6
1.3	Begriffe	7
2	Unentgeltlichkeit von (behinderungsbedingten) Schulübernachtungen	8
2.1	Rechtliche Grundlagen des Rechts auf unentgeltlichen Grundschulunterricht	8
2.2	Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht	10
2.2.1	Persönlicher Schutzbereich	10
2.2.2	Sachlicher Schutzbereich	10
2.2.2.1	Funktion und Bedeutung	10
2.2.2.2	Schutzgehälte	11
2.2.3	«Einschränkende Konkretisierungen»	13
2.3	Unentgeltlicher Grundschulunterricht für Kinder mit Behinderung – mit Blick auf die Berner Gesetzgebung (KFSG/KFSV)	14
2.3.1	Methode der Konkretisierung	14
2.3.2	Bedeutung und Stellung des Diskriminierungsverbotes	14
2.3.3	Besondere Bedürfnisse erfordern besondere Leistungen	16
2.3.4	Pflege, Betreuung und Unterbringung – eine Auslegung des Begriffs «ausreichende Sonderschulung»	18
2.3.5	Einzelfallprüfung vs. Ausnahmetatbestand der Schulweglänge	22
2.3.5.1	Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung	22
2.3.5.2	Individuelle Bedarfsabklärung betr. Sonderschulung gemäss Volksschulgesetzgebung	23
2.3.5.3	(Einziger) Ausnahmetatbestands der Schulweglänge	24
2.3.6	Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots im Vergleich zu Kindern mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf?	26
2.4	Fazit	28
3	Bemessung der Kostenbeteiligung	28
3.1	Einleitende Bemerkungen und Überblick	28
3.2	Partizipation der Mitglieder der wirtschaftlichen Haushaltseinheit an den behinderungsbedingten Mehrkosten	29

3.2.1 Die wirtschaftliche Haushaltseinheit	29
3.2.1.1 Leistungsbezüger*in und unterhaltspflichtige Personen	29
3.2.1.2 Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen und Konkubinatspartner*innen der unterhaltspflichtigen Person	30
3.2.1.3 In Erstausbildung stehende Kinder unter 25 Jahren	35
3.2.2 Gleichheitsrechte	37
3.3 Bemessungsgrundlagen	38
3.3.1 Überblick über die Bemessungsgrundlagen und Schwelleneffekte	38
3.3.2 Die Bemessungsgrundlagen im Einzelnen	39
3.3.2.1 Berücksichtigte Einkünfte	39
3.3.2.2 Angemessene Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft	39
3.3.2.3 Bemessung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit	41
3.3.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben	42
3.3.3.1 Besteuerungsgrundsätze, Kosten- und Äquivalenzprinzip	42
3.3.3.2 Verbot konfiskatorischer Besteuerung (Art. 26 BV)	43
3.3.3.3 Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV)	45
3.3.3.4 Eingriff das Recht auf Familienleben und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?	46
3.3.4 Praktische Überlegungen zu Kosten und Nutzen, Verfahren und Durchsetzung der staatlichen Forderung	49
3.3.4.1 Kosten - Nutzen	49
3.3.4.2 Überlegungen zur Durchsetzung der staatlichen Forderung auf Kostenbeteiligung	50
3.3.4.3 Weitere verfahrensrechtliche Überlegungen	52
4 Beantwortung der Fragestellung – Schlussfolgerungen	52
4.1 Kostenbeteiligung: Verletzung des Anspruchs auf unentgeltlichen Grundschulunterricht und des Diskriminierungsverbotes	52
4.2 Bemessung der Kostenbeteiligung nach KFSV: Verstoss gegen höherstehendes Recht	54
4.3 Abweichungen von den Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN und JÄGER/GEIGER	60
Literatur und Materialien	62
Literatur	62
Materialien und weitere Quellen	64



1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

- 1 Am 1. Januar 2022 ist im Kanton Bern das neue Gesetz mit der dazugehörigen Verordnung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf (KFSG, BSG 213.319; KFSV; BSG 213.319.1) in Kraft getreten.
- 2 Unter das Angebot für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf fallen neben ambulanten auch stationäre Leistungen, namentlich die Unterbringung in Einrichtungen mit oder ohne Volksschule (Art. 2 Abs. 1 lit. a KFSG). Zu den stationären Leistungen gehört u.a. die stationäre Unterbringung von Kindern mit Behinderungen mit und ohne ausserordentlichen Betreuungsbedarf (Art. 2 Abs. 1 lit. e und f KFSV).
- 3 Bezüger*innen von Leistungen nach KFSG und KFSV sowie deren unterhaltspflichtige Personen haben sich an den Kosten der bezogenen Leistungen zu beteiligen. Diese Kostenbeteiligung soll sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientieren (Art. 34 ff. KFSG, Art. 32 ff. KFSV).¹ Um den Umfang der Kostenbeteiligung zu ermitteln, wird daher auf das massgebliche Jahreseinkommen der wirtschaftlichen Haushaltseinheit abgestellt (Art. 36 f. KFSV). Diese umfasst neben den Leistungsbezüger*innen und den unterhaltspflichtigen Personen auch Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen sowie Konkubinatspartner*innen (gemeinsam nachfolgend Partner*innen) sowie in Erstausbildung stehende Kinder bis 25 Jahre (Art. 36 KFSV). Je nach massgeblichem Jahreseinkommen steigt die Kostenbeteiligung über mehrere Stufen progressiv an (vgl. Anhang A3 und A4 der KFSV). Von einer Kostenbeteiligung kann abgesehen werden, wenn der Schulweg zu lange ist (zwei Stunden bei Kindern unter und drei Stunden bei Kinder über zwölf Jahre; Art. 34 Abs. 1 KFSV). Mit dieser Kostenbeteiligung weichen KFSG und KFSV bei stationären Unterbringungen von Kindern mit Behinderung vom vormals geltenden Verpflegungsmodell ab, bei dem lediglich die Kosten, die für die Verpflegung («Kost und Logis») in der Herkunftsfamilie anfallen würden und die durch die stationäre Unterbringung eingespart werden, in Rechnung gestellt werden.²
- 4 Das Kantonale Jugendamt des Kantons Bern (KJA) hat im Zusammenhang mit dieser Gesetzesrevision zwei Rechtsgutachten (nachfolgend Gutachten) in Auftrag gegeben:
- 5 Das Gutachten von Christoph Jäger und Thomas Geiger vom 21. September 2017 (nachfolgend Gutachten JÄGER/GEIGER) befasst sich u.a. mit der Rechtmässigkeit des einkommensabhängigen Beteiligungsmodells.³ Die Gutachter kommen zum Schluss, dass das Beteiligungsmodell mit höherstehendem Recht vereinbar sei, sofern eine betragsmässige Obergrenze der Beteiligung festgelegt sowie eine Härtefallklausel vorgesehen werde, welche «die im Einzelfall fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder

¹ Vortrag KFSV, S. 4.

² JÄGER/GEIGER, Rz. 106.

³ JÄGER/GEIGER, Rz. 106 ff., Rz. 160.

andere Umstände abfedert». ⁴ Beitragspflichtig sind nach Ansicht der Gutachter die (verheirateten oder nicht verheirateten) Eltern der* Leistungsbzuger*innen, nicht aber deren Konkubinatspartner*innen. Dennoch dürften bei stabilen Konkubinaten die wirtschaftlichen Verhältnisse der Konkubinatspartner*innen bei der Bemessung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der beteiligungspflichtigen Eltern mitberücksichtigt werden. ⁵ Die Gutachter qualifizieren die Kostenbeteiligung als öffentliche Kausalabgabe, namentlich als Gebühr. ⁶ Die Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Abgaberecht erfordere, dass u.a. der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe (das Abgabeobjekt) sowie die Kriterien für die Bemessung der Abgabe formell-gesetzlich geregelt sein müssen. ⁷ Für die Bemessung der Abgabe seien die Anforderungen der Normstufe herabgesetzt, «wenn das Mass der Abgabe bereits durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip) begrenzt sind». ⁸

- 6 Das Gutachten von Thomas Gächter und Benedict von Allmen vom 12. Februar 2023 (nachfolgend Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN) untersucht, ob eine Kostenbeteiligung an der stationären Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule und insbesondere die in Art. 34 KFSV vorgesehene Ausnahmeregel betreffen Schulweglänge mit übergeordnetem Recht vereinbar ist. Die Gutachter kommen zum Schluss, dass die stationäre Unterbringung zur ausserschulischen Betreuung gehöre und daher nicht vom Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht⁹ bzw. dem Anspruch auf Sonderschulung für Kinder mit Behinderungen¹⁰ erfasst werde.¹¹ Weiter sind die Gutachter der Ansicht, eine einkommensabhängige Kostenbeteiligung (die als Kausalabgabe qualifiziert wird) sei zulässig, da diese mit der Unterhaltspflicht des ZGB, die an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfe,¹² übereinstimme und die abgaberechtlichen Anforderungen aus dem Legalitätsprinzip erfüllt seien.¹³ Die Länge des Schulwegs (Art. 34 Abs. 1 KFSV) ist in den Augen der Gutachter ein zulässiges Ausnahmekriterium, um von einer Kostenbeteiligung abzusehen.¹⁴ Alternative Ausnahmekriterien, wie die Anknüpfung an die behinderungsbedingte (Un-)Zumutbarkeit des Schulwegs, erachten die Gutachter als nicht praktikabel, da dies «mit einem enormen bürokratischen Aufwand verbunden [ist], da jeder Einzelfall gesondert geprüft werden müsste». ¹⁵

⁴ JÄGER/GEIGER, Rz. 160 (S. 55).

⁵ JÄGER/GEIGER, Rz. 160 (S. 55 f.).

⁶ JÄGER/GEIGER, Rz. 140 ff.

⁷ JÄGER/GEIGER, Rz. 148 ff.

⁸ JÄGER/GEIGER, Rz. 152.

⁹ Art. 19 BV.

¹⁰ Art. 24 Abs. 2 lit. b UNO BRK; Art. 62 Abs. 3 BV.

¹¹ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 10 ff.

¹² Art. 276 Abs. 2 ZGB, Art. 285 Abs. 1 ZGB.

¹³ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 14 f.

¹⁴ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 21 f.

¹⁵ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 16.

- 7 Diesen Gutachten steht die Kritik verschiedener Verbände, u.a. der Procap, gegenüber.¹⁶ Zudem haben Vertreter*innen unterschiedlicher Parteien im Juni 2023 eine dringliche Motion zur Anpassung der Gesetzgebung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf eingereicht.¹⁷ Die Motion verlangt bei schulermöglichenden stationären Unterbringungen einer Rückkehr zum Verpflegungskostenmodell. Zudem soll die Kostenbeteiligung für andere Leistungen gemäss KFSG und KFSV reduziert und von einer Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit von nicht unterhaltspflichtigen Personen abgesehen werden.¹⁸ Auch der Preisüberwacher ist der Ansicht, dass die Kostenbeteiligung nach KFSG und KFSV im Bereich der stationären Unterbringung zu hoch ist und höherstehendem Recht widerspricht. Verfassungskonform sei eine Kostenbeteiligung nach dem Verpflegungskostenmodell.¹⁹

1.2 Auftrag und Fragestellung

- 8 Gestützt auf diese Ausgangslage unterbreitet die Procap Schweiz der Gutachterin folgende Fragestellungen:
1. Ist das System der Kostenbeteiligung bei stationärer Unterbringung in Einrichtungen mit Volksschule²⁰ (Art. 2 Abs. 1 lit. a KFSG; Art. 2 Abs. 1 lit. e und f KFSV) mit höherstehendem Recht (insbesondere mit Art. 19, Art. 62 und Art. 8 BV sowie der UNO-Behindertenrechtskonvention) vereinbar, namentlich wenn der Bezug der stationären Leistung für den Schulbesuch unerlässlich ist bzw. einen schulermöglichenden Charakter hat (nachfolgend Kap. 2)?
 2. Halten das in der KFSV vorgesehene einkommensabhängige Progressionsmodell zur Bemessung der Kostenbeteiligung und der Personenkreis, dessen Einkommen für die Bemessung der Kostenbeteiligung berücksichtigt wird, höherstehendem Recht (insbesondere dem KFSG, Art. 26, Art. 8 und Art. 14 BV) stand (nachfolgend Kap. 3)?
 3. Unterscheiden sich die Schlussfolgerungen von den bisherigen Gutachten (Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN und JÄGER/GEIGER) und falls ja, worin und wie werden die unterschiedlichen Schlussfolgerungen begründet (vgl. insbesondere die Schlussfolgerungen in Kap. 4.3)?
- 9 Das vorliegende Gutachten fokussiert auf Kinder mit Behinderungen und den entsprechenden stationären Leistungen, d.h. die stationäre Unterbringung von Kindern mit Behinderungen (Art. 2 Abs. 1 lit. e KFSV) und die Unterbringung von Kindern mit Behinderungen und ausserordentlich hohem

¹⁶ Vgl. PROCAP, März 2022 und PROCAP Juni 2022.

¹⁷ LERCH ET AL., Motion; vgl. auch die Antwort des Regierungsrates auf diesen Vorstoss: REGIERUNGSRAT DES KANTONS BERN, Antwort Motion.

¹⁸ LERCH ET AL., Motion.

¹⁹ MEIERHANS: Der Preisüberwacher ist insbesondere der Ansicht, dass die Kostenbeteiligung für stationäre Unterbringungen den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht verletzt. Verfassungskonform ist seiner Ansicht eine maximale Kostenbeteiligung von CHF 10-16 (je nach Alter des Kindes).

²⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. a KFSG; Art. 2 Abs. 1 lit. e und f KFSV.



Betreuungsbedarf (KaB-Leistung; Art. 2 Abs. 1 lit. f. KFSV). In beiden Fällen geht es um die Unterbringung in Sonderschulheimen.²¹

1.3 Begriffe

- 10 Gemäss KFSG sind **Kinder** anspruchsberechtigt (Art. 3 Abs. 1 KFSG). Unter Kindern versteht das KFSG minderjährige Personen im Sinne des ZGB (vgl. Art. 14 ZGB).²² In besonderen Fällen sind auch volljährige Personen bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres anspruchsberechtigt (Art. 3 Abs. 2 KFSG). Obwohl also auch Erwachsene und Jugendliche Leistungsbezüger*innen gemäss KFSG sein können, wird nachfolgend der Einfachheit halber von Kindern gesprochen (dies umfasst auch bereits volljährige Leistungsbezüger*innen).²³
- 11 Die Gesetzgebung über Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf verwendet auch den Begriff «Kinder mit **Behinderung**»²⁴. Weder das KFSG noch das KFSV definieren den Begriff der Behinderung, weshalb auf das völker-, verfassungs- und bundesrechtliche Verständnis von Behinderung zurückzugreifen ist.
- Gemäss der UNO-BRK²⁵ sind Menschen mit Behinderung «Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können» (Art. 1 Abs. 2 UNO-BRK).
 - Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Behinderung nach Art. 8 Abs. 2 BV²⁶ dann vor, «wenn die betroffene Person in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt ist und diese Beeinträchtigung schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat».²⁷
 - Gemäss dem BehiG²⁸ bedeutet Mensch mit Behinderung «eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und weiterzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben» (Art. 2 Abs. 1 BehiG).

²¹ Vgl. < <https://www.kja.dij.be.ch/de/start/stationaere-leistungen/leistungsvertrag/leistungsbeschreibung.html> > (zuletzt besucht am 28.8.2023).

²² Vortrag KFSG, S. 11.

²³ Auch der Berner Gesetzgeber nennt im Titel des KFSG und der KFSV lediglich «Kinder» mit besonderem Förder- und Schutzbedarf.

²⁴ Z.B. Art. 7 Abs. 1 lit. a KFSG, Art. 2 Abs. 1 lit. e und f und Art. 4 Abs. 2 lit. d KFSV.

²⁵ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (in Kraft getreten für die Schweiz am 15. Mai 2014), SR. 0.109.

²⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

²⁷ BGE 135 I 49, E. 6.1.

²⁸ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3.

- 12 Die Begriff der Behinderung ist also weit zu verstehen: Massgeblich ist die **(funktionale) Beeinträchtigung** einer körperlichen, geistigen oder seelischen Fähigkeit, d.h. dass diese massgeblich vom altersbezogenen Referenzwert abweicht und dies zu einer Beeinträchtigung bei der Ausführung einer Tätigkeit führt, für welche die entsprechende körperliche, seelische oder geistige Struktur zuständig ist.²⁹ Eine Beeinträchtigungen stellt nur dann eine Behinderung dar, wenn sie von einer gewissen minimalen **Dauer** sind. An die erforderliche Dauer sind aber je nach Kontext unterschiedliche Anforderungen zu stellen. «Entscheidend ist, ob die Beeinträchtigung so lange währt, dass eine Ausschluss- oder Stigmatisierungswirkung eintritt».³⁰ Schliesslich muss die Beeinträchtigung zu **Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung** führen. Darunter fallen auch alltägliche Aktivitäten, sofern sie für eine selbstbestimmte Lebensführung massgeblich sind.³¹ Dies bringt etwa auch das BehiG in Art. 2 Abs. 1 zum Ausdruck bringt (vgl. oben, Rz. 11). Zudem fallen Aspekte der Kommunikation, der Mobilität, des sozialen Austauschs, der Ausbildung und der Weiterbildung sowie der Erwerbstätigkeit darunter.³²
- 13 Die Berner Gesetzgebung über Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf unterscheidet nicht zwischen Kindern mit und ohne Behinderung, sondern setzt am Förder- und Schutzbedarf an.³³ Allerdings scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass psychosoziale Gründe für einen Unterstützungsbedarf nicht unter den Begriff der Behinderung fallen.³⁴ Dies überzeugt nicht, denn der Begriff der geistigen Beeinträchtigung umfasst auch die psychosoziale Dimension.³⁵ Das weite Verständnis von Behinderung muss auch auf kantonaler Ebene gelten. Sobald ein Kind also unter den zuvor beschriebenen weiten Begriff von Behinderung fällt (unabhängig davon, ob dies aus psychosozialen oder anderen relevanten Gründen erfolgt), ist es als Kind mit Behinderung zu verstehen.

2 Unentgeltlichkeit von (behinderungsbedingten) Schulübernachtungen

2.1 Rechtliche Grundlagen des Rechts auf unentgeltlichen Grundschulunterricht

- 14 Das **Recht auf Bildung** wird als eines der wichtigsten Rechte für Menschen mit Behinderungen betrachtet, da es die Grundlage für die Verwirklichung zahlreicher anderer (Grund- und Menschen-)Rechte darstellt, wie z.B. des Rechts auf unabhängige Lebensführung (Art. 19 UNO-BRK) oder der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 21 UNO-BRK; Art. 16 BV etc.).³⁶

²⁹ SHK-UNO-BRK, NAGUIB, Art. 1 Rz. 31.

³⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 18; vgl. auch SHK-UNO-BRK, NAGUIB, Art. 1 Rz. 33, demgemäss das Kriterium der Dauerhaftigkeit nicht rigid, sondern dynamisch zu interpretieren ist.

³¹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 19.

³² SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 20; Art. 2 Abs. 1 BehiG.

³³ Vortrag KFSG, S. 7.

³⁴ Vortrag KFSG, S. 12.

³⁵ SHK-UNO-BRK, NAGUIB, Art. 1 Rz. 29.

³⁶ SHK-UNO-BRK, FILIPPO, Art. 24 Rz. 4; General Comment 4, Ziff. 10.c; vgl. auch Salamanca Erklärung, Ziff. 6.

- 15 Das Recht von Kindern mit Behinderung auf Grundschulbildung findet sich in **Art. 19 BV i.V.m. Art. 62 Abs. 2 und 3 BV**. Art. 19 BV konkretisiert den allgemeinen Förderauftrag von **Art. 11 BV** spezifisch für die schulische Förderung von Kindern und Jugendlichen.³⁷ Betroffene Kinder haben Anspruch auf eine ihren individuellen Fähigkeiten und der Persönlichkeitsentwicklung angepasste Grundschulausbildung.³⁸ Kinder mit Behinderung haben Anspruch auf ausreichende Sonderschulung (Art. 62 Abs. 3 BV). Besondere Bedeutung hat das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV): Ist «Art. 8 Abs. 2 BV verletzt, ist der Grundschulunterricht für das betroffene Kind nicht ausreichend i.S.v. Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV».³⁹
- 16 Um die Art und den Umfang der Grundschulbildung zu konkretisieren, sind diese Bestimmungen im Lichte der massgeblichen **völkerrechtlichen Gewährleistungen** zu interpretieren:⁴⁰ Als Teilgehalt eines umfassenden Rechts auf Bildung sehen die Kinderrechtskonvention (KRK)⁴¹ und der UNO-Pakt I⁴² einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht vor. Spezifisch für Kinder mit Behinderung ist dieser Anspruch in Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und b UNO-BRK verankert. Die KRK, der UNO-Pakt I sowie die UNO-BRK definieren zudem die Ziele, auf welche die Bildung eines Kindes mit Behinderung ausgerichtet sein muss.⁴³
- 17 Das **BehiG** ist auf den Bereich der Grundschulbildung nicht anwendbar, da diese in der Kompetenz der Kantone liegt (Art. 62 Abs. 1 BV).⁴⁴ Zu beachten ist aber, dass Art. 20 Abs. 1 BehiG in Übereinstimmung mit Art. 19 und Art. 62 Abs. 3 BV vorsieht, dass Kinder und Jugendliche mit einer Behinderung eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist. Insofern decken sich die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben mit dem BehiG.
- 18 Im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs ist die Kompetenz im Bereich der Sonderschulung per 1. Januar 2008 von der Eidgenössischen Invalidenversicherung auf die Kantone übergegangen.⁴⁵ Im Zuge dieser Kompetenzübertragung vom Bund an die Kantone ist die Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (**Sonderpädagogik-Konkordat**) entstanden.⁴⁶ Der Kanton Bern ist diesem bisher *nicht* beigetreten. Dennoch ist dieses als «Soft Law» als

³⁷ SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 25.

³⁸ BIAGGINI, Art. 19 Rz. 11; so auch GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 10.

³⁹ COPUR/NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 275; sinngemäss auch AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 196 ff.

⁴⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 346; vgl. auch SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 16 und 20 f.

⁴¹ Art. 28 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

⁴² Art. 13 Abs. 1 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

⁴³ Art. 29 Abs. 1 KRK, Art. 13 Abs 1 UNO-Pakt I und Art. 24 Abs. 1 UNO-BRK; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 346; vgl. auch SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 16 ff. Die EMRK enthält keine spezifische Garantie im Bereich der Schulbildung. Ein Recht auf Bildung garantiert hingegen Art. 2 des von der Schweiz zwar unterzeichneten, aber nicht ratifizierten Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK (SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 19).

⁴⁴ So auch GEIGER/JÄGER, Rz. 133.; GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 10.

⁴⁵ Vgl. dazu Botschaft NFA, S. 2415 ff.

⁴⁶ Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007, in Kraft getreten am 1. Januar 2011; <<https://www.edk.ch/de/themen/sonderpaedagogik>> (zuletzt besucht am 28.8.2023).



Auslegungsrichtlinie beigezogen, wenn es darum geht, den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht zu konkretisieren⁴⁷

- 19 Die **Verfassung des Kantons Bern (KV/BE)**⁴⁸ sieht in Art. 29 Abs. 2 ein Recht auf einen den Fähigkeiten des Kindes entsprechende, unentgeltliche Schulbildung vor. Zudem garantiert Art. 29 Abs. 2 KV/BE einen Anspruch auf Schutz, Fürsorge und Betreuung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht dieser «insoweit über Art. 19 BV hinaus, als die Bestimmung gleichzeitig weitergehende Ansprüche des Kindes – auf Schutz, Fürsorge und Betreuung – begründet, die teilweise durch Art. 11 BV gewährleistet, teilweise (lediglich) in den Sozialzielen von Art. 41 BV enthalten sind.»⁴⁹ Dieser Anspruch sei jedoch subsidiär zu zivilrechtlichen Verpflichtungen der Eltern.⁵⁰
- 20 Auf kantonaler Ebene ist weiter die **kantonale Volksschulgesetzgebung** zu beachten, denn diese konkretisiert das Sonderschulangebot im Kanton Bern (sog. «besonderes Volksschulangebot» nach Art. 21a ff. VSG⁵¹). Das Angebot der besonderen Volksschule beinhaltet am individuellen Bedarf ausgerichtete besondere Angebote, damit die betroffenen Kinder ausreichend geschult werden können (Art. 21a Abs. 1 und Art. 21c VSG).

2.2 Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht

2.2.1 Persönlicher Schutzbereich

- 21 Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht steht allen **Kindern** offen. D.h. dass alle Kinder, auch Kinder mit einer Behinderung Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht haben.⁵² Es ist gerade ein Postulat von Art. 62 Abs. 2 BV, dass der unentgeltliche Grundschulunterricht *allen* Kindern offensteht.
- 22 **Eltern** sind dann Träger*innen des Grundrechts auf unentgeltlichen Grundschulunterricht, wenn die Unentgeltlichkeit betroffen ist. Dieser Teilgehalt des unentgeltlichen Grundschulunterrichts betrifft die Eltern als Unterhaltspflichtige unmittelbar (vgl. Art. 276 ZGB).⁵³

2.2.2 Sachlicher Schutzbereich

2.2.2.1 Funktion und Bedeutung

- 23 Art. 19 BV i.V.m. Art. 62 Abs. 2 (und Abs. 3 im Bereich der Sonderschulung) BV gewähren einen justiziablen Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht, d.h. auf eine unentgeltliche Ausbildung, die

⁴⁷ Explizit als Soft Law angewendet, obwohl das Sonderpädagogik-Konkordat im betroffenen Kanton nicht galt: BGE 141 I 9, E. 5.3.4.

⁴⁸ Verfassung des Kantons Bern (KV), BSG 101.1.

⁴⁹ BGE 121 I 12, E. 5.3.

⁵⁰ BGE 121 I 12, E. 5.3.

⁵¹ Volksschulgesetz (VSG), BSG 432.210.

⁵² AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 186.

⁵³ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 186; MÜLLER/SCHEFER, S. 786.

für den* Einzelne*n angemessen und geeignet ist, um sie «angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten».⁵⁴ Gewährleistet wird eine grundlegende Schulbildung, die unabdingbare Voraussetzung für die Entfaltung der Persönlichkeit und der Fähigkeiten darstellt, die für ein **selbstbestimmtes Leben** und die **Partizipation am gesellschaftlichen und kulturellen Leben**⁵⁵ sowie die Wahrnehmung der Grundrechte⁵⁶ erforderlich sind.

- 24 Art. 19 i.V.m. Art. 62 BV zielt auf eine möglichst weitgehend Verwirklichung der **Chancengleichheit**,⁵⁷ und konkretisiert damit Art. 2 Abs. 3 BV. Ziel dieser Bestimmung ist es, gleiche oder vergleichbare Startbedingungen zu ermöglichen, was insbesondere bei der Ausbildung und Persönlichkeitsentfaltung von Kindern und Jugendlichen von Bedeutung ist. Art. 2 Abs. 3 BV hat programmatischen Charakter und stellt eine verbindliche Handlungsrichtlinie des Staates dar, der keine direkt einklagbaren Ansprüche verleiht.⁵⁸ Für den Staat bedeutet dies, dass er «durch sein Handeln keine ungleichen Chancen bewirken soll und ohnehin bestehende Ungleichheiten nicht verschärfen darf».⁵⁹ Der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht ist demgegenüber 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».⁶⁰

2.2.2.2 Schutzgehalte

- 25 Art. 19 BV umfasst drei Teilgarantien: den Anspruch auf ausreichende Grundschulbildung, den Anspruch auf Zugang zu diesem, sowie den Anspruch auf Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts:⁶¹

i. Anspruch auf ausreichende Grundschulbildung

- 26 Der Unterricht hat neben quantitativen (z.B. betr. die Dauer des Grundschulunterrichts) insbesondere qualitativen Anforderungen zu genügen. Es sind elementare Kenntnisse, Fertigkeiten und Kompetenzen zu vermitteln, die es Kindern und Jugendlichen ermöglicht, sich den als erwachsene Menschen stellenden Aufgaben und Herausforderungen selbstständig zu stellen.⁶² Dies impliziert, dass die Grundschulbildung einerseits davon abhängt, was für Anforderungen die Gesellschaft an den* Einzelne*n stellt, weshalb die Qualität der Ausbildung laufend an gesellschaftliche Veränderungen anzupassen ist. Die inhaltliche Qualität der Grundschulbildung richtet sich demnach danach, was das «üblicherweise erforderliche Bildungsangebot» umfasst.⁶³ Andererseits impliziert dies, dass **die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse der Schüler*innen** berücksichtigt werden, denn nur so können ihnen die Lerninhalte,

⁵⁴ BGE 144 I 1, E. 2.2; statt Vieler KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 15.

⁵⁵ Art. 13 Abs. 1 UNO-Pakt I; Art. 20 Abs. 1 lit. c d KRK; MÜLLER/SCHEFER, S. 783; AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 189.

⁵⁶ BGE 129 I 12, E. 4.1; BGE 129 I 35, E. 7.2; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 6.

⁵⁷ Statt Vieler: AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 189; BGE 129 I 12, E. 4.1.

⁵⁸ SGK-BV, EHRENZELLER, Art. 2 Rz. 10 f.; ANDERER, S. 12.

⁵⁹ BGE 133 I 206, E. 7.4.

⁶⁰ BGE 129 I 12, E. 4.2; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 44 m.w.H.

⁶¹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 13.

⁶² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 16.

⁶³ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 191; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 44.

die für eine gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben notwendig sind, vermittelt und Chancengleichheit hergestellt werden.⁶⁴ Die Grundschulbildung umfasst dabei nicht nur die **Vermittlung von Wissen**, sondern auch von **Fertigkeiten und Fähigkeiten**, die für ein Zusammenleben in der Gesellschaft, Autonomie, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung erforderlich sind.⁶⁵ Das bedeutet aber nicht, dass nicht gewisse Typisierungen zulässig sind.⁶⁶ Namentlich besteht kein Anspruch auf eine optimale Schulbildung, sondern lediglich auf eine «angemessene und erfahrungsgemäss ausreichende» Grundschulbildung an öffentlichen Schulen.⁶⁷ Grundrechtlich geschützt sind also nur **Minimalansprüche**.⁶⁸ Je nach individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen können diese Minimalansprüche aber auch besondere Förder- oder Betreuungsmassnahmen umfassen.⁶⁹

ii. Anspruch auf Zugang zu ausreichendem Grundschulunterricht

- 27 Ein ausreichender Grundschulunterricht muss nicht nur angeboten werden, sondern für den* Einzelne*n auch tatsächlich zugänglich sein. Zugänglichkeit bedeutet, dass der ausreichende Grundschulunterricht allen Kindern offenstehen muss.⁷⁰ Neben der finanziellen (dazu sogleich, Rz. 28) und der konfessionellen (religiöse Neutralität der Schule) Zugänglichkeit,⁷¹ muss der Grundschulunterricht insbesondere auch **räumlich zugänglich** sein. Das bedeutet, dass der Zweck der ausreichenden Grundschulbildung z.B. nicht durch den Schulweg (z.B. durch eine grosse Distanz zwischen Wohn- und Schulort) gefährdet oder unverhältnismässig erschwert werden darf.⁷² Massgebliche Kriterien für die Zumutbarkeit des Schulwegs sind dessen Dauer, Länge, Gefährlichkeit und Beschwerlichkeit sowie das Alter **und die Konstitution des betroffenen Kindes**.⁷³ Ist der Schulweg einem Kind nicht zumutbar, begründet dies einen Anspruch auf Unterstützung. Seiner Unterstützungspflicht kann der Staat dadurch nachkommen, dass er einen unentgeltlichen Transport zur Schule (z.B. durch Übernahme der Transportkosten oder durch einen Schulbus- oder Schultaxidienst) oder Leistungen am Ort der Schule (z.B. einen Mittagstisch) zur Verfügung stellt.⁷⁴

⁶⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 192; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 18; MÜLLER/SCHEFER, S. 790; vgl. BGE 129 I 12, E. 4.2: «Die Ausbildung muss [...] auf jeden Fall *für den Einzelnen* angemessen und geeignet sein (BGE 117 Ia 27 E. 6a) [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁵ SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 46; vgl. BGer 2C_807/2015 vom 18.10.2016, E. 3.1.

⁶⁶ MÜLLER/SCHEFER, S. 791.

⁶⁷ BGE 141 I 9, E. 3.3; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 49.

⁶⁸ Statt Vieler: BGE 141 I 9, E. 3.3; BGE 138 I 162, E. 3.3; BSK-BV, WYTTENBACH, Art. 19 Rz. 12.

⁶⁹ BSK-BV, WYTTENBACH, Art. 19 Rz. 20; SGK-BV, SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 59; vgl. z.B. BGE 144 I 1, E. 3.2.3 bei dem es um zusätzlichen Sprachunterricht für fremd- oder lernschwache Kinder ging.

⁷⁰ So explizit Art. 62 Abs. 2 BV.

⁷¹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 24 f.

⁷² KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 80; BGE 130 I 352, E. 3.2; BGE 133 I 156, E. 3.1.

⁷³ BSK-BV, WYTTENBACH, Art. 19 Rz. 19; BGer 2C_495/2007 vom 27.3.2008, E. 2.2; BGer 2P.101/2004 vom 14.10.2004, E. 4.1.

⁷⁴ BGE 140 I 153, E. 2.3.3. (Hervorhebung nicht im Original); vgl. auch BGer 2C_433/2011 vom 1. Juni 2012, E. 4.3 und E. 5.2; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 80 *in fine* m.w.H.

iii. Anspruch auf Unentgeltlichkeit

- 28 Der ausreichende Grundschulunterricht muss unentgeltlich sein. Das bedeutet, dass alle Dienstleistungen, Lehrmittel und Materialien, die für die Verwirklichung des unentgeltlichen Grundschulunterrichts erforderlich sind, auch von der Unentgeltlichkeit erfasst sind. Mit anderen Worten ist die Grundschulbildung in dem Umfang, als sie als «ausreichend» grundrechtlich garantiert ist, auch unentgeltlich.⁷⁵ Dies umfasst namentlich auch den räumlichen Zugang (vgl. soeben, Rz. 27) und zusätzliche Förder- und Betreuungsmassnahmen, die zugunsten von Schüler*innen mit spezifischen Bedürfnissen verfasungsrechtlich geboten sind, um einen ausreichenden Grundschulunterricht zu ermöglichen.⁷⁶
- 29 Gehören Verpflegung und Unterkunft zum unentgeltlichen Grundschulunterricht (z.B. weil der Schulweg unzumutbar ist oder weil eine Aktivität, z.B. eine Exkursion, zum Grundschulunterricht gehört), sind auch diese unentgeltlich zu erbringen. In diesen Fällen bedeutet Unentgeltlichkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass den Unterhaltspflichtigen «nur diejenigen Kosten in Rechnung gestellt werden, die sie aufgrund der Abwesenheit ihrer Kinder einsparen. Sie **beschränken sich auf die Verpflegung** der Kinder, da die Eltern die Unterkunft für die Kinder auch bei deren Abwesenheit weiterhin bereithalten müssen. Der maximal zulässige Betrag dürfte sich abhängig vom Alter des Kindes zwischen **Fr. 10.- und 16.- pro Tag bewegen**»⁷⁷ An diesem Verpflegungskostenprinzip ändert auch nichts, dass die Kinder am Mittagstisch nicht nur verpflegt, sondern auch beaufsichtigt werden, denn die Beaufsichtigung ist «allein deswegen notwendig, weil die Kinder über Mittag nicht nach Hause gehen, wo deren Betreuung ihren Eltern obliegt».⁷⁸ Mit anderen Worten ist auch die Betreuung anlässlich einer Verpflegung oder Übernachtung von der Unentgeltlichkeit gedeckt.
- 30 Zum selben Ergebnis kommt auch die eidgenössische Preisüberwachung (PUE) spezifisch für den Fall von Übernachtungen in Sonderschulheimen. Die PUE hält richtigerweise fest, dass die Unentgeltlichkeitsregelung nach dem Verpflegungskostenprinzip auch für besondere Aufwendungen im Falle von Kindern mit Behinderungen gilt. Der maximal zulässige Verpflegungskostenbeitrag beträgt CHF 16.00.⁷⁹

2.2.3 «Einschränkende Konkretisierungen»

- 31 Da Art. 19 BV zu den Sozialrechten zählt und lediglich einen Minimalstandard garantiert, sind Einschränkungen grundsätzlich ausgeschlossen; Art. 36 BV findet keine direkte Anwendung. Allerdings geht das Bundesgericht davon aus, dass Art. 36 BV **sinngemäss zur Anwendung gelangt**, wenn es um die (gesetzliche) Konkretisierung der Ansprüche aus Art. 19 BV geht.⁸⁰

⁷⁵ SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 58; BGE 144 I 1, E. 2.2.

⁷⁶ BSK-BV, WYTENBACH, Art. 19 Rz. 20; SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 58; vgl. z.B. BGE 144 I 1, E. 3.2.3 bei dem es um zusätzlichen Sprachunterricht für fremd- oder lernschwache Kinder ging.

⁷⁷ BGer 2C_206/2016 vom 07.12.2017, E.3.1.3.; vgl. auch BGer 2C_433/2011 vom 01.06.2012, E. 5.2.

⁷⁸ BGer 2C_433/2011 vom 01.06.2012, E. 5.2.

⁷⁹ MEIERHANS/STOFFEL, S. 3 f.; MEIERHANS, S. 3.

⁸⁰ BGE 129 I 35, E. 8.2; BGE 129 I 12, E. 6.4; statt Vieler: SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 62.

- 32 Der sinn gemässen Anwendung des Legalitätsprinzips, der Verhältnismässigkeitsprinzips und des öffentlichen Interesses ist insofern zuzustimmen, als diese bei jeglichem staatlichem Handeln bereits qua Art. 5 BV zu berücksichtigen sind. Die Frage nach einem ausreichenden und damit nach einem *angemessenen* Grundschulunterricht oder die Frage nach der *Zumutbarkeit* des Schulwegs sind überdies unweigerlich mit Abwägungsfragen verbunden, die sich am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren haben. Das Verhältnismässigkeitsprinzip fungiert bei der Ermittlung des Schutzbereichs mitunter als **Untermassverbot**.⁸¹
- 33 Dies darf indessen nicht dazu führen, dass der grundrechtliche garantierte Minimalgarantie (in der Terminologie von Art. 36 BV: der Kerngehalt) von Art. 19 BV eingeschränkt wird.⁸² Gemäss Bundesgericht dürfen die sozialen Grundrechte **«nicht ihres Gehalts beraubt werden, weshalb Einschränkungen nur begrenzt und ausnahmsweise in Frage kommen.»**⁸³ Eine Ausnahme von Art. 19 BV besteht demnach dort, wo eine Einschränkung zwingend erforderlich ist, um eine nicht vermeidbare Kollision mit Grundrechten Dritter zu verhindern bzw. aufzulösen.⁸⁴ Diesfalls müssen die Anforderungen von Art. 36 BV erfüllt werden.⁸⁵

2.3 Unentgeltlicher Grundschulunterricht für Kinder mit Behinderung – mit Blick auf die Berner Gesetzgebung (KFSG/KFSV)

2.3.1 Methode der Konkretisierung

- 34 Um zu ermitteln, welche Art und welcher Umfang zum grundrechtlich garantierten unentgeltlichen Grundschulunterricht gehört, wenn es spezifisch um Kinder mit Behinderungen geht, sind neben Art. 19 BV und Art. 62 Abs. 2 BV auch Art. 62 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2 und 4 BV sowie völkerrechtliche Garantien zu beachten. Bei Letzteren ist insbesondere Art. 24 UNO-BRK zu nennen, der den Anspruch auf ausreichenden unentgeltlichen Grundschulunterricht für Kinder mit Behinderung garantiert. Diese Bestimmungen dienen der Auslegung und Konkretisierung des ausreichenden Grundschulunterrichts für Kinder mit Behinderung.⁸⁶

2.3.2 Bedeutung und Stellung des Diskriminierungsverbotes

- 35 Was für diese Gruppe von Schüler*innen «ausreichend» ist und welche Anpassungen gegenüber der Grundschulung von Kindern ohne Behinderung erforderlich sind, misst sich am Diskriminierungsverbot:⁸⁷ Denn es geht im Wesentlichen darum, behinderungsbedingte Nachteile im Bereich der

⁸¹ BGer 2C_446/2010 vom 16.9.2010, E. 5.3; BGE 129 I 12, E. 6.4.

⁸² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 38 Rz. 34.

⁸³ BGer 2C_446/2010 vom 16.9.2010, E. 5.3.

⁸⁴ MÜLLER/SCHEFER, S. 799; AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 215.

⁸⁵ MÜLLER/SCHEFER, S. 799.

⁸⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 346.

⁸⁷ Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 1 UNO-BRK; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 346 f.; ausführlich dazu: AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 38, 159 f., 173, 192 ff.

Grundschulbildung auszugleichen.⁸⁸ «Ist Art. 8 Abs. 2 BV verletzt, ist der Grundschulunterricht für das betroffene Kind nicht ausreichend i.S.v. Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV».⁸⁹

- 36 Eine (**direkte**) **Diskriminierung** ist «eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen», welche die Benachteiligung eines Menschen zum Ziel oder als Folge hat. Qualifiziert ist die Ungleichbehandlung, da «an ein Unterscheidungsmerkmal angeknüpft wird, das einen wesentlichen, nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht».⁹⁰ Eine **indirekte Diskriminierung** ist demgegenüber gegeben, wenn eine Regelung zwar an ein neutrales Unterscheidungsmerkmal anknüpft, in ihrer tatsächlichen Auswirkung aber Personen besonders benachteiligt, die ein Merkmal nach Art. 8 Abs. 2 BV (nicht abschliessend) aufweisen.⁹¹
- 37 Nach Art. 8 Abs. 4 BV besteht ein verbindlicher Gesetzgebungsauftrag, dass Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung beseitigt werden müssen. «Eine Benachteiligung ist dann gegeben, wenn Menschen mit Behinderungen rechtlich oder tatsächlich anders als Menschen ohne Behinderung behandelt werden und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese (Differenzierungsverbot bei nachteiligen Auswirkungen, formelle Gleichstellung) oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichbehandlung von Menschen mit und ohne Behinderung notwendig ist (Egalisierungsgebot, materielle Gleichheit).»⁹² In Abgrenzung zum Begriff der Diskriminierung ist die Benachteiligung hier weiter gefasst und erfasst nicht nur besonders «krasse» Ungleichbehandlungen.⁹³ Auch Art. 2 UNO-BRK sieht eine Schutzpflicht gegenüber Menschen mit Behinderung vor. Namentlich sollen angemessene Vorkehrungen zu Gleichstellung von Menschen mit Behinderung getroffen werden. Nach Meinung der Lehre geht dies sogar über die Beseitigung von Benachteiligungen hinaus.⁹⁴
- 38 Ob behinderungsbedingte Nachteile vorliegen, bemisst sich bei Kindern mit Behinderung an Kindern, welche über die Fähigkeiten verfügen, welche die Gesellschaft üblicherweise als gegeben voraussetzt.⁹⁵ Das bedeutet, dass die Vergleichsgruppe nicht aus den Schüler*innen bestehen kann, die einen besonderen Unterstützungsbedarf haben, der (noch) nicht eine Behinderung darstellt,⁹⁶ sondern aus den Schüler*innen die «gesund» bzw. «normal» entwickelt sind. Insofern greift das Gutachten GEIGER/JÄGER zu kurz, das lediglich die Ungleichbehandlung zwischen Kindern mit Behinderung und Kindern mit anderweitigem Unterstützungsbedarf betrachtet.⁹⁷

⁸⁸ SGK-BV, SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Rz. 69; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 25.

⁸⁹ COPUR/NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 275; sinngemäss: AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 196 ff.

⁹⁰ BGE 141 I 241, E. 4.3.2; SGK-BV, SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Rz. 61

⁹¹ SGK-BV, SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Rz. 62.

⁹² SGK-BV, BISCHOF, Art. 8 Rz. 193.

⁹³ SGK-BV, BISCHOF, Art. 8 Rz. 193.

⁹⁴ SGK-BV, BISCHOF, Art. 8 Rz. 193.

⁹⁵ Vgl. SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 13.

⁹⁶ Vgl. zur Unterscheidung zwischen behinderungsbedingtem und anderweitigem Unterstützungsbedarf nach der Konzeption des KFSG: Vortrag KFSG, S. 12.

⁹⁷ JÄGER/GEIGER, Rz. 135 ff.

- 39 Müssen sich Kinder mit Behinderung als **Leistungsbezüger*innen** von Leistungen nach KFSG und KFSV für die daraus entstehenden Kosten selbst (teilweise) aufkommen, stellt für Kinder mit Behinderung eine Benachteiligung (im Vergleich zu Kindern ohne Behinderung) dar, die unmittelbar aufgrund der Behinderung besteht. Denn es ist gerade die Behinderung, welche die Leistung erst notwendig macht. Daran ändert nichts, dass das KFSG nicht an die Indikation «Behinderung» für den Anspruch auf Schutz- und Fördermassnahmen und die damit verbundene Kostenbeteiligung anknüpft, sondern an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (gemessen am massgeblichen Jahreseinkommen der Haushaltseinheit Art. 36 ff. KFSV; vgl. auch oben, Rz. 3). Das vermeintlich «neutrale» Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit betrifft faktisch mehrheitlich Kinder mit Behinderung (oder anderweitigem Unterstützungsbedarf; vgl. dazu unten, Rz. 64 ff.) betroffen. Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 BV ist somit hinsichtlich einer indirekten Diskriminierung eröffnet.
- 40 Ist für die Leistungsbezüger*innen der persönliche und sachliche Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes ohne Weiteres eröffnet, wenn es um die Kostenbeteiligung geht, ist dies für Unterhaltspflichtigen weniger eindeutig. Sie sind selbst nicht von einer Behinderung und damit nicht von einem Diskriminierungsmerkmal nach Art. 8 Abs. 2 BV betroffen. Für sie kommt aber eine Diskriminierung qua Assoziation (auch assoziierte Diskriminierung genannt) in Frage. Eine solche Diskriminierung ist gegeben, wenn die Benachteiligung einer Person aufgrund eines Näheverhältnisses zu einer anderen Person, die ein Diskriminierungsmerkmal nach Art. 8 Abs. 2 BV aufweist, besteht.⁹⁸ Sowohl Art. 8 Abs. 2 BV⁹⁹ als auch die UNO-BRK¹⁰⁰ schützen vor assoziierter Diskriminierung. Vorausgesetzt ist, dass das Diskriminierungsmerkmal sich direkt auf die betroffene Person auswirkt.¹⁰¹
- 41 Vorliegend werden unterhaltspflichtige Personen benachteiligt, weil sie in einem Näheverhältnis zum betroffenen Kind mit Behinderung stehen: Sie ist Angehörige eines Kindes mit Behinderung. Wenn ein Kind aufgrund seiner Behinderung eine stationäre Unterbringung benötigt, wirkt sich das Näheverhältnis zum betroffenen Kind unmittelbar finanziell aus. Die unterhaltspflichtige Person trifft eine Unterhaltspflicht hinsichtlich der behinderungsbedingten Mehrkosten. Daher sind die unterhaltspflichtigen Personen – im Sinne der assoziierten Diskriminierung – direkt vom Diskriminierungsmerkmal Behinderung betroffen. Der persönliche und sachliche Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes ist für sie eröffnet.¹⁰²

2.3.3 Besondere Bedürfnisse erfordern besondere Leistungen

- 42 Für Kinder mit Behinderung hat das **Erfordernis der bedürfnisangepassten Grundschulbildung** besondere Bedeutung, denn nur so können Chancengleichheit ermöglicht und behinderungsbedingte

⁹⁸ BGer 1D_6/2018 vom 3.5.2019, E. 6.1; NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 1032.

⁹⁹ BGer 1D_6/2018 vom 3.5.2019, E. 6.1; BGer 1D_8/2009 vom 19. Januar 2011; BGE 134 I 56; NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 1032 f.

¹⁰⁰ General Comment 6, Rz.20; SHK-UNO-BRK, NAGUIB, Art. 2 Rz. 20; SHK-UNO BRK, STUDER/PÄRLI/MEIER, Art. 5 Rz. 28.

¹⁰¹ BGer 1D_6/2018 vom 3.5.2019, E. 6.1.

¹⁰² Zu Rechtsgleichheitsfragen bei den beistandspflichtigen Personen gemäss Art. 35 Abs. 2 ZGB vgl. unten, Rz. 98 ff.

Nachteile im Zusammenhang mit dem Grundschulunterricht und damit eine Diskriminierung (vgl. Art. 8 Abs. 2 BV) verhindert werden.

- Art. 24 Abs. 2 UNO-BRK hält in diesem Zusammenhang fest, dass angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen zu treffen sind (lit. c) und Menschen mit Behinderungen die notwendigen und individuell angepasste Unterstützungsmassnahmen erhalten müssen, damit ihre erfolgreiche Bildung erleichtert wird und sie die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung vollziehen können (lit. d und e). Die UNO-BRK verlangt denn auch, dass Schüler*innen mit Behinderungen diejenige Grundschulbildung erhalten, die ihnen «**die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung**» gestattet (Art. 24 Abs. 2 lit. e UNO-BRK).
- Auch für den verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht geht die Lehre davon aus, dass bei Kindern mit Behinderung von der «idealen» Leistung auszugehen ist, damit behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden. Soll von dieser Leistung abgewichen werden, bedarf dies einer spezifischen Rechtfertigung.¹⁰³ Das Bundesgericht sagt demgegenüber, dass der unentgeltliche Grundschulunterricht generell nicht einen Anspruch auf «die optimale oder geeignetste überhaupt denkbare Schulung von behinderten Kindern» vermittele, doch erfordere eine Abweichung vom «idealen» Bildungsangebot einer Rechtfertigung (öffentliches Interesse, wie z.B. finanzielle Interessen des Gemeinwesens oder Vereinfachung der organisatorischen Abläufe der Schule, und Verhältnismässigkeit).¹⁰⁴ Das Bundesgericht geht zudem davon aus, dass der Anspruch auf individuelle Betreuung bei lernschwachen Schüler*innen in der Tendenz weiter geht als bei besonders begabten.¹⁰⁵
- Art. 62 Abs. 3 BV garantiert den justiziablen Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BV) für Kinder mit Behinderungen¹⁰⁶ und garantiert diesen einen Anspruch auf Sonderschulung. Der Begriff «Sonderschulung» bringt zum Ausdruck, dass Kinder mit Behinderung Anspruch auf eine Grundschulbildung haben, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist.¹⁰⁷
- Dies kommt auch in Art. 20 Abs. 1 des BehiG zum Ausdruck, der explizit festhält, dass «Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist.»
- Art. 29 Abs. 2 KV/BE sieht ebenfalls einen Anspruch auf einen den Fähigkeiten des Kindes entsprechende, unentgeltliche Schulbildung vor.

¹⁰³ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 348; AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 135 ff., 165 ff.; COPUR/NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 275.

¹⁰⁴ BGE 141 I 9, E. 3.3 und E. 4.2.2.

¹⁰⁵ BGer 2P.216/2002 vom 5.2.2003, E. 5.4; MÜLLER/SCHEFER, S. 790.

¹⁰⁶ und dient damit dem Gesetzgebungsauftrag zur Beseitigung von Benachteiligungen Behinderter (Art. 8 Abs. 4 BV). Ob Art. 62 Abs. 3 BV für sich alleine oder erst i.V.m. Art. 19 BV direkt justiziablel ist, spielt nach der hier vertretenen Ansicht nur insofern eine Rolle, als es um den Anspruch über die obligatorische Schulzeit hinaus bis zum 20. Altersjahr geht. Vgl. dazu SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 41.

¹⁰⁷ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 191 f.; GÄCHTER/von Allmen, S. 10. So auch ausdrücklich Art. 20 Abs. 1 BehiG.

- 43 Besondere Fördermassnahmen ergeben sich aber auch direkt aus dem **Diskriminierungsverbot**: Dieses beinhaltet nicht nur die Pflicht, ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu beseitigen, sondern es fordert unter Umständen besondere, korrigierende oder schützende Massnahmen. Dies kommt u.a. in Art. 5 Abs. 3 und 4 UNO-BRK zum Ausdruck. Aber auch Art. 8 Abs. 4 BV sieht dies explizit vor. Besondere Fördermassnahmen oder andere formelle Besserstellungen zugunsten besonders benachteiligter Gruppen, die den Ausgleich der Diskriminierung bezwecken, kann also verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein.¹⁰⁸ Es besteht unter Umständen also eine staatliche Pflicht, **kompensatorische Massnahmen** zu ergreifen.¹⁰⁹ Dies ist sogar dann der Fall, wenn das Diskriminierungsverbot von keinem besonderen Förderungsauftrag begleitet ist, wie dies etwa für Menschen mit Behinderung in Art. 8 Abs. 4 BV und für Kinder und Jugendliche in Art. 11 BV verankert ist.
- 44 Ist für Kinder mit Behinderung ein besonderer Schutz- oder Förderbedarf festgestellt, der eine stationäre Unterbringung erforderlich macht, sind sie nach KFSG und KFSV anspruchsberechtigt (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 KFSG). Das KFSG «bezweckt die Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots an Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf» (Art. 1 Abs. 1 KFSG). Die Berner Gesetzgebung geht also davon aus, dass Kinder mit Behinderung (oder anderweitigem Unterstützungsbedarf) Nachteile (einen Bedarf) haben können, der durch besondere Massnahmen zu kompensieren ist. Insofern handelt es sich bei den Leistungen nach KFSG und KFSV um notwendige kompensatorische Fördermassnahmen, um eine Diskriminierung von Kindern mit Behinderung zu verhindern und Chancengleichheit herzustellen. Sie sind verfassungsrechtlich geboten.
- 45 Für die **Ausgestaltung der Minimalansprüche auf unentgeltlichen Grundschulunterricht** bedeutet dies Folgendes: Für Kinder mit Behinderung ist der Anspruch auf «ausreichenden» Grundschulunterricht (je nach individuellem Einzelfall) nicht bereits mit dem «üblicherweise erforderliche Bildungsangebot» gedeckt. Vielmehr kann eine darüberhinausgehende individuelle Unterstützung (Förderung und Betreuung) bzw. ein erhöhter Aufwand geboten sein, wenn es darum geht, Nachteile auszugleichen, damit den Betroffenen ein diskriminierungsfreier und chancengleicher Zugang zu einem genügenden Grundschulunterricht ermöglicht wird.¹¹⁰

2.3.4 Pflege, Betreuung und Unterbringung – eine Auslegung des Begriffs «ausreichende Sonderschulung»

- 46 Anders als im Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN¹¹¹ und im Gutachten JÄGER/GEIGER¹¹² vertreten, beschränken sich die besondere Förder- und Unterstützungsmassnahmen nicht *per se* auf eigentliche «schulische Leistungen». Vielmehr können auch Verpflegung, Pflege und Betreuung ausserhalb der Schule bzw. ausserhalb des Schulunterrichts vom Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst sein.

¹⁰⁸ SGK-BV, SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Rz. 69.

¹⁰⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 27.

¹¹⁰ SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 50; MÜLLER/SCHEFER, S. 790; BSK-BV, WYTTENBACH, Art. 19 Rz. 12.

¹¹¹ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 10.

¹¹² JÄGER/GEIGER, Rz. 134.

- 47 Dies ergibt sich bereits aus dem Anspruch auf **Zugang** zur ausreichenden Grundschulbildung (vgl. oben, Rz. 27).¹¹³ Gemäss bundesgerichtlicher Praxis sind z.B. die Transportkosten bei unzumutbarem Schulweg vom Staat zu übernehmen oder die Betreuung und Verpflegung in der Schule (abzüglich Verpflegungskosten, die zuhause eingespart werden; vgl. oben, Rz. 29 f.). Dies gilt nicht erst dann, wenn der regelmässige Schulbesuch aufgrund der Unzumutbarkeit des Schulwegs überhaupt nicht möglich ist, sondern bereits dann, wenn die Betroffenen am Unterricht nicht «ohne zumutbaren Erschwernisse» teilnehmen können.¹¹⁴ Dass Schüler*innen auch einen Anspruch auf Fürsorge und Betreuung haben, kommt auch in Art. 29 Abs. 2 KV/BE zum Ausdruck. Auch wenn dies subsidiär zum elterlichen Erziehungsrecht steht,¹¹⁵ kann diesem Artikel im Zusammenhang mit schulermöglichender Betreuung und Fürsorge ausserhalb des klassischen Unterrichts Bedeutung zukommen. Dies ist dann der Fall, wenn der Zugang zu einem ausreichenden Grundschulunterricht anders nicht gewährleistet werden kann.
- 48 Zudem gehört zur ausreichenden Grundschulbildung auch das Erlernen **lebenspraktischer Fertigkeiten** und **sozialer Kompetenzen**, die für eine autonome Lebensführung bzw. die selbständige und selbstbestimmte Bewältigung des Alltags und des Zusammenlebens in der Gesellschaft notwendig sind (vgl. oben, Rz. 26). Art. 24 Abs. 3 UNO-BRK umschreibt dies wie folgt: Menschen mit Behinderungen muss ermöglicht werden «lebenspraktische Fertigkeiten und soziale Kompetenzen zu erwerben, um ihre volle und gleichberechtigte Teilhabe an der Bildung und als Mitglieder der Gemeinschaft zu erleichtern.»
- Unter lebenspraktischen Fertigkeiten ist «alltagsmotorisches Können» zu verstehen, «das von Menschen ohne Behinderungen vergleichsweise ohne grossen Aufwand erlernt werden wird, während Menschen mit (bestimmten) Behinderungen unter Umständen dazu mehr Unterstützung benötigen. Dazu gehören etwa Körperpflege, Kleiderpflege, Essenszubereitung und Essensfertigkeiten, Haushaltsführung u.v.m.»¹¹⁶
 - Unter sozialen Kompetenzen wird die Fähigkeit verstanden, sich im Austausch mit anderen «normgerecht zu verhalten und entsprechend zu interagieren».¹¹⁷
- 49 Art. 24 Abs. 3 UNO-BRK geht also über die reine schulische Wissensvermittlung hinaus und soll es behinderten Menschen ermöglichen «to acquire the life, language and social skills essential for participation in education and within their communities».¹¹⁸ Obwohl der in Art. 24 Abs. 3 UNO-BRK genannten

¹¹³ Art. 24 Abs. 2 lit. b UNO-BRK, Art. 19 BV.

¹¹⁴ BGer 2C_433/2011 vom 1.6.2012, E. 4.3. Entgegen GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 7 f., ist dieser Entscheid durchaus massgeblich für die vorliegende Frage nach dem Umfang des unentgeltlichen Grundschulunterrichts. Er zeigt gerade auf, dass eine scharfe Trennung zwischen schulischen Leistungen und ausserschulischer Betreuung nicht möglich ist.

¹¹⁵ Vgl. BGE 121 I 12, E. 5.3.

¹¹⁶ SHK-UNO-BRK, FILIPPO, Art. 24 Rz. 78.

¹¹⁷ SHK-UNO-BRK, FILIPPO, Art. 24 Rz. 79. Entsprechend nannte auch Art. 19 aIVG die «Förderung in manuellen Belangen, in den Verrichtungen des täglichen Lebens und der Fähigkeit des Kontaktes mit der Umwelt» als Teil der Sonderschulung.

¹¹⁸ Freie Übersetzung: «damit sie die lebenspraktischen, sprachlichen und sozialen Fähigkeiten erwerben können, die für die Teilhabe an der Bildung und am Leben in der Gemeinschaft unerlässlich sind»: General Comment 4, Ziff. 35; SHK-UNO-BRK, FILIPPO, Art. 24 Rz. 79.

Massnahmen stark auf Kommunikationsmittel und -möglichkeiten fokussieren, umfassen diese auch «Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten».¹¹⁹ Die in Abs. 3 genannten Massnahmen sind überdies nicht abschliessend.¹²⁰

- 50 Dass lebenspraktische Fähigkeiten und soziale Kompetenzen für Schüler*innen mit Behinderung eigene Bildungsziele darstellen können, ist auch im Lehrplan 21 verankert: Zum einen ist die Aneignung (überfachliche) Kompetenzen Teil des Bildungsauftrages.¹²¹ Gemäss dem Lehrplan 21 sollen den Schüler*innen personale Kompetenzen (Selbstreflexion, Selbstständigkeit und Eigenständigkeit), soziale Kompetenzen (Dialog- und Kooperationsfähigkeit, Konfliktfähigkeit und Umgang mit Vielfalt) und methodische Kompetenzen (Sprachfähigkeit, Informationen nutzen und Aufgaben/Probleme lösen) vermittelt werden.¹²²
- 51 Zum anderen findet für Schüler*innen mit Behinderung im Rahmen der Sonderschulung ein angepasster Lehrplan 21 Anwendung. Die Ausführungen des Kantons Bern für die Anwendung des Lehrplans 21 auf Schüler*innen mit komplexen Behinderungen in Sonder- und Regelschulen führt dazu aus: «Wenn absehbar ist, dass die [...] definierten Kompetenzstufen nicht erreicht werden können, gewinnen die üblicherweise vorschulisch und ausserschulisch erworbenen Fähigkeiten, Fertigkeiten und zu bewältigende Entwicklungsaufgaben an Bedeutung. Wo andere Kinder und Jugendliche informell aus den Erfahrungen in verschiedenen Lebenswelten ohne das Dazutun der Schule lernen, ergeben sich möglicherweise wichtige Bildungsziele. Was sonst beiläufig gelernt und in der Schule dann eher reflektiert oder hinterfragt wird, wird bei Schülerinnen und Schülern mit komplexen Behinderungen Teil des Bildungsauftrags.»¹²³ Für das Lernziel der beruflichen Orientierung bedeutet dies etwa, dass den Schüler*innen mit Behinderung nicht nur eine Vorbereitung auf den Beruf, sondern auch eine Vorbereitung auf das Erwachsenenleben erhalten «z.B. Beschäftigung, Wohnen, Freizeit, Umgang mit persönlicher Assistenz, Leben in einem Wohnheim».¹²⁴ Derartige lebenspraktischen und sozialen Fertigkeiten und Fähigkeiten können unter Umständen nicht ausschliesslich «im Schulzimmer» erlernt werden.
- 52 Neben diesem systematischen Element, führt auch eine **historische Auslegung** des Begriffes «Sonderschulung» zum gleichen Resultat: Gemäss Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs, in dessen Zug Art. 62 Abs. 3 BV in die Bundesverfassung aufgenommen wurde, umfasst die Sonderschulung u.a. auch die Unterkunft und Verpflegung sowie den Transport von Kindern mit Behinderung.¹²⁵ Entgegen

¹¹⁹ Art 24 Abs. 3 lit. a UNO-BRK.

¹²⁰ Vgl. Art. 24 Abs. 3 Ingress UNO-BRK: «unter anderem»; vgl. dazu SHK-UNO-BRK, FILIPPO, Art. 24 Rz. 83.

¹²¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (HarmoS-Konkordat) vom 14. Juni 2007, abrufbar unter < <https://www.edk.ch/de/themen/harmos> >, (zuletzt besucht am 28.8.2023).

¹²² Lehrplan 21: Überfachliche Kompetenzen: < <https://be.lehrplan.ch/index.php?code=el200|3> >, (zuletzt besucht am 28.8.2023).

¹²³ KANTON BERN, Anwendung des Lehrplans 21, S. 6.

¹²⁴ KANTON BERN, Anwendung des Lehrplans 21, S. 21.

¹²⁵ Botschaft NFA, S. 6216: «Sonderschulung erhalten Kinder und Jugendliche mit Behinderungen, denen der Besuch der Volksschule nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Sonderschulung umfasst auch Leistungen in den Bereichen heilpädagogische Massnahmen, Unterkunft und Verpflegung sowie der Transporte»; so auch BSK-BV, HÄNNI, Art. 62 Rz. 34.

der Ansicht von GÄCHTER/VON ALLMEN,¹²⁶ stammt diese Definition nicht einfach «aus der Ägide der Sozialversicherungen», sondern dieser soll auch für den neuen Art. 62 Abs. 3 BV gelten:

- Die Botschaft führt aus, dass der «gegenüber den Kantonen» bereits «bestehende Individualanspruch auf Sonderschulung [...] in der Bundesverfassung rechtlich abgestützt» werde und neu die Kantone «die Sonderschulung integral» zu finanzieren haben,¹²⁷ welche die von Art. 19 IVG vorgesehenen individuellen Leistungen umfasse (wie z.B. Verpflegung, Unterbringung, Kosten für die Überwindung des Schulwegs).¹²⁸
- Dieses Verständnis von Sonderschulung wird gestützt durch das NFA Faktenblatt 16 betreffend Sonderschulung.¹²⁹ Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) halten darin fest, dass der «bereits heute [d.h. unter der Ägide der IV] gegenüber den Kantonen bestehende Individualanspruch auf Sonderschulung explizit verfassungsrechtlich abgestützt» werde.¹³⁰ «Die Kantone haben einen Verfassungsauftrag, im Bereich der Sonderschulung die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Die Kantone können die Leistungen nicht massiv abbauen oder zersplittern, wenn sie den Verfassungsauftrag umsetzen.»¹³¹ «Die Übernahme der behinderungsbedingten Mehrkosten der Sonderschulung durch die Kantone ist verfassungsmässig garantiert (Art. 62 Abs. 3 [neu] BV in Verbindung mit Art. 19 BV)».¹³²
- Schliesslich geht auch das Sonderpädagogik-Konkordat davon aus, dass die stationäre Unterbringung in sonderpädagogischen Einrichtungen zum sonderpädagogischen Grundangebot (Art. 4 Abs. 1 lit. c Sonderpädagogik-Konkordat) und damit zur Sonderschulung gehört.¹³³

53 Die schematische Trennung zwischen schulischen und ausserschulischen Leistungen, wie sie GÄCHTER/VON ALLMEN vornehmen,¹³⁴ widerspricht auch dem **Zweck** von Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BV:

¹²⁶ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 5.

¹²⁷ Botschaft NFA, S. 6218.

¹²⁸ Botschaft NFA, S. 6218: «Von der NFA betroffen sind somit die Massnahmen nach Artikel 19 IVG. Eingeschlossen sind dabei die individuellen Leistungen [...]. Von Art. 19 aIVG waren als individuelle Leistungen u.a. die Förderung in manuellen Belangen und den Verrichtungen des täglichen Lebens sowie die Fähigkeit des Kontaktes mit der Umwelt (Art. 19 aIVG Abs. 1 Ingress), Kosten für die Verpflegung oder Unterbringung, wenn dies aufgrund der Sonderschulung nicht zuhause erfolgen kann (Art. 10 Abs. 1 lit. b aIVG) oder besondere Entschädigungen für die Überwindung des Schulwegs (Art. 19 Abs. 1 lit. d aIVG) erfasst.

¹²⁹ Gemäss Antwort des Bundesrates vom 13. Juni 2022 auf die parlamentarischer Frage (Benjamin Roduit) vom 8. Juni 2022 ist das NFA-Faktenblatt 16 nach wie vor gültig (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Sommersession 2022, Geschäft 22.7513: < <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20227513> >; zuletzt besucht am 28.8.2023).

¹³⁰ NFA Faktenblatt 16, S. 3.

¹³¹ NFA Faktenblatt 16, S. 3.

¹³² NFA Faktenblatt 16, S. 5.

¹³³ Kommentar Sonderpädagogik-Konkordat, S. 8: Die Festlegung des sonderpädagogischen Grundangebots definiert das Mindestangebot, das im Rahmen der Sonderschulung anzubieten ist. Vgl. dazu auch RIEMER-KAFKA, Rz. 167 und 195. Wie ausgeführt (oben, Rz. 18) ist der Kanton Bern dem Sonderpädagogik-Konkordat bisher nicht beigetreten. Dennoch illustriert das Sonderpädagogik-Konkordats, dass nach breitem Verständnis nicht nur schulische, sondern auch weitere Leistungen, namentlich die stationäre Unterbringung, zur grundrechtlich abgesicherten Sonderschulung gehören.

¹³⁴ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 10. Vgl. auch JÄGER/GEIGER, Rz. 134.



Die Sonderschulung dient gerade dazu, behinderungsbedingte Nachteile durch individuell zugeschnittene Förder- und Unterstützungsmassnahmen zu verhindern, damit die Betroffenen Zugang zu einer (inhaltlich) ausreichenden Grundschulbildung erhalten (vgl. oben, Rz. 35, 45) und die Chancengleichheit gefördert wird (vgl. oben, Rz. 24). Sofern die behinderungsbedingten Nachteile und damit der diskriminierungsfreie Zugang und ein ausreichender Grundschulunterricht nur mit Massnahmen erreicht werden können, die im Bereich Pflege, Betreuung oder Unterbringung liegen, dann sind diese ebenfalls vom Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst. Was für die Übernahme von Transport- oder Verpflegungskosten bei einem unzumutbar langen Schulweg gilt, muss auch gelten, wenn der Schulweg behinderungsbedingt nicht zumutbar ist (unabhängig von dessen Länge). Dasselbe muss gelten, wenn diejenigen Kompetenzen, die für ein selbstbestimmtes Leben im gesellschaftlichen Leben notwendig sind, nur in einer stationären Einrichtung zielführend vermittelt werden können. Massgeblich ist also allein, ob der Grundschulunterricht inhaltlich ausreichend und der Zugang dazu gewährleistet ist (dass also keine unzumutbaren Erschwernisse vorliegen, um an der Grundschulung teilnehmen zu können; vgl. oben, Rz. 47). Dies kann bei Kindern mit Behinderung individuell zugeschnittene Leistungen beinhalten, die über das »üblicherweise erforderliche Bildungsangebot« hinausgehen und auch das Erlernen von lebenspraktischen Fertigkeiten und sozialen Fähigkeiten mitumfassen (vgl. oben, Rz. 48 ff.).

- 54 Daran ändert auch nichts, dass die Trennung von schulischen und ausserschulischen Leistungen nach der Gesetzgebung des Kantons Bern *bewusst* erlassen wurde,¹³⁵ vermag sie die verfassungsrechtlichen Vorgaben des diskriminierungsfreien, unentgeltlichen Grundschulunterrichts nicht zu übersteuern. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten unabhängig davon, wer im Kanton für die Anordnung der stationären Unterbringung zuständig ist oder ob der Kanton die Finanzierung und Aufsicht des Unterrichts und der stationären Unterbringung «klar und bewusst trennt».¹³⁶ Auch unerheblich ist, ob der Kanton die stationäre Unterbringung als «eigenständige Förder- und Schutzmassnahme»¹³⁷ versteht. Wenn eine Schutz- und Fördermassnahme in den Schutzbereich des unentgeltlichen Grundschulunterrichts fällt, weil sie einen ausreichenden Grundschulunterricht erst ermöglicht, dann hat diese auch unentgeltlich zu sein. Der Kanton hat dafür zu sorgen, dass dies sichergestellt wird.

2.3.5 Einzelfallprüfung vs. Ausnahmetatbestand der Schulweglänge

2.3.5.1 Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung

- 55 Während bei Schüler*innen ohne Behinderung eine einzelfallabhängige Prüfung nur ausnahmsweise zum Zug kommt und der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht «im Allgemeinen mit der Einstufung in die angemessene Schulstufe und -art erfüllt ist»,¹³⁸ ist dies bei Kindern mit Behinderungen anders: Bei Kindern mit einer Behinderung «regelmässig eine **umfassende und einzelfallspezifischen**

¹³⁵ So GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 12.

¹³⁶ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 13.

¹³⁷ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 13.

¹³⁸ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 348.

Konkretisierung des Anspruchs nach Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 BV erforderlich».¹³⁹ Auch das Bundesgericht hält fest, dass im Bereich der Sonderschulung für Kinder mit Behinderung «**eine pauschale Regelung** [...] **nicht geeignet** [ist], um vorrangig dem Kindeswohl bzw. den allfälligen besonderen Umständen des Einzelfalles in geeigneter Weise Rechnung zu tragen».¹⁴⁰

- 56 Dies ergibt sich bereits aus der Anforderung an eine bedürfnisangepassten Grundschulbildung (vgl. oben, Rz. 26 und 42 ff.) und dem Verhältnismässigkeitsprinzip als Untermassverbot (vgl. oben, Rz. 32). Ohne die besonderen Bedürfnisse von Schüler*innen mit Behinderung zu kennen, ist es auch nicht möglich, zu eruieren, was für behinderungsbedingte Nachteile sie aufweisen und welches die Massnahmen sind, um diese auszugleichen und einen diskriminierungsfreien Zugang zu einem ausreichenden Grundschulunterricht zu gewährleisten. Wird im Einzelfall nicht geprüft, wie sich die Behinderung auf den Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht auswirkt und welche Folgen sich daraus ergeben, werden Betroffene nach einem bestimmten Schema behandelt, weshalb eine **Verletzung des Verbots der Stereotypisierung** vorliegt.¹⁴¹
- 57 Vor diesem Hintergrund ist GÄCHTER/VON ALLMEN dezidiert zu widersprechen, dass von einer Einzelfallprüfung bei der Frage nach einem zumutbaren Zugang zum Grundschulunterricht für Kinder mit Behinderung abgesehen werden kann, weil eine solche «nicht praktikabel» bzw. «umständlich» und «zeitintensiv» sei.¹⁴² **Eine Einzelfallprüfung ist erforderlich**, um zu eruieren, ob eine stationäre Unterbringung zum ausreichenden Unterricht gehört und dazu dient, behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen. Der Staat hat die dafür erforderlichen finanziellen, organisatorischen, personellen und infrastrukturellen Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Finanzielle Erwägungen können nicht rechtfertigen, dass den Grundschüler*innen – auch jenen mit Behinderung – kein ausreichender Grundschulunterricht gewährt wird.¹⁴³

2.3.5.2 Individuelle Bedarfsabklärung betr. Sonderschulung gemäss Volksschulgesetzgebung

- 58 Die Ausführungen von GÄCHTER/VON ALLMEN betr. fehlende Praktikabilität und Umständlichkeit einer Einzelfallprüfung¹⁴⁴ erstaunen umso mehr als die Berner Volksschulgesetzgebung eine **individuelle Bedarfsabklärung** vorsieht, anhand derer festgestellt wird, ob eine besondere Fördermassnahme, z.B. eine stationäre Unterbringung in einer besonderen Volksschule, notwendig ist, weil das Kind ansonsten «mit dem Regelschulangebot nicht ausreichend geschult werden kann» (Art. 21a Abs. 1 und Art. 21f VSG). Nach Art. 21c VSG und Art. 4 ff. VSV¹⁴⁵ erfolgt eine einzelfallspezifische Abklärung des

¹³⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 348; vgl. auch CORPU/NAGUIB, Handbuch Diskriminierungsrecht, Rz. 274; AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 126 ff.

¹⁴⁰ BGE 141 I 9, E. 5.3.5.

¹⁴¹ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 111.

¹⁴² GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 16. Demgegenüber plädieren JÄGER/GEIGER, Rz. 160 (S. 55) für eine Härtefallklausel, welche eine Einzelfallprüfung bedingt.

¹⁴³ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 349.

¹⁴⁴ GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 16.

¹⁴⁵ Volksschulverordnung (VSV), BSG 432.211.1.

Sonderschulbedarfs anhand des standardisierten Abklärungsverfahrens SAV.¹⁴⁶ Dieses hat die Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektorinnen und -direktoren (EDK) als Instrument des Sonderpädagogik-Konkordats entwickelt.¹⁴⁷ Mit dem SAV «wird der individuelle Bildungs-, Entwicklungs- und Förderbedarf des Kindes im Kontext seines privaten, familiären, sozialen und schulischen Umfelds umfassend ermittelt» (Art. 5 VSV¹⁴⁸). Dadurch wird festgestellt, ob Kinder «mit dem Regelschulangebot nicht ausreichend geschult werden können» und daher ein besonderes Volksschulangebot besuchen sollen (Art. 21a Abs. 1 VSG). Zu diesem Angebot gehört auch die «Unterbringung in einer besonderen Volksschule» (Art. 21f VSG). Im Rahmen des SAV wird also ermittelt, ob ein Bedarf an stationärer Unterbringung besteht, um eine ausreichende Schulung zu ermöglichen.

- 59 Dieses Abklärungsverfahren (oder eine äquivalente Abklärung im Rahmen eines Fachberichts) könnte ohne Weiteres die Grundlage für eine einzelfallspezifische Prüfung dienen, ob die stationäre Unterbringung für eine ausreichende Grundschulbildung notwendig ist. Wird aufgrund der Bedarfsabklärung nach der Volksschulgesetzgebung festgestellt, dass ein Kind eine stationäre Unterbringung benötigt, damit eine ausreichende Schulung sichergestellt werden kann, ist damit auch festgestellt, dass die Unterbringung schulermöglichenden Charakter hat. Entsprechend kann ohne die stationäre Unterbringung der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht nicht sichergestellt werden.¹⁴⁹ Dass dieselbe Leistung nach dem KFSG sodann aber als «ausserschulische Leistung» betrachtet und von der Unentgeltlichkeit ausgenommen ist, widerspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

2.3.5.3 (Einziger) Ausnahmetatbestands der Schulweglänge

- 60 Wie ausgeführt, kennen KFSG und KFSV lediglich einen Ausnahmetatbestand, der von der Kostenbeteiligung befreit: Gemäss Art. 34 KFSG besteht keine Beteiligungspflicht, wenn der Schulweg zu lange ist (zwei Stunden für Kinder unter zwölf Jahre und drei Stunden für Kinder ab zwölf Jahren). Dass allein aufgrund der Schulweglänge von der Kostenbeteiligung abgesehen wird, ist **nicht vereinbar mit der Garantie auf unentgeltlichen Grundschulunterricht**:
- 61 Eine Leistung ist immer dann von der Garantie auf unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst, wenn sie entweder erst einen **inhaltlich ausreichenden** Grundschulunterricht ermöglicht oder den **Zugang** zu diesem erst gewährleistet (vgl. oben, Rz. 25 ff.). Wenn eine stationäre Unterbringung also einen derart schulermöglichenden Charakter hat, dann ist sie auch vom Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht gedeckt. Ob dies der Fall ist, *kann* an der Länge des Schulwegs liegen, doch gibt es

¹⁴⁶ Art. 21c Volksschulgesetz (VSG), BSG 432.210; Art. 4 ff. Verordnung über das besondere Volksschulangebot (BVS), BSG 432.282.

¹⁴⁷ REGIERUNGSRAT DES KANTONS BERN, Bericht Sonderpädagogik, S. 28. Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 1 lit. c Sonderpädagogik-Konkordat; vgl. auch: < <https://www.sz.ch/themen/sav> > (zuletzt besucht am 28.8.2023).

¹⁴⁸ Verordnung über das besondere Volksschulangebot (BVS), BSG 432.282.

¹⁴⁹ Selbst wenn die Behörden davon ausgingen, dass die Frage des schulermöglichenden Charakters der stationären Unterbringung zusätzlich geprüft werden müsste, dann dürfte dies angesichts der umfassenden Bedarfsabklärung mit beschränktem Aufwand zu bewerkstelligen sein.

zahlreiche andere Konstellationen, in denen eine stationäre Unterbringung schulermöglichenden Charakter hat. Einige Beispiele sollen dies illustrieren:

- Der Schulweg kann aus einem behinderungsbedingtem Grund unzumutbar sein, z.B. weil aus medizinischen Gründen ein täglicher Transport überhaupt nicht möglich ist (z.B., weil das Kind beim Transport regelmässig erbrechen muss oder hyperventiliert) oder zu unzumutbaren Erschwernissen führt. Bei Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung kann bereits ein kurzer Schulweg zu lange sein oder auch die Häufigkeit (täglicher Schulweg bzw. Wechsel zwischen Schule und Zuhause) kann zu unzumutbaren Belastungen führen (z.B. kann eine Behinderung eine besonders reizarme Umgebung erforderlich machen, da sonst körperlich oder psychische Belastungen auftreten oder der Transport und insbesondere auch die Übergänge von zuhause in den Schulbus und in das Klassenzimmer zu Komplikationen und fehlender Konzentration und Aufnahmefähigkeit während des Unterrichts führen). Dasselbe gilt, wenn das Kind behinderungsbedingt auf ein Transportunternehmen angewiesen ist, sich aber kein Transportunternehmen finden lässt, das die Beförderung übernimmt (z.B. können Kinder mit Autismus durch äussere Reize mit Verhaltensauffälligkeiten reagieren, die einen Transport verunmöglichen).
- Eine stationäre Unterbringung kann auch angezeigt sein, wenn es darum geht, Kindern mit Behinderung lebenspraktische Fähigkeiten oder soziale Kompetenzen beizubringen, die sie im Rahmen des Regelunterrichts oder zuhause nicht erlernen können. Ein Beispiel hierfür wären Kinder mit einer Hörbehinderung, die hörende Eltern haben. Diese Kinder benötigen ein (Übungs-)Umfeld für das Erlernen sozialer Fähigkeiten und Fertigkeiten (Umgangsformen, Teamfähigkeit, Lippenlesen, Gebärdensprache). Die Zeit im Schulzimmer reicht dafür oft nicht aus und es fehlt das Übungsfeld mit Peers. Zudem sind die Eltern teilweise nicht fähig, das entsprechende Übungsfeld oder gezielte Fördermassnahmen bereitzustellen (z.B. im Umgang mit Technologien, welche für die Kommunikation mit einer Sinnesbehinderung erforderlich sind).
- Schliesslich kann es auch sein, dass das betreffende Kind eine Sonderschulung benötigt, diese aber (vorübergehend oder dauerhaft) nicht in einem ambulanten, sondern nur in einem stationären Setting angeboten werden kann. Will der Staat seiner Pflicht, einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht zu garantieren, nachkommen, ist das Kind in der Einrichtung mit Sonderschulangebot einzuschulen. Nur so kann eine ausreichende Schulung ermöglicht werden.

62 Eine Entbindung von der Kostenbeteiligung, der einzig auf die Länge des Schulwegs abstellt, erscheint vor diesem Hintergrund zu eng und führt dazu, dass in zahlreichen Fällen der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht verletzt wird: Ist eine stationäre Unterbringung im Einzelfall schulermöglichend oder erforderlich, um einen ausreichenden Grundschulunterricht anzubieten, ist dies vom Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht gedeckt und muss folglich auch kostenneutral sein. Wenn für diese Fälle eine Kostenbeteiligung verlangt wird, der über die Kosten hinausgeht, die durch

die stationäre Unterbringung zuhause eingespart werden (vgl. oben, Rz. 29 f.), wird folglich die Garantie auf unentgeltlichen Grundschulunterricht verletzt.¹⁵⁰

- 63 In allen genannten Fällen von schulermöglicher stationärer Unterbringung geht es zudem darum, behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen und so einen diskriminierungsfreien Zugang zu einem ausreichenden Grundschulunterricht sicherzustellen (vgl. oben, Rz. 42 ff.). Um abzuklären, ob ein behinderungsbedingter Nachteil in Bezug auf einen ausreichenden Grundschulunterricht vorliegt, ist eine Einzelfallabklärung erforderlich. Ansonsten wird Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 BV verletzt (vgl. oben, Rz. 55 ff.). Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erachtet eine pauschale Regelung ohne Berücksichtigung des Einzelfalles als unzulässig (vgl. oben, Rz. 55). Art. 34 Abs. 1 KVSV stellt aber genau eine derart pauschale Regelung dar, die eine individuelle Abklärung der behinderungsbedingten besonderen Bedürfnisse ausschliesst, wenn es um die Frage der Unentgeltlichkeit geht. Nur die Länge des Schulwegs ist bei der Frage der Kostenbeteiligung bei stationärer Unterbringung massgeblich und wird entsprechend abgeklärt (Art. 34 Abs. 3 KVSV). Andere, allenfalls sonst noch vorliegende behinderungsbedingte Nachteile, die einem diskriminierungsfreien Zugang zu unentgeltlichem Grundschulunterricht entgegenstehen, werden bei der Frage nach Unentgeltlichkeit weder berücksichtigt noch abgeklärt. Damit verletzt Art. 34 Abs. 1 KFSV den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 BV.

2.3.6 Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots im Vergleich zu Kindern mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf?

- 64 Wie aufgezeigt, handelt es sich bei der schulermöglicher stationären Unterbringung eines Kindes mit Behinderung um eine kompensatorische Massnahme für Kinder mit Behinderung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 und Abs. 4 BV, welche vom unentgeltlichen Grundschulunterricht gedeckt ist (vgl. oben, Rz. 42 ff., insbesondere Rz. 43 zu den kompensatorischen Massnahmen). Folglich hat die stationäre Unterbringung unentgeltlich zu sein.
- 65 KFSG und KFSV unterscheiden jedoch nicht nach den Gründen für den Schutz- oder Förderbedarf. Entsprechend ist das KFSG «unabhängig davon anwendbar, ob die Förder- und Schutzleistungen primär auf Kinder mit einer Behinderung oder auf solche mit einem sozialpädagogischen Unterstützungsbedarf ausgerichtet sind.»¹⁵¹ «Ein Unterstützungsbedarf kann etwa aufgrund einer Behinderung oder aus psychosozialen Gründen gegeben sein.» (vgl. oben, Rz. 13).¹⁵² Dies führt zu einem **Spannungsverhältnis**, wenn für Kinder mit Behinderung (zur Beseitigung behinderungsbedingter Nachteile) eine stationäre Unterbringung kostenneutral erfolgt, während dies für Kinder mit anderweitiger Indikation nicht der Fall ist.
- 66 Hier ist zweierlei zu beachten: Zum einen gilt nach der hier vertretenen Ansicht **auch für Kinder mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf**, dass eine stationäre Unterbringung (oder eine

¹⁵⁰ Anderer Meinung GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 15 f., deren Ausführungen nach der hier vertretenen Meinung zu kurz greifen.

¹⁵¹ Vortrag KFSG, S. 10.

¹⁵² Vortrag KFSG, S. 12.

andere Leistung nach KFSG oder KFSV) unentgeltlich zu sein hat, wenn sie schulermöglichenden Charakter hat. Wie für Menschen mit Behinderung besteht auch für Kinder und Jugendliche ein besonderer Förderauftrag (Art. 11 BV), der im Grundrecht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht konkretisiert wird.¹⁵³

- 67 Zum anderen ist zu beachten, dass positive bzw. kompensatorische Fördermassnahme dem Gebot der Rechtsgleichheit nicht entgegenstehen, da sie das Gebot der Nichtdiskriminierung der Kinder mit Behinderung erst erfüllen, d.h. erst dafür sorgen, dass behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden.¹⁵⁴ Insofern haben sie unentgeltlich zu erfolgen (vgl. oben, Rz. 35, Rz. 42 ff.).¹⁵⁵ Ginge man aber davon aus, dass in der Gruppe der Kinder mit Unterstützungsbedarf eine eigentliche Privilegierung von Kindern mit Behinderung vorliege, die über die Beseitigung von behinderungsbedingten Nachteilen hinausgeht (was nach der hier vertretenen Ansicht für schulermöglichende stationäre Unterbringungen zu verneinen ist), dann wäre Folgendes zu beachten:
- 68 Eigentliche **Privilegierungen** sind verfassungsrechtlich nicht geboten, aber im Rahmen der Verhältnismässigkeit zulässig, wenn Personen, die neu benachteiligt werden nicht unzumutbar belastet werden. Die Privilegierung muss einen engen Konnex zur Benachteiligung aufweisen, die beseitigt werden soll und ein wirksames Gegengewicht dazu schaffen. Zudem muss die Privilegierung eine formell-gesetzliche Grundlage aufweisen.¹⁵⁶ Hier bestünde Handlungsbedarf des Gesetzgebers, damit die entsprechende formell-gesetzliche Grundlage geschaffen und Massnahmen getroffen würden, um die Belastung von Familien mit Kindern, die aus nicht behinderungsbedingten Gründe besonderen Unterstützungsbedarf aufweisen, auf ein zumutbares Mass zu beschränken. Solche Massnahmen könnten darin liegen, dass eine Härtefallregelung eingeführt wird, die es bei diesen Familien (unabhängig von der Länge des Schulweges) ermöglichen würde, die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und bei unzumutbarer Belastung von einer Kostenbeteiligung abzusehen. Eine derartige Härtefallregelung wird denn auch im Gutachten JÄGER/GEIGER empfohlen, jedoch weder im KFSG noch in der KFSV umgesetzt. 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. Dasselbe gilt, wenn angenommen wird, dass die unterhaltspflichtigen und

¹⁵³ SGK-BV, KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19 Rz. 25.

¹⁵⁴ SGK-BV, BISCHOF, Art. 8 Rz. 199 zu positiven Massnahmen des BehiG.

¹⁵⁵ Ob Leistungen nach KFSG und KFSV auch dann kostenneutral zu sein haben, wenn sie nicht schulermöglichenden Charakter haben (und damit unter Art. 19 BV fallen) aber eine kompensatorische Massnahme zur Beseitigung von behinderungsbedingten Nachteilen sind, kann hier nicht abschliessend beantwortet werden. Massgeblich ist dabei, dass eine tatsächliche und aktuelle Schlechterstellung in der Gesellschaft besteht (SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 29). Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass beispielsweise auch Entlastungsaufenthalte aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BV kostenneutral zu sein haben. In der Rechtsprechung gibt es Beispiele dafür, dass die Kostenneutralität von kompensatorischen Massnahmen mitumfasst ist. So hat z.B. das Berner Obergericht im Jahr 2013 entschieden, dass für den Anspruch auf einen Gebärdendolmetscher die dadurch verursachten Kosten nicht von der gehörlosen Person zu tragen sind (Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.11.2013, ZK 13 551; vgl. dazu auch SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 26).

¹⁵⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 74 f. und 77; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 29 f.



beistandspflichtigen Personen eines Kindes mit Behinderung nach Art. 36 KFSV durch einen Verzicht auf eine Kostenbeteiligung im Gegensatz zu Familien, deren Kind einen nicht-behinderungsbedingten Unterstützungsbedarf hat, privilegiert wird.

2.4 Fazit

- 69 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung nach KFSV den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht und – soweit es sich bei der stationären Massnahme um eine kompensatorische Massnahme zur Beseitigung von behinderungsbedingten Nachteilen handelt – auch das Diskriminierungsverbot verletzt. Eine stationäre Unterbringung hat immer dann unentgeltlich zu sein, wenn diese den Zugang zu einem angemessenen Grundschulunterricht ohne unzumutbaren Erschwernisse ermöglicht. Dazu gehört sowohl die (behinderungsbedingte) Unzumutbarkeit des Schulweges an sich als auch die (behinderungsbedingte) Unzumutbarkeit des Wechsels zwischen Zuhause, Transportmittel und Schule. Zudem ist eine stationäre Unterbringung dann vom unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst, wenn dadurch erst grundlegende Fähigkeiten und Fertigkeiten erlernt werden können, die für ein selbstbestimmtes Leben und eine Partizipation am gesellschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben erforderlich sind. Eine pauschale Regelung, welche keine Einzelfallprüfung zulässt, verletzt zudem das Diskriminierungsverbot.
- 70 Schulermöglichende stationäre Unterbringungen im soeben beschriebenen Sinne sind nach der hier vertretenen Meinung auch bei Kindern mit einem nicht-behinderungsbedingten Unterstützungsbedarf von der Garantie auf unentgeltlichen Grundschulunterricht erfasst.

3 Bemessung der Kostenbeteiligung

3.1 Einleitende Bemerkungen und Überblick

- 71 Falls im Grundsatz am System der Kostenbeteiligung ganz oder teilweise festgehalten wird, ist zu untersuchen, ob die Bemessung der Kostenbeteiligung rechtmässig ist. Die nachfolgenden Ausführungen haben folglich die Kostenbeteiligung zum Gegenstand unter Ausklammerung der Frage, ob diese im Lichte des unentgeltlichen Grundschulunterrichts an sich zulässig ist (was nach vorliegender Ansicht zu verneinen ist; vgl. oben Rz. 69).
- 72 Für die Bemessung der Kostenbeteiligung unterscheidet die Berner Gesetzgebung beteiligungspflichtige Personen (die Leistungsbezüger*innen und die unterhaltspflichtigen Personen), sowie weitere Personen, deren finanzielle Leistungskraft bei der Bemessung der Kostenbeteiligung angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 34 f. KFSG, Art. 32 f. und Art. 36 KFSV). Alle zusammen bilden die sog. wirtschaftliche Haushaltseinheit (Art. 36 KFSV).
- 73 Die wirtschaftliche Haushaltseinheit soll die Kosten nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (mit)tragen. Je nach massgeblichem Jahreseinkommen (vgl. Art. 37 und Art. 40 ff. KFSV) der

wirtschaftlichen Haushaltseinheit steigt die Kostenbeteiligung stufenweise und progressiv an (vgl. Anhang A3 und Anhang A4 der KFSV).

- 74 Nachfolgend wird zum einen die **wirtschaftliche Haushaltseinheit** untersucht. Namentlich soll geprüft werden, ob die Kostenpartizipation der Mitglieder der Haushaltseinheit rechtlich haltbar ist (vgl. nachfolgend Rz. 75 ff.). Zum anderen werden die **Bemessungsgrundlagen** untersucht. Hierbei geht es darum, dass die Bedeutung einzelner Bemessungsregeln geprüft und das Kostenbeteiligungsmodell an verfassungsrechtlichen Vorgaben geprüft wird. Abschliessend erfolgen einige praktische sowie vollstreckungs- und verfahrensrechtliche Überlegungen (vgl. nachfolgend Rz. 103 ff.).

3.2 Partizipation der Mitglieder der wirtschaftlichen Haushaltseinheit an den behinderungsbedingten Mehrkosten

- 75 Nachfolgend wird zunächst untersucht, ob die Mitglieder der wirtschaftlichen Haushaltseinheit aufgrund höherstehendem Recht zur Partizipation an den Kosten einer stationären Unterbringung verpflichtet werden dürfen (nachfolgend, Rz. 76 ff.). Zudem wird untersucht, ob die Partizipation an den behinderungsbedingten Mehrkosten vor dem Rechtsgleichheitsgebot standhält (nachfolgend, Rz. 99 ff.).

3.2.1 Die wirtschaftliche Haushaltseinheit

- 76 Beteiligungspflichtig sind gemäss Art. 34 und Art. 35 Abs. 1 KFSG die Leistungsbezüger*innen mit eigenem oder Vermögen und unterhaltspflichtige Personen (nachfolgend zusammen Beteiligungspflichtige oder beteiligungspflichtige Personen).
- 77 Die unterhaltspflichtigen Personen beteiligen sich «nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit» an den Kosten der bezogenen Leistungen (Art. 35 Abs. 1 KFSG). Dabei wird die finanzielle Leistungskraft von Personen, die gegenüber den Unterhaltspflichtigen gesetzlich zu Beistand verpflichtet sind sowie Personen, die mit diesen in gefestigter Lebensgemeinschaft stehen, «angemessen berücksichtigt» (Art. 35 Abs. 2 KFSG). Nach KFSV sind dies Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen und Konkubinatspartner*innen sowie minderjährige oder volljährige in Erstausbildung stehende Kinder unter 25 Jahren (nachfolgend gemeinsam Beistandspflichtige oder beistandspflichtige Personen). Sie alle formen zusammen die wirtschaftliche Haushaltseinheit (Art. 36 KFSV). Für die Bemessung der Kostenbeteiligung wird das massgebliche Jahreseinkommen der wirtschaftlichen Haushaltseinheit (mit einigen Abzügen) gesamthaft angerechnet (Art. 37 und Art. 39 ff. KFSV). Nachfolgend wird die Partizipation der Beitrags- und Beistandspflichtigen Personen separat untersucht.

3.2.1.1 Leistungsbezüger*in und unterhaltspflichtige Personen

- 78 Neben den **Leistungsbezüger*innen selbst** (d.h. den betroffenen Kindern) – sofern diese über eigenes Einkommen verfügen (Art. 34 KFSG) – haben sich **unterhaltspflichtige Personen** an den Kosten der Leistungen zu beteiligen (Art. 35 Abs. 1 KFSG). Sie sind die Schuldner*innen des Kantons für die Kostenbeteiligung.

- 79 Wer unterhaltspflichtig ist, bestimmt sich nach dem Zivilgesetzbuch¹⁵⁷:
- Aufgrund der Unterhaltspflicht der *Eltern* (Art. 276 ZGB),¹⁵⁸ sind diese grundsätzlich unterhaltspflichtig.
 - *Stiefeltern* sind nicht direkt dem Kind gegenüber unterhaltspflichtig. Vielmehr besteht eine Beistandspflicht gegenüber dem leiblichen Elternteil, wenn der Stiefelternteil mit dem leiblichen Elternteil verheiratet ist (Art. 159 Abs. 3, Art. 163 und Art. 278 Abs. 2 ZGB) oder in einer eingetragenen Partnerschaft lebt (Art. 13 PartG; vgl. dazu sogleich Rz. 81 ff.).¹⁵⁹ Die Unterhaltspflicht aus der ehelichen oder partnerschaftlichen Beistandspflicht begründet keinen direkten Anspruch des Stiefkindes.¹⁶⁰
 - Auch *Konkubinatspartner*innen* haben gegenüber dem Stiefkind keine Unterhaltspflicht.¹⁶¹
 - *Geschwister* des betroffenen Kindes sind diesem gegenüber ebenfalls nicht unterhaltspflichtig (vgl. Art. 328 Abs. 1 ZGB).
- 80 Davon geht auch der Berner Gesetzgeber aus. Im Vortrag zum KFSG sind allein die Eltern als unterhaltspflichtige Personen genannt.¹⁶²
- 3.2.1.2 Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen und Konkubinatspartner*innen der unterhaltspflichtigen Person
- 81 Neben den Beteiligungspflichtigen gehören auch diejenigen Personen zur wirtschaftlichen Hauhaltseinheit, die den Unterhaltspflichtigen gesetzlich zu Beistand verpflichtet sind oder mit dieser in gefestigter Lebensgemeinschaft leben (Art. 35 Abs. 2 KFSG). Art. 35 Abs. 2 KFSG sieht also zwei Kategorien von Personen vor, deren finanzielle Leistungskraft berücksichtigt werden darf: Massgeblich sind zum einen Personen mit einer **gesetzlichen Beistandspflicht** und zum anderen Personen **in gefestigter Lebensgemeinschaft** gegenüber bzw. mit der unterhaltspflichtigen Person.
- 82 Art. 36 KFSV konkretisiert diese Kategorien dahingehend, dass die finanzielle Leistungskraft von Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen und Konkubinatspartner*innen (ab zwei Jahren Zusammenleben oder bei gemeinsamen Kindern) zu berücksichtigen (Art. 36 Abs. 2 lit. a-c KFSV; nachfolgend gemeinsam Partner*innen).¹⁶³

¹⁵⁷ Vortrag KFSG, S. 25.

¹⁵⁸ Vortrag KFSG, S. 25.

¹⁵⁹ BSK-BV, ISENRING/KESSLER, Art. 163 Rz. 6 und 20; ZK-PartG, WOLF/GENNA, Art. 13 Rz. 45 ff.

¹⁶⁰ BSK-BV, MAIER/SCHWANDER, Art. 159 Rz. 10; BSK-BV, FOUNTOULAKIS, Art. 278 Rz. 4; ZK-PartG, WOLF/GENNA, Art. 13 Rz. 51; BGE 120 II 285, E. 2b; BGE 126 III 353, E. 2/b/aa.

¹⁶¹ BSK-BV, FOUNTOULAKIS, Art. 278 Rz. 4.

¹⁶² Vortrag KFSG, S. 25.

¹⁶³ Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Partner*innen nicht Eltern der Leistungsbezüger*in sind, denn ansonsten würden sie als unterhaltspflichtige Person gelten.

83 Nachfolgend werden die zwei im KFSG genannten Kategorien (gesetzliche Beistandspflicht und gefestigte Lebensgemeinschaft) separat untersucht und es wird jeweils geprüft, ob die von der KFSV genannten Personengruppen unter diese Kategorien fallen bzw. (aufgrund höherstehendem Recht) fallen dürfen.

i. Gesetzliche Beistandspflichten

84 Zunächst wird untersucht, ob für die in Art. 36 KFSV genannten Partner*innen eine gesetzliche Beistandspflicht gegenüber der unterhaltspflichtigen Person besteht und was dies für die Kostenbeteiligung nach KFSV bedeutet:

- **Ehegatt*innen** schulden einander zwar Beistand,¹⁶⁴ allerdings nicht uneingeschränkt, wenn es um die Unterstützung für Stiefkinder geht. Hier hält Art. 287 Abs. 2 ZGB konkretisierend¹⁶⁵ fest, dass der Ehegatte «dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern *in angemessener Weise*¹⁶⁶ beizustehen» hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeutet dies u.a., dass Beistand nur geschuldet ist, wenn die leiblichen Eltern nicht ausreichend für den Kindesunterhalt aufkommen können (Subsidiarität).¹⁶⁷ Zudem darf der Unterhaltsbeitrag, den der Pflichtige dem Kind auszurichten hat, nicht höher ausfallen, als wenn er nicht verheiratet wäre (Kostenneutralität).¹⁶⁸ «Über die Beistandspflicht des Ehegatten soll der Unterhalt an das leibliche Kind des anderen Ehegatten nicht erhöht werden».¹⁶⁹

Wenn mit der gesetzlichen Beistandspflicht nach Art. 34 Abs. 2 KFSG diese Beistandspflicht nach ZGB gemeint ist, dann führt dies dazu, dass die finanzielle Leistungskraft von Ehegatt*innen und eingetragenen Partner*innen nie berücksichtigt werden kann. Ein Beispiel soll dies illustrieren: Wenn die Mutter eines Kindes mit Behinderung, das eine stationäre Unterbringung benötigt, CHF 100'000 an massgeblichem Jahreseinkommen verdient und die Kosten für die Unterbringung CHF 120'000 pro Jahr betragen, dann kann sie die *vollen* Kosten der Schulübernachtung nicht tragen. Die finanzielle Leistungskraft ihres Ehemannes dürfte folglich subsidiär berücksichtigt werden.¹⁷⁰ Da die Mutter aber nicht *mehr* bezahlen soll, als wenn sie nicht verheiratet wäre, müsste sie sich gemäss der Tabelle A4 im Anhang 4 der KFSV dennoch «nur» mit CHF 12'500 pro Jahr an den Kosten beteiligen. Dies entspricht der Kostenbeteiligung nach KFSV, wenn man ihr massgebliches Jahreseinkommen

¹⁶⁴ BSK-BV, MAIER/SCHWANDER, Art. 159 Rz. 10; BSK-BV, ISENRING/KESSLER, Art. 163 Rz. 6.

¹⁶⁵ BSK-BV, FOUNTOLAKIS, Art. 278 Rz. 4.

¹⁶⁶ Hervorhebung nicht im Original.

¹⁶⁷ BGer 5A_129/2019 vom 10.05.2019, E. 4.3.1; BGer 5A_352/2010 vom 29.10.2010, E 6.2.2; BSK-BV, FOUNTOLAKIS, Art. 278 Rz. 8.

¹⁶⁸ BGer 5A_129/2019 vom 10.05.2019, E. 4.3.1; BGer 5A_352/2010 vom 29.10.2010E 6.2.2; BSK-BV, FOUNTOLAKIS, Art. 278 Rz. 8.

¹⁶⁹ BSK-BV, FOUNTOLAKIS, Art. 278 Rz. 8.

¹⁷⁰ Allerdings könnte sie für die CHF 12'500 pro Jahr aufkommen, die bei einem massgebliche Jahreseinkommen von CHF 100'000 geschuldet wären (vgl. Anhang A4 der KFSV). Insofern kann auch die Ansicht vertreten werden, dass sie den Unterhalt ihres Kindes selbständig bestreiten kann und erst gar keine Beistandspflicht nach Art. 287 Abs. 2 ZGB greift.

(CHF 100'000) allein berücksichtigt. Aufgrund der gesetzlichen Beistandspflicht nach Art. 287 Abs. 2 ZGB können die finanziellen Verhältnisse von Ehegatt*innen folglich nicht berücksichtigt werden. Die gesetzliche Beistandspflicht deckt nur die Kostenbeteiligung, die sich bei alleiniger Berücksichtigung des Einkommens der Mutter ergeben würde (in casu also CHF 12'500).¹⁷¹ Es besteht zwar eine gesetzliche Beistandspflicht, doch kann diese nicht dazu führen, dass die Kostenbeteiligung progressiv steigt, wie dies die KFSV vorsieht. Die in der KFSV vorgesehene Kostenbeteiligung geht daher über die zivilrechtliche Beistandspflicht hinaus.

- Da die für die Ehe entwickelten Grundsätze der Beistandspflicht bezüglich des Stiefkindunterhaltes auch für **Paare in eingetragener Partnerschaft** gelten,¹⁷² kann für diese auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden. Die Beistandspflicht gemäss Partnerschaftsgesetz kann nicht dazu führen, dass durch die Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft von eingetragenen Partner*innen der Kostenanteil der unterhaltspflichtigen Person steigt.
- Das **Konkubinats** ist kein Institut des Familienrechts und es besteht keine gesetzlichen Beistandspflichten gegenüber der* Konkubinatspartner*in. Namentlich bestehen keine Beistandspflichten im Sinne von Art. 278 Abs. 2 ZGB.¹⁷³ Entsprechend kann die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Konkubinatspartner*innen nicht aufgrund einer «gesetzlichen Beistandspflicht» (Art. 35 Abs. 2 KFSG) berücksichtigt werden.

85 Zu beachten ist zudem, dass Art. 35 Abs. 2 KFSG nur die Partner*innen der *Unterhaltspflichtigen* nennt. Die finanzielle Leistungskraft der Partner*innen der *Leistungsbezüger*innen* darf nach der Konzeption des KFSG nicht berücksichtigt werden. Die wirtschaftliche Haushaltseinheit nach KFSV kann daher die Partner*innen der Leistungsbezüger*innen nicht mitumfassen, da dies ansonsten ein Verstoss gegen die gesetzlichen Vorgaben des KFSG darstellt.

ii. Gefestigte Lebensgemeinschaft

86 Nachfolgend wird geprüft, ob die Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft derjenigen Personen, die mit der unterhaltspflichtigen Person in «gefestigter Lebensgemeinschaft» leben im Lichte von höherstehendem Recht zulässig ist.

87 Nach Art. 122 Ab. 1 i.V.m. Art. 42 BV kommt dem Bund für das (materielle) Privatrecht eine umfassende Rechtsetzungskompetenz zu. Dem Kanton ist es (neben Übung und Ortsgebrauch) nur dann möglich, wirksam privatrechtlich zu legiferieren, wenn ein **Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechts** besteht (Art. 5 ZGB).¹⁷⁴ Diese Regelung lässt die Kompetenz der Kantone zum Erlass kantonalen öffentlichen Rechts grundsätzlich unberührt (Art. 6 Abs. 1 ZGB hat daher rein deklaratorischen Charakter).¹⁷⁵

¹⁷¹ Das bedeutet auch, dass auf die Vermögenswerte des Ehegatten zugegriffen werden könnte, wenn die Mutter nicht in der Lage wäre, den Betrag von CHF 12'500 zu begleichen.

¹⁷² Vgl. ZK-PartG, WOLF/GENNA, Art. 13 Rz. 51.

¹⁷³ BGE 129 I 1, E. 3.; BSK-BV, FOUNTOLAKIS, Art. 278 Rz. 6.

¹⁷⁴ KK-ZGB, PAFFINGER, Art. 5 Rz. 2 f.

¹⁷⁵ KK-ZGB, MARRO, Art. 6 Rz. 1.

Allerdings ist diese kantonale Kompetenz eingeschränkt, wenn das kantonale öffentliche Recht die zivilrechtliche Ordnung ergänzt.¹⁷⁶ Derartige kantonale Bestimmungen dürfen nur erlassen werden, wenn der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Ordnung geschaffen hat, mit der kantonalen Regelung ein schutzwürdiges öffentliches Interesse verfolgt wird und diese nicht gegen den Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstösst.¹⁷⁷

- 88 Vorliegend hat der Kanton mit der KFSV öffentliches Recht erlassen,¹⁷⁸ das die zivilrechtlichen Beistandspflichten von Partner*innen der unterhaltspflichtigen Person für den Unterhalt des Kindes ausweitet (vgl. oben, Rz. 84). Die Bestimmungen der KFSV sehen namentlich eine weitergehende Beistandspflicht vor, um die (behinderungsbedingten) Kosten für das Stiefkind bzw. das Kind der* Konkubinatspartner*in zu decken. Im Resultat bedeutet dies, dass über die KFSV eine Verwandtenunterstützungspflicht für Stiefkinder eingeführt wird: Faktisch (d.h. über die Beistandspflicht gegenüber der unterhaltspflichtigen Person nach KFSV) müssen die Stiefeltern den Unterhalt des Stiefkindes mittragen, auch wenn die unterhaltspflichtige Person beitragspflichtig (und damit Schuldner*in der Kostenbeteiligung) ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 KFSG). **Die Verwandtenunterstützung nach Art. 328 ZGB ist jedoch abschliessend** auf Verwandte in auf- und absteigender Linie beschränkt.¹⁷⁹ Stiefeltern sind nicht unterstützungspflichtig.¹⁸⁰ Da die bundesrechtliche Regelung nach ZGB abschliessend ist, ist die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung nach KFSG nicht vom Vorbehalt nach Art. 6 ZGB gedeckt und somit unzulässig. Sie widerspricht im Übrigen auch dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts. Es kann nicht angehen, dass das kantonale Recht die familienrechtlichen Beistandspflichten derart massiv ausweitet, wenn es um behinderungsbedingte Mehrkosten geht.
- 89 Daran ändert auch die **Praxis des Bundesgerichts im Bereich der bedarfsabhängigen Sozialleistungen** nichts, die eine Anrechnung von Einkommen und Vermögen von Ehegat*innen, eingetragenen Partner*innen und Konkubinatspartner*innen zulässt¹⁸¹. Einzugehen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf **BGE 129 I 1**, der im Gutachten JÄGER/GEIGER angeführt wird, um eine Kostenbeteiligung von Konkubinatspartner*innen zu rechtfertigen.¹⁸² Der Entscheid hält fest, dass es aus Rechtsgleichheitsgründen zulässig ist, wenn neben den Vermögensverhältnissen der Stiefeltern auch diejenigen von Konkubinatspartner*innen beigezogen werde, wenn es um die Frage der Anspruchsberechtigung auf

¹⁷⁶ KK-ZGB, MARRO, Art. 6 Rz. 6.

¹⁷⁷ Statt Vieler BGE 143 I 403, E. 7.1; vgl. BSK-BV, LARDELLI/VETTER, Art. 6 Rz. 10 m.w.H.

¹⁷⁸ JÄGER/GEIGER, Rz. 140.

¹⁷⁹ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 6; BRUNNER, Kap. 7 Rz. 07.15.

¹⁸⁰ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 6.

¹⁸¹ Das Sozialhilferecht kennt die sog. «Unterstützungseinheit» (für den Kanton Bern vgl. BKSE, Unterstützungseinheit, Kap. 1 ff. m.H. auf die gesetzlichen Grundlagen im Kanton Bern). Als Unterstützungseinheit gelten Ehepartner*innen oder eingetragene Partner*innen sowie die mit ihnen im gleichen Haushalt lebende minderjährige Kinder und Stiefkinder (WIZENT, Rz. 677). Für die Bemessung der Sozialhilfe wird ein pauschales Gesamtbudget erstellt, d.h. alle anrechenbaren Eigenmittel und alle anerkannten periodischen Ausgaben werden zusammengezählt und einander gegenübergestellt. Dies führt auch dazu, dass im Resultat die gesamte Familie entweder bedürftig oder nicht bedürftig und entsprechend anspruchsberechtigt ist (WIZENT, Rz. 680 f.). Für Konkubinate gilt der. sog. Konkubinatsbeitrag, d.h. auch das Einkommen und Vermögen von Konkubinatspartner*innen wird angerechnet (WIZENT, Rz. 691 ff.; BGE 142 V 513; BGE 141 I 153

¹⁸² JÄGER/GEIGER, Rz. 121 ff.

Alimentenbevorschussung geht. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auch auf die Berechnung der Prämienverbilligung von Krankenkassenprämien übertragen. Als Begründung für diesen Schritt führte das Bundesgericht an, die Leistungsarten (Alimentenbevorschussung und Prämienverbilligung) seien offensichtlich *analog*, da beide an eine *Bedürftigkeitsprüfung* anknüpften und subsidiär seien.¹⁸³

90 Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht auf die Leistungen nach KFSG und KFSV übertragen werden.¹⁸⁴ Denn bei diesen geht es gerade nicht um den Anspruch auf eine Leistung des Staates, die **an den persönlichen Bedarf anknüpft** oder der aufgrund einer **Bedürftigkeitsprüfung** erfolgt, sondern um eine Schuld bzw. eine Gegenleistung für eine Leistung des Staates (die stationäre Unterbringung), die als Kausalabgabe zu qualifizieren ist.¹⁸⁵ Der Bedarf der beteiligungspflichtigen Personen und deren Familie wird dabei nicht berücksichtigt. Vom massgeblichen Einkommen werden nur einige wenige (z.T. pauschale) Abzüge zugelassen (vgl. Art. 41 KFSV). Bedarfsleistungen und Abgaben sind unterschiedliche Leistungsarten.¹⁸⁶ Die Frage, wie viel eine Person aufgrund ihres Bedarfs an Sozialleistungen benötigt und erhält, ist eine andere als die Frage, in welchem Umfang sich eine Person am Unterhalt (im Resultat für das Stiefkind) beteiligen soll. Gerade die Bedürftigkeitsprüfung bzw. die Analogie von Leistungsarten ist für das Bundesgericht aber massgeblich, wenn es um die Anwendbarkeit der in BGE 129 I 1 entwickelten Rechtsprechung geht.¹⁸⁷

91 Wo BGE 129 I 1 und dem Gutachten JÄGER/GEIGER¹⁸⁸ hingegen zu folgen ist, ist dass die Beistandspflicht der* Konkubinatspartner*in jedenfalls nicht weiter gehen darf als diejenige für Ehegatt*innen und eingetragene Partner*innen. Da die Beistandspflicht für Stiefeltern (Konkubinatspartner*innen und eingetragene Partner*innen) aufgrund des Bundesrechts (Beistandspflicht und Verwandtenunterstützungspflicht nach ZGB und PartG; vgl. oben, Rz. 84) eingeschränkt ist, muss dies auch für Konkubinatspartner*innen der Fall sein.

¹⁸³ BGE 134 I 313, E. 5 f. und E. 5.6.1 f. besagt: « Les considérations qui sont à la base de cette jurisprudence [BGE 129 I 1], en particulier dans le domaine des prestations de l'aide sociale, peuvent être transposées en matière de subsides d'assurance-maladie, vu l'évidente analogie entre ces deux types de prestations. Dans un cas comme dans l'autre, *leur octroi est soumis à conditions de ressource*. Dans les deux domaines, les prestations sont régies, il est vrai à des degrés divers, par le principe de la subsidiarité par rapport à d'autres sources de revenus». Frei übersetzt: «Die Überlegungen, die dieser Rechtsprechung [u.a. BGE 129 I 1] insbesondere im Bereich der Sozialhilfeleistungen zugrunde liegen, können aufgrund der offensichtlichen Analogie zwischen diesen beiden Leistungsarten auch auf Krankenversicherungszuschüsse übertragen werden. In beiden Fällen ist die Gewährung von Leistungen an Bedürftigkeitsprüfungen geknüpft. In beiden Bereichen unterliegen die Leistungen - wenn auch in unterschiedlichem Masse - dem Grundsatz der Subsidiarität gegenüber anderen Einkommensquellen».

¹⁸⁴ Entgegen JÄGER/GEIGER, Rz. 121 ff.

¹⁸⁵ Vgl. unten, Rz. 119; so auch JÄGER/GEIGER, Rz. 140 ff.; GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 14.

¹⁸⁶ Vgl. nur BUNDESRAT, Bericht Einkommenseinbussen, S. 1, der klar zwischen Bedarfsleistungen (Sozialhilfe, Prämienverbilligung) und Abgaben (Steuern, Tarife für die familienergänzende Kinderbetreuung etc.) unterscheidet.

¹⁸⁷ BGE 134 I 313, E. 5.6.1.

¹⁸⁸ JÄGER/GEIGER, Rz. 119 ff.

iii. Zusammenfassung

92 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die kantonale Regelung (Art. 36 ff. KFSV), wonach die **finanzielle Leistungskraft von Partner*innen der unterhaltspflichtigen Person** bei der Bemessung der Kostenbeteiligung berücksichtigt wird, nicht zulässig ist. Über die gesetzliche Beistandspflicht nach ZGB oder PartG lässt sich die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Haushaltseinheit bzw. das (progressive) Kostenbeteiligungsmodell nach KFSV nicht rechtfertigen, da dies an der Subsidiarität und der Kostenneutralität scheitert. Eine gesetzliche Beistandspflicht besteht nur im Umfang der Kostenbeteiligung, die aufgrund der alleinigen Berücksichtigung des massgeblichen Einkommens der Unterhaltspflichtigen besteht. Eine Erweiterung der zivilrechtlichen Beistandspflichten ist unzulässig, da dies im Resultat zu einer gemäss ZGB ausgeschlossenen Verwandtenunterstützung führen würde und somit gegen höherstehendes Recht verstösst. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die eine umfassende Anrechnung von Partner*inneneinkommen bei bedarfsbasierten staatlichen Leistungen zulässt, ist vorliegend nicht anwendbar, da es sich bei der Kostenbeteiligung gerade nicht um eine bedarfsbedingte Leistung handelt. Konkubinatspartner*innen dürfen aus Rechtsgleichheitsgründen keine weitergehenden Beistandspflichten treffen, als diejenige der Stiefeltern (Ehegatt*innen und eingetragene Partner*innen).

93 **Partner*innen der Leistungsbezüger*innen** dürfen nicht im Rahmen der wirtschaftlichen Haushaltseinheit berücksichtigt werden, denn eine derartige Berücksichtigungspflicht sieht das Gesetz nur für die beistandspflichtigen Personen der Unterhaltspflichtigen vor (Art. 35 Abs. 2 KFSG). Ein darüber hinausgehender Einbezug von Personen (Partner*innen der Leistungsbezüger*innen) ist vom Gesetz nicht gedeckt.

3.2.1.3 In Erstausbildung stehende Kinder unter 25 Jahren

94 Führt man sich nochmals die beiden Kategorien in Art. 35 Abs. 2 KFSG vor Augen, die zu einer Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft bei der Kostenbeteiligungs Bemessung führen können (gesetzliche Beistandspflicht oder gefestigte Lebensgemeinschaft), gilt für die Kinder nach Art. 36 Abs. 2 lit. d KFSV Folgendes: Die in Erstausbildung stehenden Kinder der Unterhaltspflichtigen bis zu ihrem 25. Lebensjahr fallen nicht unter den Begriff der «gefestigten Lebensgemeinschaft» gemäss Art. 34 Abs. 2 KFSG, denn dieser Begriff beschreibt klassischerweise partnerschaftliche Verhältnisse. Demnach ist bei dieser Personengruppe lediglich zu prüfen, ob eine gesetzliche Beistandspflicht i.S.v. Art. 34 Abs. 2 KFSG besteht.

95 Kinder der Leistungsbezüger*innen kommen hier nicht in Frage, da das KFSG lediglich die Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft von Personen zulässt, die *der unterhaltspflichtigen Person gegenüber* zu gesetzlichem Beistand verpflichtet sind (Art. 35 Abs. 2 KFSG).

- 96 Für die Kinder der Unterhaltspflichtigen besteht diesen gegenüber eine gesetzliche Beistandspflicht,¹⁸⁹ die sich aus der **Verwandtenunterstützung** (Art. 328 Abs. 1 ZGB) ergibt. Allerdings greift diese nur, wenn die verwandtenunterstützungspflichtigen Personen (hier die Kinder der Unterhaltspflichtigen) leistungsfähig sind, d.h. in **günstigen Verhältnissen** leben. Das bedeutet, sie müssen über finanzielle Mittel verfügen, die es ihnen erlauben, «über die notwendigen Auslagen und die Bildung eines angemessenen Sparkapitals hinaus auch diejenigen Ausgaben tätigen zu können, die weder notwendig noch nützlich zu sein brauchen, zur Führung eines gehobenen Lebensstils jedoch anfallen, wie Ausgaben in den Bereichen Reisen, Ferien, Kosmetik, Pflege, Mobilität, Gastronomie, Kultur etc.»¹⁹⁰ Diese Leistungsfähigkeit ist Anspruchsvoraussetzung für die Verwandtenunterstützungspflicht.¹⁹¹ Die Verwandtenunterstützungspflicht kommt zudem nur dann in Betracht, wenn die bedürftige Person sich in einer **Notlage** befindet, d.h. wenn sie das zu ihrem eigenen Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft beschaffen kann.¹⁹² Dazu gehören u.a. auch Unterhaltspflichten.¹⁹³ Die **Obergrenze** des Anspruchs auf Verwandtenunterstützung bildet das sozialhilferechtliche Existenzminimum der verwandtenunterstützungsberechtigten Person.¹⁹⁴ Bei Unbilligkeit kann die Unterstützungspflicht ermässigt oder aufgehoben werden (Art. 329 Abs. 2 ZGB).
- 97 Für die Leistungen nach KFSG bedeutet dies, dass eine Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft des Kindes nach Art. 36 Abs. 2 lit. d KFSV nur dann in Frage kommt, wenn die genannten Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht erfüllt sind. Nur dann besteht eine «gesetzliche Beistandspflicht» i.S.v. Art. 35 Abs. 2 KFSG. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kindes widerspräche der kantonalesgesetzlichen Regelung und den bundesrechtlichen Vorgaben. Im Resultat bedeutet dies, dass die finanzielle Leistungskraft von Kindern kaum je Berücksichtigung findet: Zum einen müssen wohlhabende Verhältnisse vorliegen, wobei in erster Linie das Einkommen und Vermögen des Kindes zu betrachten ist, aber auch die Vermögensverhältnisse von Verwandten berücksichtigt werden kann.¹⁹⁵ Das Einkommen von Kindern in Erstausbildung nur in Ausnahmefällen entsprechend hoch sein. Lehrlingslöhne können z.B. regelmässig nicht mitberücksichtigt werden. Da eine Notlage der unterhaltspflichtigen Person vorliegen muss, damit das Kind überhaupt verwandtenunterstützungspflichtig wird (vgl. oben, Rz. 95), dürfte in vielen Fällen auch der Rückgriff auf Vermögenswerte von Verwandten nicht zu einer Verwandtenunterstützungspflicht führen. Massgebend sind jedoch in jedem Fall die Verhältnisse des Einzelfalles.¹⁹⁶ Eine pauschale Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wie in Art. 36 ff. KFSV vorgesehen, widerspricht den bundesrechtlichen Vorgaben.

¹⁸⁹ Nicht aber gegenüber dem Geschwisterkind, das Leistungsbezüger*in ist (vgl. oben, Rz. 79).

¹⁹⁰ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 15b; BGE 136 III 1, E. 4.

¹⁹¹ BGE 132 III 97, E. 3.2; BGer, 5C.186/2006 vom 21.11.2007, E. 3.2.

¹⁹² BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 9; BGE 136 III 1, E. 4.

¹⁹³ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 11.

¹⁹⁴ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 10; BGE 132 III 97, E. 2.4.

¹⁹⁵ BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 17b.

¹⁹⁶ BGE 136 III 1, 4 E. 4; 132 III 97; BSK-BV, KOLLER/EGGEL, Art. 328 Rz. 18.

- 98 Wie ausgeführt greift die Verwandtenunterstützungspflicht nur im Fall einer Notlage der unterhaltspflichtigen Person überhaupt und findet nach oben am sozialhilferechtlichen Existenzminimum ihre Begrenzung (vgl. oben, Rz. 95). Nach der Idee 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».¹⁹⁷ Mit anderen Worten darf überhaupt keine Notlage entstehen, die eine Verwandtenunterstützungspflicht erforderlich machen würde. Insofern lassen sich die kantonale Regelung und die bundesrechtlichen Vorgaben kaum miteinander vereinbaren.

3.2.2 Gleichheitsrechte

- 99 Wie oben ausgeführt (Rz. 40 f.) sind die unterhaltspflichtigen Personen qua Assoziation, d.h. aufgrund des besonderen Näheverhältnisses zum Kind mit Behinderung, vom Diskriminierungsverbot erfasst. Das Näheverhältnis der Partner*innen der Unterhaltspflichtigen ist weniger ausgeprägt, weshalb eine Diskriminierung qua Assoziation fraglich erscheint. Dennoch liegt mindestens eine **rechtserhebliche Ungleichbehandlung** nach dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) vor:
- 100 Das **Rechtsgleichheitsgebot** (Art. 8 BV) besagt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit zu behandeln ist. In vergleichbaren Verhältnissen muss eine rechtsgleiche Behandlung erfolgen.¹⁹⁸ Ungleichbehandlungen können diesfalls gerechtfertigt werden, wenn ernsthafte sachliche Gründe vorliegen.¹⁹⁹ Dabei muss u.a. ein verfassungs- bzw. grundrechtlich zulässiger Zweck verfolgt werden. Unsachliche oder unhaltbare Differenzierungskriterien sind unzulässig.²⁰⁰
- 101 Personen, deren Partner*in Mehrkosten für Massnahmen zu tragen haben, die aufgrund einer Behinderung notwendig erscheinen müssen sich in höherem Mass am Familienunterhalt beteiligen als Personen, deren Kinder keine besonderen Förder- oder Schutzmassnahmen benötigen. Denn die Beistandspflicht von Partner*innen gemäss KFSG und KFSV gehen weiter als diejenige nach ZGB und PartG (vgl. oben, Rz. 81 ff.). Die genannten Personen befinden sich in einer **vergleichbaren Situation**, nämlich in einer Lebensgemeinschaft mit Lebenspartner*in, deren Kind nicht das eigene leibliche Kind ist. Dasselbe gilt auch für die Kinder als Beistandspflichtige: Sie werden gegenüber Kindern mit Geschwistern ohne Behinderung (oder anderweitigen Unterstützungsbedarf) in vergleichbaren Verhältnissen ungleich behandelt.
- 102 Der einzige erhebliche Unterschied im Vergleich zu Familien, deren Kinder keinen besonderen Unterstützungsbedarf aufweisen, liegt in (behinderungsbedingten) besonderen Bedarf bzw. der

¹⁹⁷ Vortrag KFSV, S. 4.

¹⁹⁸ Statt Vieler SGK-BV, SCHWEIZER/Fankhauser, Art. 8 Rz. 22 m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁹⁹ Statt Vieler BGE 143 I 361, E. 5.1.; SGK-BV, SCHWEIZER/Fankhauser, Art. 8 Rz. 23. Das Bundesgericht prüft regelmässig, «ob eine an sich verfassungskonforme Rechtsnorm rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, bzw. ob sie Unterscheidungen unterlässt, obwohl sich diese sachlich aufdrängen» (SGK-BV, SCHWEIZER/Fankhauser, Art. 8 Rz. 23 m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).

²⁰⁰ SGK-BV, SCHWEIZER/Fankhauser, Art. 8 Rz. 23.

(gesundheitlichen) Verfassung der Leistungsbezüger*in, die besondere Leistungen erforderlich machen und damit zu Mehrkosten führen. Dies stellt aber **keinen hinreichend sachlichen Grund** für eine Ungleichbehandlung dar. Insbesondere reicht die Tatsache, dass Mehrkosten anfallen, nicht dafür aus, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Diese Mehrkosten sind gerade notwendig, um den verfassungsrechtlichen Auftrag, behinderungsbedingte Nachteile zu beseitigen und Chancengleichheit herzustellen, zu verwirklichen. Hierfür bestehen besondere Ansprüche auf Förderung (Art. 11 BV) und Beseitigung behinderungsbedingter Nachteile (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV).²⁰¹ Dem Förder- und Schutzbedarf der Betroffenen zu entsprechen, ist denn auch der Zweck des KFSG (vgl. dazu oben, Rz. 39 ff., Rz. 43).²⁰² Entsprechend besteht hier kein sachliches bzw. verfassungs- und grundrechtlich zulässiges Differenzierungskriterium, das die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.

3.3 Bemessungsgrundlagen

3.3.1 Überblick über die Bemessungsgrundlagen und Schwelleneffekte

- 103 Art. 34 Abs. 1 KFSG sieht vor, dass sich Leistungsbezüger*innen mit eigenem Einkommen oder Vermögen **«angemessen»** an den Kosten der von ihnen bezogenen Leistungen zu beteiligen haben. Unterhaltspflichtige Personen müssen sich demgegenüber nicht «angemessen», sondern nach Massgabe ihrer **wirtschaftlichen Leistungskraft** an den Kosten beteiligen (Art. 35 Abs. 1 KFSG). Hingegen darf die finanzielle Leistungskraft von Personen mit Beistandspflicht gegenüber den Unterhaltspflichtigen oder in gefestigter Lebensgemeinschaft mit diesen ebenfalls nur *«angemessen»* berücksichtigt werden.
- 104 Nach der Konzeption der KFSV ist für die Bemessung der Kostenbeteiligung das **gesamte massgebende Jahreseinkommen** der wirtschaftlichen Haushaltseinheit zu berücksichtigen, wobei sich diese auf die letzte rechtskräftige Veranlagungsverfügung oder Taxationseinschätzung der Steuerbehörden stützt (Art. 36 f. KFSV).²⁰³ Zum massgeblichen Jahreseinkommen gehören nicht nur Einkünfte aus Erwerbstätigkeit, sondern auch Familienzulagen, Renten, Unterhaltsleistungen, Ersatzehnekommen, Einkommen aus Vermögen, übrige Einkünfte sowie fünf Prozent des Reinvermögens (Art. 40 KFSV). **Abzugsberechtigt** sind geleistete Unterhaltsbeiträge, Kosten für die Tagesbetreuung für jedes im gemeinsamen Haushalt lebende Kind, Versicherungsbeiträge, Krankheits- und Unfallkosten sowie ein pauschaler Abzug von CHF 5'000 für jedes unterhaltsbedürftige Kind (Art. 41 KFSV).
- 105 Die Höhe der Kostenbeteiligung nach KFSV ist nach einem sog. **Stufenmodell** ausgestaltet: Für verschiedene Einkommenskategorien wird jeweils ein fixer Prozentsatz der Kostenbeteiligung festgelegt (Anhang A3 und A4 der KFSV).²⁰⁴

²⁰¹ Dass der Gesetzgebungsauftrag nach Art. 8 Abs. 4 BV mit dem Erlass des BehiG erfüllt ist, wie man JÄGER/GEIGER, Rz. 130 verstehen kann, ist zu widersprechen. Art. 8 Abs. 4 BV nimmt sämtliche Gesetzgeber in Bund, Kantonen und Gemeinden im Rahmen ihrer Kompetenzen in die Pflicht (SGK-BV, BISCHOF, Art. 8 Rz. 196).

²⁰² Vortrag KFSG, S. 2.

²⁰³ Für Selbständigerwerbende kann demgegenüber bis zu drei Jahren zurückgegangen werden: Art. 37 Abs. 2 KFSV. Auf die Situation von Selbständigerwerbenden wird nachfolgend nicht gesondert eingegangen.

²⁰⁴ Vgl. zur Definition des Stufenmodells: Bericht, Einkommenseinbussen, S. 4.

- 106 Ein Stufenmodell kann zu abrupten Einkommenseinbussen führen. Dies ist dann der Fall, «wenn ein leicht erhöhtes Erwerbseinkommen zu einem wesentlich geringeren frei verfügbaren Einkommen führt».²⁰⁵ Die Einkommenseinbusse ist folglich systembedingt. Die Einkommenseinbusse erfolgt, weil durch ein höheres Erwerbseinkommen die Kostenbeteiligung überproportional steigt, so dass im Resultat weniger frei verfügbares Einkommen vorhanden ist als bei einer Person, deren Kostenbeteiligung aufgrund eines geringeren Einkommens nach einer tieferen Stufe beurteilt wird. Diese abrupten systembedingten Einkommenseinbussen werden **Schwelleneffekt** genannt.²⁰⁶
- 107 Das Stufenmodell nach KFSV ist **progressiv** ausgestaltet und führt zu **starken Schwelleneffekten**: 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 %.²⁰⁷ Nachfolgend werden zunächst die Bemessungsgrundlagen (Einkünfte, Angemessenheit sowie das Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) untersucht (nachfolgend, Rz. 108 ff.). Sodann wird das Kostenbeteiligungsmodell nach KFSV an verschiedenen verfassungsrechtlichen Vorgaben gemessen (nachfolgend, Rz. 119 ff.). Schliesslich folgen praktische Überlegungen zur Nutzen-Kosten Relation und zu Durchsetzbarkeit des staatlichen Kostenbeteiligungsfordernings sowie verfahrensrechtliche Überlegungen (nachfolgend, Rz. 141 ff.).

3.3.2 Die Bemessungsgrundlagen im Einzelnen

3.3.2.1 Berücksichtigte Einkünfte

- 108 Gemäss Wortlaut von Art. 40 KFSV sind sämtliche Einkünfte der wirtschaftlichen Haushaltseinheit zu berücksichtigen, wenn es um die Bemessung der Kostenbeteiligung geht. Der Vortrag zur KFSV stellt aber klar, dass nicht steuerbare Einkünfte (Sozialhilfe, EL, Stipendien etc.) nicht berücksichtigt werden.²⁰⁸ Dies muss auch für weitere steuerfreie Einkünfte gelten, wie z.B. Genugtuungszahlungen oder Hilfenentschädigungen.

3.3.2.2 Angemessene Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungskraft

- 109 Nach der hier vertretenen Meinung ist das Kriterium der Angemessenheit nicht bereits erfüllt, wenn gewisse Abzüge vom massgeblichen Einkommen getätigt werden können (vgl. Art. 41 KFSV). Vielmehr der Begriff «angemessen» eine Abwägung im Einzelfall, in welchem Umfang das massgebliche Jahreseinkommen überhaupt berücksichtigt werden darf. Dies ergibt sich einerseits aus einer Auslegung des Begriffes «Angemessenheit»:

²⁰⁵ Bericht, Einkommenseinbussen, S. 4.

²⁰⁶ Bericht, Einkommenseinbussen, S. 4.

²⁰⁷ Bestätigt durch die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (DIJ), anlässlich Beantwortung der parlamentarischen Anfrage von Baumann und Lerch zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern: Parlamentarische Anfrage 29, S. 18.

²⁰⁸ Vortrag KFSV, S. 22.

- 110 Dass mit «angemessen» nicht die Abzüge vom massgeblichen Einkommen nach Art. 41 KFSV gemeint sein können, ergibt sich bereits aus der Formulierung, dass die «finanzielle Leistungskraft» angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 34 Abs. 2 KFSG): Da es sich bei den Abzügen nach Art. 41 KFSV mehrheitlich um grundlegende und notwendige Lebenshaltungskosten, wie Unfall- oder Krankheitskosten, Versicherungsbeiträge, geleistete Unterhaltsbeiträge (Art. 41 Abs. 1 KFSV) handelt, dürfen diese gerade nicht berücksichtigt werden, wenn es um die «finanzielle Leistungskraft» geht. Denn erst, was nach Abzug dieser Kosten übrigbleibt, stellt tatsächlich die finanzielle Leistungskraft dar. Entsprechend sind die Abzüge nach Art. 41 KFSV dem Begriff der finanziellen Leistungskraft inhärent. Dass diese nur «angemessen» zu berücksichtigen ist, geht daher zwingend darüber hinaus. **Grammatikalisch** bedeutet «angemessen» folglich zunächst einmal, dass das massgebliche Jahreseinkommen nicht «volle» Berücksichtigung finden darf.
- 111 Wird die Kostenbeteiligung **in systematischer Hinsicht** mit dem Unterhaltsrecht nach ZGB verglichen, bedeutet «angemessene» Beteiligung am Unterhalt des Kindes, dass dieser sich durch eine Gegenüberstellung von Bedarf und Einkommen ergibt, wobei das familienrechtliche Existenzminimum geschützt bleibt.²⁰⁹ Für die Beistandspflicht des Stiefelternteils gelten zudem die Grundsätze der Subsidiarität und der Kostenneutralität (vgl. oben, Rz. 84). Die vorliegende Kostenbeteiligung lässt eine Gegenüberstellung von Bedarf und Einkommen gerade nicht zu und enthält auch keinen Schutz des familienrechtlichen Existenzminimums. Vor diesem Hintergrund kommt dem Begriff «angemessen» jedenfalls die Funktion zu, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob das familienrechtliche Existenzminimum geschützt ist. Eine unabhängig vom konkreten Bedarf bestehende pauschale Kostenbeteiligung widerspricht dem Begriff «angemessen».
- 112 **Historisch** ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber verhindern wollte, dass es zu «schwerwiegenden Eingriffen in die Lebensqualität der ganzen Familie»²¹⁰ bzw. zu «erheblichen Einschränkungen der Lebensstellung»²¹¹ kommt. Die Familie soll nicht «an die wirtschaftliche Existenzgrenze» gebracht werden.²¹² Gerade dies kann durch das progressive und bedarfsunabhängige Kostenbeteiligungsmodell nicht gewährleistet werden. Die Kostenbeteiligung kann dazu führen, dass das Einkommen einer unterhaltspflichtigen Person durch die Kostenbeteiligung (unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft der Partner*in) weitgehend konsumiert oder sogar (bei sehr ungleichen Einkommensverhältnissen innerhalb der Lebensgemeinschaft) «überkonsumiert» wird. Generiert eine unterhaltspflichtige Person z.B. ein massgebliches Jahreseinkommen von CHF 50'000 und ihre* Konkubinatspartner*in ein solches von CHF 250'000, betrüge die Kostenbeteiligung gemäss KFSV 25 % von

²⁰⁹ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1356.

²¹⁰ Vortrag KFSG, S. 25.

²¹¹ Vortrag KFSV, S. 4.

²¹² Vortrag KFSV, S. 4. Diese Zielsetzung stimmt mit der Idee überein, dass durch die Inanspruchnahme von Wohnheimen oder anderen Institutionen, die der Förderung der Eingliederung invalider Personen dienen, das Existenzminimum verletzt wird. Diese Zielsetzung findet sich in Art. 7 des IFEG, das im Zuge der Kompetenzübertragung im Bereich der Sonderschulung vom Bund auf die Kantone erlassen wurde (vgl. BBl 2005 6029).

CHF 300'000, d.h. CHF 75'000.²¹³ Dadurch ist die beitragspflichtige Person nicht mehr in der Lage, ihren Lebensunterhalt selbständig zu bestreiten. Dies kann ohne Weiteres als erheblicher Eingriff in die Lebensstellung bezeichnet werden. Durch die Berücksichtigung von 5 % des Reinvermögens kann es dazu kommen, dass eine unterhaltspflichtige Person z.B. Grundeigentum verkaufen muss, was ebenfalls in vielen Fällen einen bedeutenden Eingriff in die Lebensqualität der Familie bedeuten dürfte. Auch setzt das vorliegende Kostenbeteiligungssystem negative Erwerbsanreize, was unterhalts- oder beistandspflichtige Personen dazu bewegen kann, ihre Erwerbstätigkeit aufzugeben oder zu reduzieren (vgl. dazu, unten, Rz. 134 ff.). Auch das kann einen bedeutenden Einfluss auf die Lebensqualität der Familie haben. Eine angemessene Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft bedeutet folglich, dass im Einzelfall zu prüfen, ist, ob die Lebensqualität der Familie erheblich beeinträchtigt ist.

- 113 Schliesslich dürfte es nicht dem **Sinn und Zweck** der Kostenbeteiligung entsprechen, dass sich Eltern von Kindern mit Behinderungen 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.
- 114 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Ausgestaltung der KFSV nicht den gesetzlichen Vorgaben betr. Angemessenheit (Art. 34 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 2 KFSG) entspricht. Eine Anpassung der KFSV ist daher angezeigt. Die Angemessenheit muss über die Abzüge hinaus Berücksichtigung finden. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass die Kostenbeteiligung der Unterhalts- und Beistandsregelung nach ZGB bzw. PartG angepasst wird. Dies würde auch berücksichtigen, dass eine Beistandspflicht, die über diejenige des ZGB hinausgeht, nicht zulässig (vgl. oben, Rz. 81 ff.) und aus Rechtsgleichheitsgründen problematisch erscheint (vgl. oben, Rz. 99 ff.).²¹⁴

3.3.2.3 Bemessung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

- 115 Das Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit konkretisiert in erster Linie das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und hängt eng mit der Verteilungsgerechtigkeit zusammen.²¹⁵ Nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip soll «jede Person entsprechend der ihr zur Verfügung stehenden Mittel an die Finanzaufwendungen des Staates beitragen».²¹⁶ Dem Gesetzgeber verbleibt ein grosser Gestaltungsspielraum, wie das Leistungsfähigkeitsprinzip auszugestalten ist. Allerdings muss dieses nicht nur grundrechtskonform, sondern auch sozialverträglich sein.²¹⁷ Das kommt auch im Vortrag zum KFSG zum Ausdruck, wonach die «Kostenpartizipation keinesfalls zu schwerwiegenden Eingriffen in die Lebensqualität der ganzen Familie führen» soll.²¹⁸

²¹³ Vgl. Anhang A4 der KFSV.

²¹⁴ JÄGER/GEIGER, Rz. 138, haben eine Härtefallklausel empfohlen, um eine im Einzelfall allenfalls fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder besondere Umstände im Einzelfall zusätzlich abzufedern. Der Berner Gesetzgeber ist dieser Empfehlung nicht gefolgt und hat keine entsprechende Härtefallklausel vorgesehen.

²¹⁵ BSK-BV, BEHNISCH, Art 127 Rz. 35.

²¹⁶ BGE 133 I 206, E. 7.1 betreffend Steuern.

²¹⁷ BGE 133 I 206, E. 7.4; BSK-BV, BEHNISCH, Art 127 Rz. 35.

²¹⁸ Vortrag KFSG, S. 25.

- 116 Die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung nach KFSV weist starke Schwelleneffekte auf (vgl. oben, Rz. 106 f.). Z.B. beträgt die Kostenbeteiligung bis zu einem massgeblichen Jahreseinkommen von CHF 55'000 CHF 0. Ab einem massgeblichen Jahreseinkommen von CHF 55'001 beträgt die Kostenbeteiligung CHF 2'700 pro Jahr.²¹⁹ Das bedeutet, dass bei fast identischem Einkommen (der Unterschied beträgt im Extremfall nur CHF 1) eine unterschiedliche Kostenbeteiligung greift. Dies widerspricht dem Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach Art. 35 Abs. 1 KFSG. Wirtschaftlich gleichgestellte Personen werden mit unterschiedlich hohen Abgaben belastet. Soll dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wie im KFSG festgehalten, entsprochen werden, müssten die Schwelleneffekte verhindert werden, was z.B. mit einem (linearen) Prozentmodell ermöglicht werden könnte.²²⁰
- 117 Zudem werden gemäss Art. 41 KFSV – im Gegensatz zur Einkommenssteuer – Abzüge nicht berücksichtigt, die einen Einfluss auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit haben. Dies gilt insbesondere für die Gewinnungskosten. Wird das Einkommen von beistandspflichtigen Personen i.S.V. Art. 35 Abs. 2 KFSG vollumfänglich angerechnet, ohne dass berücksichtigt wird, dass die Gewinnungskosten bei zwei erwerbstätigen Personen höher sind, widerspricht dies dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.
- 118 Im Resultat bedeutet dies, dass gemäss dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum einen Schwelleneffekte verhindert und zum anderen die Gewinnungskosten vom massgeblichen Jahreseinkommen in Abzug gebracht werden müssen. Das bestehende Modell der Kostenbeteiligung gemäss KFSV widerspricht dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und damit den Vorgaben des KFSG.

3.3.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben

3.3.3.1 Besteuerungsgrundsätze, Kosten- und Äquivalenzprinzip

- 119 Bei der Kostenbeteiligung nach KFSG und KFSV handelt es sich um eine **Kausalabgabe**, namentlich um eine Gebühr. Den Ausführungen des Gutachtens JÄGER/GEIGER kann in diesem Punkt gefolgt werden.²²¹ Die **Besteuerungsgrundsätze nach Art. 127 BV** sind auf Kausalabgaben nicht uneingeschränkt anwendbar.²²² Insbesondere findet sich für die Grundsätze nach Art. 127 Abs. 2 BV keine entsprechende Norm für Kausalabgaben. Allerdings finden allgemeine Verfassungsbestimmungen oder in der Rechtsprechung anerkannte verfassungsrechtliche Prinzipien, wie z.B. das Kostendeckungs-, Äquivalenzprinzip sowie das Verbot prohibitiver oder konfiskatorischer Bemessung der Abgabe Anwendung.²²³

²¹⁹ Vgl. Anhang A4 der KFSV.

²²⁰ «Bei einem Prozentmodell errechnet sich der Elternbeitrag aus einem bestimmten Prozentsatz des massgebenden Einkommens und steigt damit in Abhängigkeit des Einkommens stetig an. Dadurch ergeben sich keine Schwelleneffekte und im Idealfall auch keine negativen Erwerbsanreize.» (EHRLER/KNUPFER/BOCHSLER, S. 98).

²²¹ Vgl. dazu JÄGER/GEIGER, Rz. 140 ff.; GÄCHTER/VON ALLMEN, S. 14.

²²² BSK-BV, BEHNISCH, Art. 127 Rz. 17.

²²³ WYSS, S. 61 ff.

- 120 Nach dem **Kostendeckungsprinzip** dürfen die erhobenen Gebühren die Gesamtkosten des Gemeinwesens für die betreffenden Leistungen des Staates nicht oder höchstens geringfügig übersteigen.²²⁴ Dieser Grundsatz wird von KFSG und KFSV eingehalten, indem die Kostenbeteiligung auf die effektiven Kosten beschränkt ist.²²⁵
- 121 Das **Äquivalenzprinzip** besagt, dass – bezogen auf den konkreten Fall – die Abgabe zum objektiven Wert der Leistung (Kosten oder Nutzen) nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen darf. Es erscheint somit als «gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes».²²⁶ In der Lehre wird auch die Meinung vertreten, das Äquivalenzprinzip ergebe sich aus dem Willkürverbot.²²⁷
- 122 Es ist jedoch fraglich, ob das Äquivalenzprinzip vorliegend begrenzend wirkt, wie die im Gutachten GEIGER/JÄGER vertreten wird,²²⁸ denn das KFSG schreibt vor, dass sich die Kostenbeteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bemisst (Art. 35 Abs. 1 KFSG sowie Art. 36 ff. KFSV). Daher ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit massgebend und nicht der Nutzen oder die 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.²²⁹ Soll dem Äquivalenzprinzip vorliegend eine eigenständige Bedeutung zukommen, dann ist dieses im Lichte des Verbots konfiskatorischer Besteuerung zu betrachten (sogleich, Rz. 123 ff.).

3.3.3.2 Verbot konfiskatorischer Besteuerung (Art. 26 BV)

- 123 Das Verbot konfiskatorischer Besteuerung ergibt sich aus **der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)**. Art. 26 BV ist i.d.R. durch die Erhebung von Kausalabgaben nicht tangiert und das Verbot konfiskatorischer Besteuerung ist auch nicht direkt auf Kausalabgaben anwendbar.²³⁰
- 124 Allerdings kann der Eigentumsgarantie ein Verbot extremer Abgabebelastung entnommen werden. D.h. dass die Abgabehöhe (als Obergrenze) in Extremfällen zu beschränken ist.²³¹ Dafür, dass das Verbot konfiskatorischer Besteuerung vorliegend zur Anwendung gelangt, spricht auch, dass die Kostenbeteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bemisst und progressiv ausgestaltet ist. Obwohl es sich um eine Kausalabgabe handelt, stützt sich der Berner Gesetzgeber auf einen Bemessungsgrundsatz aus dem Steuerrecht (Art. 127 Abs. 2 BV). Der Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bringt

²²⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 Rz. 13; so o auch JÄGER/GEIGER, Rz. 153.

²²⁵ Vgl. Anhang A3 und A4 der KFSV.

²²⁶ BGE 126 I 180, E. 3a/bb; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 Rz. 19; so auch JÄGER/GEIGER, Rz. 157; WYSS, S. 72.

²²⁷ WYSS, S. 81.

²²⁸ JÄGER/GEIGER, Rz. 152.

²²⁹ Vgl. für dasselbe Argument betreffend KITA-Tarife: ANDERER, S. 17; vgl. im Allgemeinen zum Äquivalenz als Obergrenze: WYSS, S. 87.

²³⁰ WYSS, S. 64; BGE 105 Ia 134, E. 3a.

²³¹ WYSS, S. 64.

zum Ausdruck, dass die Ausgestaltung der Abgabe sich an den Grundrechten, wie der Eigentumsgarantie zu messen hat.²³²

- 125 Eine **konfiskatorischer Besteuerung** liegt vor, wenn durch die Abgaben die Vermögenswerte nach und nach aufgezehrt werden. Der abgabepflichtigen Person müssen diejenigen Mittel verbleiben, damit sie eine unabhängige Lebensgestaltung ermöglicht wird.²³³ Dass das verfügbare Einkommen nicht ausreicht, die Last der Steuern und Abgaben zu begleichen, wird vom Bundesgericht nur für eine verhältnismässig kurze Zeit zugelassen.²³⁴ Das Verbot konfiskatorischer Besteuerung schützt nicht nur das bestehende Vermögen in seiner Substanz, sondern gebietet auch, dass neues Vermögenswerte gebildet werden können.²³⁵
- 126 Vor diesem Hintergrund erscheint es unzulässig und **unverhältnismässig** i.S. des Äquivalenzprinzips, wenn durch die Höhe der Kausalabgabe die Vermögenswerte übermässig beansprucht werden, so dass es für die Begleichung der Steuern und Abgaben sowie für eine selbständige Lebensführung nicht mehr ausreicht. Genau dies geschieht aber mit der vorliegenden Kostenbeteiligung, was anhand von drei Beispielen illustriert werden soll.
- Generiert eine Mutter ein Jahreseinkommen von CHF 100'000 und ihr Konkubinatspartner (und Stiefvater des betroffenen Kindes) ein solches von CHF 250'000, betrüge die Kostenbeteiligung gemäss KFSV 25 % von CHF 350'000, d.h. CHF 87'500. Der Mutter verbleiben nur noch rund 12.5 % ihres Einkommens bzw. CHF 12'500²³⁶ (und dies wohlbemerkt ohne, dass sie einen Anspruch auf finanziellen Beistand ihres Konkubinatspartners nach ZGB hätte oder dass ihr eigener oder der Bedarf der Familie berücksichtigt worden wäre).
 - Wenn eine Mutter CHF 55'000 an Jahreseinkommen erwirtschaftet und ihre Ehegattin (Stiefmutter der Leistungsbezüger*in) CHF 50'000, beträgt die Kostenbeteiligung CHF 16'200 pro Jahr. Das entspricht 30 % des Einkommens der Mutter. Ihr verbleiben noch CHF 38'800.²³⁷
 - Verfügt das betroffene Kind selbst über Einkommen, dann muss dieses ab einem massgeblichen Jahreseinkommen von CHF 40'000 sogar 40 % der Kosten tragen.²³⁸
- 127 In diesen Fällen ist **eine selbständige Lebensführung nicht mehr möglich** und das Einkommen der betroffenen Mutter bzw. der* betroffenen Leistungsbezüger*in wird über Gebühr beansprucht. Und dies geschieht nicht etwa über einen relativ kurzen Zeitraum, sondern schlimmstenfalls über die gesamte

²³² BGE 133 I 206, E. 7.4.; BIAGGINI, Art. 127 Rz. 12.

²³³ MÜLLER/SCHEFER, S. 1040.

²³⁴ BGE 106 Ia 342; SGK-BV, VALLENDER/HETTICH, Art. 26 Rz. 34; vgl. auch BGE 143 I 73, E. 5.1, wonach eine längere Dauer einer starken steuerlichen Belastung als Indiz für eine konfiskatorische Besteuerung gewertet wird.

²³⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 Rz. 8; BGE 105 Ia 134, E. 3a; BGE 143 I 73, E. 5.1.

²³⁶ Vgl. Anhang A4, KFSG.

²³⁷ Vgl. Anhang A4, KFSG.

²³⁸ Vgl. Anhang A3, KFSG.

Schulzeit der* Leistungsbezüger*in. Die Äufnung neuer Vermögenswerte wird verhindert. Das ist im Extremfall konfiskatorisch, mindestens aber unverhältnismässig.²³⁹

- 128 Die Situation wird noch klarer, wenn der **Grenzabgabesatz** an den Schwellen der unterschiedlichen Stufen der Kostenbeteiligung berücksichtigt werden. Bei der ersten Schwelle gemäss Anhang A4 der KFSV (d.h. bei CHF 55'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) beträgt der Grenzabgabesatz 247 504,5 %, bei der letzten Schwelle (d.h. bei 250'001 an massgeblichem Jahreseinkommen) sogar 1 250 025 %.²⁴⁰ Bei den Steuern beträgt die maximale Grenzsteuerbelastung 100 Prozent, «weil sonst dem Empfänger mehr als sein Mehreinkommen entzogen wird [...]. Das Verbot der konfiskatorischen Besteuerung greift freilich schon vor dem Erreichen des theoretisch möglichen Grenzsteuersatzes ein».²⁴¹ Übertragen auf den Grenzabgabesatz ist die massive Überschreitung von 100 % konfiskatorisch und in jedem Fall unverhältnismässig (i.S. des Verhältnismässigkeitsprinzips bzw. des Äquivalenzprinzips).

3.3.3.3 Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV)

- 129 Auch im Lichte von Art. 8 BV erscheint die Höhe der Kostenbeteiligung nicht zulässig: Wenn Personen mit fast identischem massgeblichen Jahreseinkommen – der Unterschied an der jeweiligen Schwelle beträgt lediglich einen Franken²⁴² – massiv unterschiedliche Abgaben tätigen müssen, widerspricht dies dem Grundsatz, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit zu behandeln ist (Art. 8 Abs. 1 BV).²⁴³
- 130 Sachliche bzw. vernünftige Gründe, welche diese Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich: Aus der Kostenbeteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, d.h. dass unterhaltspflichtige Personen in besseren wirtschaftlichen Verhältnissen sich auch stärker an den Kosten beteiligen sollen, folgt nicht zwingend ein progressives Abgabesystem und schon gar nicht eines, dass derart starke Schwelleneffekte aufweist, wie das System nach KFSV. Vielmehr haben der Bund und die SKOS, basierend auf mehreren Studien zu Schwelleneffekten empfohlen, dass Abgaben *linear* auszugestalten sind,²⁴⁴ z.B. in Form eines Prozentmodells.²⁴⁵ Der Grund dafür ist, dass Schwelleneffekte *inkohärent* sind, weil sie negative Erwerbsanreize setzen und dem Grundsatz «Arbeit muss sich lohnen» widersprechen. Sie sind ineffizient, weil sie Anreize setzen, staatliche Unterstützung in Anspruch zu

²³⁹ Nicht zu vergessen ist dabei auch, dass die Mutter beteiligungspflichtig ist, unabhängig davon, ob sie die finanziellen Mittel, die sie für ihren Lebensunterhalt benötigt bei ihrem Konkubinatspartner oder ihrer Ehegattin einfordern kann. Wie gesehen (oben, Rz. 84), besteht in der vorliegenden Konstellation keine finanzielle Beistandspflicht nach ZGB.

²⁴⁰ Bestätigt durch die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (DIJ), anlässlich Beantwortung der parlamentarischen Anfrage von Baumann und Lerch zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern: Parlamentarische Anfrage 29, S. 18.

²⁴¹ BGE 133 I 206, E. 8.2.

²⁴² Vgl. Anhänge A3 und A4 der KFSV.

²⁴³ Diese Formel wird in ständiger Rechtsprechung für die Umschreibung des Gleichheitsgebotes nach Art. 8 Abs. 1 BV verwendet: Vgl. nur BGE 141 I 153, E. 5.1.; BIAGGINI, Art. 8 Rz. 10.

²⁴⁴ Bericht Einkommenseinbussen, S. 8; EHRLER/KNUPFER/BOCHSLER, S. IX, 119.

²⁴⁵ «Bei einem Prozentmodell errechnet sich der Elternbeitrag aus einem bestimmten Prozentsatz des massgebenden Einkommens und steigt damit in Abhängigkeit des Einkommens stetig an. Dadurch ergeben sich keine Schwelleneffekte und im Idealfall auch keine negativen Erwerbsanreize.» (EHRLER/KNUPFER/BOCHSLER, S. 98).

nehmen, anstatt die Kosten des Lebensunterhaltes über eigene Erwerbstätigkeit zu decken.²⁴⁶ Die Ungleichbehandlung, die an den Schwellen der unterschiedlichen Beteiligungsstufen besonders stark ist, kann also nicht mit der Beteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerechtfertigt werden.

- 131 Eine weitere Ungleichbehandlung besteht darin, dass nicht jeder Franken für alle beteiligungspflichtigen Personen nach KFSG und KFSV gleich mit der Abgabe belastet wird. 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. Demgegenüber wird z.B. bei der direkten Bundessteuer, jeder Franken gleich besteuert. Dieses System lässt es zu, dass trotz eines progressiven Systems keine Schwelleneffekte entstehen und die Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen sichergestellt ist. Daraus folgt, dass die Kostenbeteiligung nach KFSV angepasst werden muss, so dass jeder zusätzliche Franken auch gleichermassen mit der Abgabe belastet wird.

3.3.3.4 Eingriff das Recht auf Familienleben und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?

- 132 Die starken Schwelleneffekte akzentuieren sich, wenn bedacht wird, dass die wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Ehegatten*innen, eingetragenen Partner*innen und Konkubinatspartner*innen (nachfolgend kollektiv als «Partner*innen» oder «Lebensgemeinschaft» bezeichnet) mitberücksichtigt wird.²⁴⁷ Für alleinerziehende Elternteile steigt die Kostenbeteiligung massiv an, wenn sie durch die Neubegründung einer Lebensgemeinschaft in eine nächsthöhere Progressionsstufe gelangen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die starken Schwelleneffekte einen Eingriff in das **Recht auf Familienleben darstellen** (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK), da die Kostenbeteiligung Alleinerziehende davon abhalten könnte, eine neue Lebensgemeinschaft einzugehen.²⁴⁸
- 133 Da nach wie vor ein Grossteil der Mütter deutlich weniger arbeiten als Väter²⁴⁹ und Alleinerziehende zu 80 % Frauen sind,²⁵⁰ stellt sich zudem die Frage, ob durch die Schwelleneffekte in Zusammenhang mit der Berücksichtigung des Partner*inneneinkommens eine **Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** vorliegt (Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 14 EMRK). Zudem ist zu beachten, dass sich bei einem progressiven System, bei dem das Partner*inneneinkommen angerechnet wird, insbesondere für Zweitverdienende negative Erwerbsanreize zeigen. Das zusätzliche Einkommen unterliegt eine deutliche höheren

²⁴⁶ SKOS, Schwelleneffekte, S. 1. Die SKOS spricht sogar davon, dass durch Schwelleneffekte die Legitimität des Sozialstaates gefährdet werde, der die Integration in den Arbeitsmarkt zum Ziel habe. Vgl. auch EHRLER/KNUPFER/BOCHSLER, S. 5 ff. zu neg. Erwerbsanreizen. Vgl. ebenfalls KNUPFER/BIERI, S. 102.

²⁴⁷ Vgl. zur Mitberücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Personen, die mit den Unterhaltspflichtigen in «gefestigter Lebensgemeinschaft» leben, oben, Rz. 81 ff.).

²⁴⁸ Dieselbe Frage stellt sich im Übrigen auch bei Eltern, die in gefestigter Partnerschaft leben: Hier stellt sich die Frage, ob die Ausgestaltung der Kostenbeteiligung dazu führt, dass der Druck auf Paare, sich aufgrund der hohen und über die gesamte Schulzeit anhaltende finanzielle Belastung zu trennen, (verfassungsrechtlich) zu hoch ist.

²⁴⁹ BFS, SAKE in Kürze 2021, S. 7; vgl. auch BFS, Erwerbsbeteiligung von Müttern und Vätern: < <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/vereinbarkeit-beruf-familie/erwerbsbeteiligung-muettern-vaetern.html> > (zuletzt besucht am 29.8.2023).

²⁵⁰ BFS, Bevölkerung: Panorama, 2020, S. 7.

Grenzabgabensatz als dies bei individueller Betrachtung der Fall wäre (hier würde die Progression bei null beginnen). Dies führt zu starken Anreizen für Zweitverdienende, gar nicht oder lediglich in sehr kleinem Pensum erwerbstätig zu sein. Ganz überwiegend trifft dieser Abhalteeffekt Frauen, die in einem Teilzeitpensum arbeiten. Man kann somit von einer sog. «Zweitverdienerinnenstrafe» sprechen.²⁵¹

i. Recht auf Familienleben

- 134 Soweit ersichtlich, sind diese Fragen im Zusammenhang mit Kausalabgaben noch nicht beantwortet worden. Im Bereich der sog. «Heiratsstrafe» im Steuerrecht ist das Bundesgericht mit seinem Urteil 2C_533/2021 vom 23. Juni 2023 jedoch von seiner alten Rechtsprechung²⁵² abgewichen, wonach die gemeinsame Veranlagung von Ehegatt*innen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 8 und Art. 14 EMRK²⁵³ fallen.²⁵⁴ Nach der neuen Rechtsprechung umfasst der **Begriff «Familienleben»** i.S. von Art. 8 EMRK «nicht nur soziale, moralische oder kulturelle, sondern auch wirtschaftliche Aspekte». Damit könnten auch «**wirtschaftliche Anreize**, die das Familienleben begünstigen und sich auf die Organisation desselben auswirken (z.B. Mutterschafts- oder Elternurlaub), in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen».²⁵⁵ *In casu* verneinte das Bundesgericht aber einen derartigen Eingriff.²⁵⁶
- 135 Das Familienleben schützt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor staatlichen Eingriffen, welche zur Trennung der Familie führen,²⁵⁷ d.h. das Zusammenleben verhindern.²⁵⁸ Wie dargelegt, können derartige Eingriffe auch wirtschaftliche Anreize sein.²⁵⁹ Zum persönlichen Schutzbereich gehört nicht nur die Kernfamilie (Eltern mit ihren minderjährigen Kindern), sondern auch andere familiäre Beziehungen, sofern sie genügend nah sind und tatsächlich gelebt werden.²⁶⁰
- 136 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. Verdient ein alleinerziehender Vater CHF 70'000 an massgeblichem

²⁵¹ OPEL/OESTERHELT, S. 22 f. für die gemeinsame Veranlagung von Ehegatt*innen im Steuerrecht.

²⁵² BGer A.366/1987 vom 10.3.1989, E. 2; BGer 2A.651/2004 vom 19. November 2004, E. 4.; BGer 2C_810/2015 und 2C_811/2015 vom 25. Januar 2017, E. 5.2 und 5.3.

²⁵³ Art. 14 EMRK ist lediglich akzessorisch, d.h. es verbietet Diskriminierung nicht allgemein, sondern nur hinsichtlich der in den übrigen Konvention und Zusatzprotokollen enthaltenen Rechte und Freiheiten. OPEL/OESTERHELT, S. 25.

²⁵⁴ Ungleichbehandlungen steuer- resp. vermögensrechtlicher Natur berührten nach Argumentation des Bundesgerichts Art. 8 EMRK («Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens») nicht, sondern falle höchstens unter die Eigentumsgarantie nach Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK. Da dieses Zusatzprotokoll von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist, trat das Bundesgericht auf die entsprechende Rüge nicht ein: BGer 2C_810/2015 und 2C_811/2015 vom 25.1.2017, E. 5.2 sowie E. 5.3. Zum Ganzen: OPEL, S. 187 f.

²⁵⁵ BGer 2C_533/2021 vom 23.6.2022, E. 10.2 unter Verweise auf EGMR, *Di Trizio gegen Schweiz*, vom 2. Februar 2016, Nr. 7186/09, Rz. 60 f. Vgl. zum Ganzen OPEL/OESTERHELT, S. 31 f. und 33 ff.

²⁵⁶ BGer 2C_533/2021 vom 23.6.2022, E. 10.2.

²⁵⁷ BGer 2C_533/2021 vom 23.6.2022, E. 10.1.

²⁵⁸ SGK-BV, BREITENMOSER, Art. 13 Rz. 43.

²⁵⁹ BGer 2C_533/2021 vom 23.6.2022, E. 10.2; OPEL, S. 31 f.

²⁶⁰ SGK-BV, BREITENMOSER, Art. 13 Rz. 43 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

Jahreseinkommen, dann steigt seine Kostenbeteiligung z.B. von CHF 4'550 pro Jahr auf CHF 22'500 an, wenn er eine Lebensgemeinschaft mit einer Person eingeht, die dasselbe massgebliche Einkommen aufweist.²⁶¹ Die «Kosten» einer neuen Beziehung belaufen sich folglich auf jährliche CHF 17'950 (für die gesamte Schulzeit), was das Familienbudget von insgesamt CHF 140'000 an massgeblichen Jahreseinkommen massgeblich belastet. 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.

ii. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

- 137 Die Frage, ob durch eine progressiv ausgestaltete Kausalabgabe unter Berücksichtigung des Partner*inneneinkommens eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, wurde bisher weder vom Bundesgericht noch vom EGMR beantwortet. Es besteht aber eine neuere **Rechtsprechung des EGMR im Bereich des Sozialversicherungsrechts**, die dafür spricht, dass eine Diskriminierung auch im Bereich des Abgaberechts vorliegen könnte: Wegleitend sind die Urteile *Trizio* gegen die Schweiz²⁶² sowie *Beeler* gegen die Schweiz.²⁶³
- Im Urteil *Trizio* gegen Schweiz hielt der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK aufgrund der sog. «gemischte Methode» bei der Berechnung des Invaliditätsgrades bei Teilzeitbeschäftigten, die insbesondere bei Frauen zum Verlust von Rechtsansprüchen führte, für eröffnet. Eine Rechtfertigung für diese indirekte Diskriminierung sah der EGMR nicht.²⁶⁴
 - Im Urteil *Beeler* gegen Schweiz sah der EGMR die AHV-rechtliche Schlechterstellung von Witnern gegenüber Witwen als Fall von (indirekter) Diskriminierung i.S.v. Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Dabei definierte der EGMR Faktoren, die für die Beurteilung einer Diskriminierung massgeblich sind: Dazu gehören das Ziel der Leistung, die Anspruchsvoraussetzungen, Berechnungsfaktoren und Beendigungsgründe aber auch die Auswirkung auf die individuellen Lebensumstände der betroffenen Person und auf deren Familienleben.²⁶⁵ Die Gründe für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts erfordere im Bereich der sozialen Sicherheit sehr gewichtige Gründe («*very weightly reasons*»)²⁶⁶.

²⁶¹ Vgl. Anhang A4 der KFSV.

²⁶² EGMR, *Di Trizio gegen Schweiz*, vom 2.2.2016, Nr. 7186/09.

²⁶³ EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen Schweiz*, vom 20.10.2020, Nr. 78630/12; EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen Schweiz*, vom 11.10.2022, Nr. 78630/12. Vgl. zum Ganzen OPEL/OESTERHELT, S. 32 ff.

²⁶⁴ EGMR, *Di Trizio gegen Schweiz*, vom 2.2.2016, Nr. 7186/09, Rz. 60 ff. sowie 88 ff.

²⁶⁵ EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen Schweiz*, vom 20.10.2020, Nr. 78630/12, Rz. 79, Rz. 104 ff.

²⁶⁶ EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen Schweiz*, vom 20.10.2020, Nr. 78630/12, Rz. 104 f.

- 138 In der Lehre wird die Meinung vertreten, **diese Rechtsprechung sei auf die Ehegattenbesteuerung anwendbar**.²⁶⁷ Demnach ist der Anwendungsbereich von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK eröffnet, wenn die Steuer zulasten der Zweitverdienenden und damit faktisch überwiegend zulasten von Frauen geht, indem sie diese von einer Erwerbstätigkeit abhält oder in ein tieferes Pensum drängen kann. Dass dies sich unmittelbar auf die Organisation des Familien- und Privatlebens auswirke, liege auf der Hand. Darin liege eine systematische Benachteiligung von Frauen, die alleine auf einem traditionellen Rollenverständnis (Alleinernährermodell) beruhe und daher nicht gerechtfertigt werden könne (namentlich seien keine «besonders gewichtigen Gründe im Sinne der EGMR-Rechtsprechung ersichtlich»).²⁶⁸ Im Bereich des Steuerrechts, wo die klassische Abwehrdimension im Zentrum stehe, dürfte die Anwendung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK sogar noch naheliegender sein als im Bereich der sozialen Sicherheit, wo staatliche Leistungsansprüche in Frage stehen.²⁶⁹
- 139 Diese Überlegungen können auch auf die vorliegend zur Debatte stehende Kausalabgabe übertragen werden. Auch hier sind primär Zweitverdienerinnen 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.
- 140 Ob diese Ungleichbehandlung anders als im Steuerrecht damit begründet werden kann, dass es sich gerade nicht um eine Steuer, sondern um eine Kausalabgabe für eine Gegenleistung des Staates handelt, ist zu bezweifeln: Denn erstens kann eine Kostenbeteiligung auch anders ausgestaltet werden als mit derart starker Progression mit Schwelleneffekten (vgl. dazu oben, Rz. 116). Es gibt also mildere Mittel (z.B. ein lineares System), die Frauen weniger stark betreffen als das vorliegende System der Kostenbeteiligung. Insofern ist das Modell der KFSV nicht verhältnismässig. Zweitens widerspricht dies auch der Zielsetzung des KFSG selber, dass mit der Kostenbeteiligung nicht «schwerwiegenden Eingriffen in die Lebensqualität» einhergehen sollen. Wenn KFSG und KFSV dazu führen, dass **systematisch Frauen als Zweitverdienerinnen benachteiligt werden**, ihre finanzielle Selbständigkeit durch die Reduktion oder die Aufgabe der Erwerbstätigkeit verlieren und damit potenziell (z.B. im Falle einer Trennung nach langjähriger Abwesenheit vom Arbeitsmarkt) sozialhilfeabhängig werden, lässt sich damit nicht vereinbaren.

3.3.4 Praktische Überlegungen zu Kosten und Nutzen, Verfahren und Durchsetzung der staatlichen Forderung

3.3.4.1 Kosten - Nutzen

- 141 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

²⁶⁷ OPEL/OESTERHELT, S. 35 f.; bestätigt durch BGer 2C_533/2021 vom 23.6.2022, E. 10.2.

²⁶⁸ OPEL/OESTERHELT, S. 35 f.

²⁶⁹ OPEL/OESTERHELT, S. 36.

Gemeinden getragenen Kosten für die stationäre Unterbringung.²⁷⁰ 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 (vgl. oben, Rz. 126 ff.). Nutzen und Kosten erscheinen aus diesen praktischen Überlegungen heraus als unverhältnismässig.

- 142 Dies wird noch verstärkt, wenn in Betracht gezogen wird, dass der Regierungsrat davon ausgeht, dass das neue System nach KFSG bei einem massgeblichen Jahreseinkommen von über CHF 100'000 bereits zu einer Mehrbelastung im Vergleich zum System vor dem KFSG führt.²⁷¹ Mag diese Zahl auf den ersten Blick hoch erscheinen, ist doch Folgendes zu bedenken: Wird dieses massgebliche Jahreseinkommen von zwei Personen erbracht, führt dies (bei 13 Monatslöhnen) bereits ab einem monatlichen Gehalt von CHF 3'847 pro Person zu einer Mehrbelastung als vor der Einführung des KFSG. Leben die Elternteile je in einer neuen Partnerschaft wird die Mehrbelastung bereits ab einem tieferen Einkommen erreicht. Das Kostenbeteiligungsmodell von KFSG und KFSV führt also nicht nur bei Grossverdiener*innen zu einer erhöhten finanziellen Belastung, sondern bereits ab einem monatlichen massgeblichen Einkommen von unter CHF 4'000.

3.3.4.2 Überlegungen zur Durchsetzung der staatlichen Forderung auf Kostenbeteiligung

- 143 Weitere praktische Überlegungen ergeben sich aus dem Betreibungsrecht. Falls die beitragspflichtigen Personen die geschuldete Kostenbeteiligung nicht bezahlen, ist der Staat auf Zwangsvollstreckung angewiesen, namentlich auf einen betreibungsrechtlichen Zugriff auf Vermögenswerte der beitragspflichtigen Person bis zu Tilgung der Schuld. Falls die Kostenbeteiligung höher ist als das massgebliche Jahreseinkommen der beitragspflichtigen Personen (aufgrund der Berücksichtigung der finanziellen Leistungskraft der übrigen Mitglieder der Haushaltseinheit), dann stellen sich vollstreckungsrechtlich folgende Schwierigkeiten:
- 144 Schuldner*innen der Kostenbeteiligung sind alleine die Leistungsbezüger*innen und die unterhaltspflichtigen Personen (Art. 34 f. KFSG), nicht die Partner*innen.²⁷² Gepfändet werden darf grundsätzlich nur, was der* Schuldner*in rechtlich gehört.²⁷³ Das bedeutet, dass beispielsweise nicht direkt auf Einkommen oder andere Vermögenswerte von Konkubinatspartner*innen von Schuldner*innen zurückgegriffen werden darf.²⁷⁴ Ehegatt*innen haften ebenfalls nur mit ihrem Vermögen (Art. 202 ZGB), was

²⁷⁰ Parlamentarische Anfrage 29, S. 18.

²⁷¹ Interpellation 221-2022: «Unterhaltspflichtige mit zwei Kindern und mit einem massgebenden Jahreseinkommen von 100 000 Franken beteiligen sich an den Kosten einer Vollzeitunterbringung etwa in gleichem Mass wie vor Inkrafttreten des KFSG, als die Beteiligung 30 Franken pro Tag betrug». Was über CHF 100'000 an massgeblichem Jahreseinkommen erwirtschaftet wird, führt demnach – nach den Berechnungen des Regierungsrates des Kantons Bern – im Vergleich zum früheren System zu einer Mehrbelastung.

²⁷² Auf die Sonderregelungen bei Betreuung von Ehegatt*innen, die in Gütergemeinschaft leben wird nachfolgend nicht eingegangen. Vgl. dazu: Art. 68a f. SchKG sowie SK-SchKG, PENON/WOHLGEMUTH, Art. 68a Rz. 1 ff. und A45. 68b Rz. 1 ff.

²⁷³ Statt Vieler: KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 675. Vgl. auch Art. 202 ZGB, wonach jeder Ehegatte für seine Schulden mit seinem gesamten Vermögen haftet.

²⁷⁴ Eine Ausnahme besteht bei Ehegatt*innen in Gütergemeinschaft: Vgl. dazu AMONN/WALTHER, § 21 Rz. 16 ff.

allerdings einen Anteil an der Errungenschaft mitumfasst (die u.U. von anderen Ehegatten erwirtschaftet wird).²⁷⁵

- 145 Pfändbar sind hingegen Forderungen der Schuldern*innen gegenüber Dritten. Diese Forderungen können sich auch aus dem Gesetz (z.B. aus den Bestimmungen des Eherechts) ergeben.²⁷⁶ Das bedeutet für die vorliegende Konstellation, dass die Vollstreckungsorgane für den nicht gedeckten Teil der Kostenbeteiligung auf die Vermögenswerte der* Partner*in zurückgreifen müssen (z.B. über eine Lohnpfändung). Dies ist nur möglich, wenn der Schuldner*in (die beteiligungspflichtige Person) überhaupt eine Forderung gegenüber der Partner*in zusteht.
- 146 Gegenüber der Konkubinatspartner*in hat die* Schuldner*in keine Forderung aufgrund des Gesetzes (keine finanziellen Beistandspflichten).²⁷⁷ Hier kann der Fehlbetrag der Kostenbeteiligung also per se nicht eingetrieben werden, ausser es läge eine Vereinbarung über eine Unterhaltsverpflichtung vor.
- 147 Bei Ehegatt*innen und eingetragenen Partner*innen besteht eine Beistandspflicht aufgrund des ZGB bzw. des PartG. In der Regel (d.h. wenn keine Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung oder -urteil den Umfang der Beistandspflicht bestimmt) ist die Höhe dieser Beistandspflicht materiell-rechtlich aber nicht festgelegt. Die Vollstreckungsorgane sind nicht befugt, die Höhe einer bestrittenen Forderung festzusetzen. Hier ist alleine das Zivilgericht zuständig.²⁷⁸ Dies stimmt auch mit Art. 173 Abs. 1 ZGB überein, nach dem das Gericht während des Zusammenlebens dafür zuständig ist, die Gelbeiträge an den Unterhalt der Familie festzulegen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass bei Bestreitung der Beistandspflicht gegenüber der Schuldner*in (oder deren Höhe) ein Zivilprozess erst klären muss, in welchem Umfang eine Forderung der Schuldner*in gegenüber ihrer* Partner*in besteht. Steht die Höher der Forderung (durch Urteil) fest, muss diese schlimmstenfalls bei der* Partner*in als Drittschuldner*in wiederum durch Zwangsvollstreckung eingetrieben werden. Die Partner*in kann sich diesfalls mit vollstreckungsrechtlichen Mitteln (z.B. Rechtsvorschlag) wehren.
- 148 Dies illustriert, dass die Durchsetzung einer Kostenbeteiligung, welche die Vermögenswerte der beitragspflichtigen Personen übersteigt, bei unkooperativen Beteiligten – wenn überhaupt – oftmals nur mit erheblichem Aufwand eingetrieben werden kann. Die Kosten dieser Verfahren dürften rasch den Fehlbetrag übersteigen. Dies wird noch dadurch akzentuiert, dass eine Lohnpfändung längstens für die Dauer eines Jahres erfolgen darf (Art. 93 Abs. 2 SchKG). Wird also der Lohn der* Partner*in gepfändet müsste dies – um den Fehlbetrag über die gesamte Schulzeit der Leistungsbeziehenden zu decken – wiederholt werden.

²⁷⁵ AMONN/WALTHER, § 21 Rz. 12.

²⁷⁶ SK-SchKG, FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 95a Rz. 7.

²⁷⁷ Vgl. JÄGER/GEIGER, Rz. 115 f.

²⁷⁸ BGE 110 III 20, E. 2; Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern vom 30. Oktober 2008, ABS 03 241, E. 12.

3.3.4.3 Weitere verfahrensrechtliche Überlegungen

- 149 Zum einen ist hier auf die Situation einzugehen, in der eine beitragspflichtige Person nach Abzug der Kostenbeteiligung auf die finanzielle Unterstützung ihrer* Partner*in angewiesen ist, um den eigenen Lebensunterhalt (und allenfalls denjenigen anderer Kinder, die nicht Leistungsbezüger*innen sind) zu bestreiten. Dies ist immer dann der Fall, wenn nach Abzug der Kostenbeteiligung vom eigenen massgeblichen Jahreseinkommen nicht genügend Mittel verbleiben, um den Lebensunterhalt zu bestreiten. Die beitragspflichtige Person ist in diesem Fall auf ihre* Partner*in angewiesen. Falls diese*r sich jedoch weigert, sich an den Kosten des Lebensunterhaltes zu beteiligen, wäre die beitragspflichtige Person gezwungen, den entsprechenden Betrag gerichtlich einzufordern. Die Kostenbeteiligung kann also beitragspflichtige Personen – aus existenzieller Not heraus – in gerichtliche Verfahren gegenüber ihren Angehörigen drängen. Mindestens aber kann aus der Kostenbeteiligung eine beträchtliche Abhängigkeit der beitragspflichtigen Personen von ihren Partner*innen entstehen; und zwar im Extremfall über den gesamten Zeitraum der Schulzeit der Leistungsbezüger*in. Ob dies vom Sinn und Zweck der Berner Gesetzgebung gedeckt ist, ist zumindest fraglich.
- 150 Zum anderen erscheint das KFSG und KFSV unklar, was den Klageweg anbelangt, wenn die beitragspflichtigen Personen mit der Berechnung der Kostenbeteiligung nicht einverstanden sind. Dass die Leistung diesfalls einfach nicht bezogen werden, kann nicht angehen, da es sich bei vielen Leistungen nach KFSG um kompensatorische Massnahmen handelt, die aufgrund des Diskriminierungsverbotes geboten sind (vgl. dazu oben, Rz. 43).
- 151 Art. 43 KFSV sieht vor, dass die zuständige Verwaltungseinheit den zivilrechtlichen Klageweg beschreiten muss, wenn die Kostenbeteiligung mit den Beitragspflichtigen nicht vereinbart werden kann. Gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung, gilt der zivilrechtliche Klageweg also nicht für die beitragspflichtigen Personen, sondern lediglich für die zuständige Verwaltungsstelle. Dass die Höhe der Kostenbeteiligung mittels Verfügung festgelegt wird, sehen KFSG und KFSV nicht vor. Der Gerichtsweg muss den beteiligungspflichtigen Personen aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) aber offenstehen. Ob dabei der klassische Weg des Verwaltungsverfahrens über eine anfechtbare Verfügung oder der zivilrechtliche Klageweg zu beschreiten ist, bleibt unklar. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre dies zu klären.

4 Beantwortung der Fragestellung – Schlussfolgerungen

4.1 Kostenbeteiligung: Verletzung des Anspruchs auf unentgeltlichen Grundschulunterricht und des Diskriminierungsverbotes

- 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 KFSV 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:

¹ 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.»

4.2 Bemessung der Kostenbeteiligung nach KFSV: Verstoss gegen höherstehendes Recht

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 I 1). 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 Grenzabgabensatz 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, das 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 Zweitverdienerinnen 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.

4.3 Abweichungen von den Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN und JÄGER/GEIGER

- 166 Bei den Aspekten, die von Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN und JÄGER/GEIGER überhaupt untersucht wurden, werden in vorliegendem Gutachten folgende wesentlichen Abweichungen vertreten:
- 167 Im Gegensatz zum Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN (S. 11 ff.) geht das vorliegende Gutachten davon aus, dass im Rahmen des unentgeltlichen Grundschulunterrichts für Kinder mit Behinderung nicht strikt zwischen schulischen Leistungen und Betreuungs- bzw. Verpflegungsleistungen unterschieden werden kann. Im Rahmen der Sonderschulung für Kinder mit Behinderung bzw. um behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen, kann der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht auch

weitergehende Fördermassnahmen, wie stationäre Unterbringungen mitumfassen. Diese haben unentgeltlich zu sein. Das heisst, dass den Beitragspflichtigen lediglich die Verpflegungskosten (von CHF 10-16 je nach Alter des Kindes) verrechnet werden darf. Dies gilt auch für Kinder mit nicht-behinderungsbedingtem Unterstützungsbedarf, sofern die stationäre Unterbringung schulermöglichenden Charakter hat.

- 168 Im Weiteren wird im Gegensatz zum Gutachten GÄCHTER/VON ALLMEN (S. 16) eine Einzelfallprüfung für unerlässlich erachtet, da nur so ermittelt werden kann, wie die behinderungsbedingten Nachteile im Bereich der Grundschulbildung zielführend kompensiert werden können. Dies ist auch nicht unpraktikabel oder zu umständlich, wie von GÄCHTER/VON ALLMEN vertreten, denn im Rahmen der Volksschulgesetzgebung findet eine Abklärung betreffend den Sonderschulbedarf ab. Dies kann dazu dienen, auch die Frage des schulermöglichenden Charakters einer stationären Unterbringung abzuklären. Die Ressourcen für diese Abklärung hat der Staat zur Verfügung zu stellen.
- 169 Entgegen der Ansicht von GÄCHTER/VON ALLMEN (S. 15 f.), hält der Ausnahmetatbestand von Art. 34 KFSV vor dem Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht nicht stand, denn dieser lässt unbeachtet, dass der diskriminierungsfreie Zugang zu einem angemessenen Grundschulunterricht auch aus anderen Gründen als der Schulweglänge beeinträchtigt sein kann. Die Kostenbeteiligung für schulermöglichende stationäre Unterbringung verletzt den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht.
- 170 In Abweichung vom Gutachten JÄGER/GEIGER (Rz. 108 ff.) wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Beistandspflicht, wie sie in der KFSV ausgestaltet ist, über die zivilrechtlichen Beistandspflichten hinausgeht, was höherstehendes Recht verletzt. Das massgebliche Jahreseinkommen von Ehegatt*innen, eingetragene Partner*innen und Konkubinatspartner*innen kann nach der hier vertretenen Ansicht auch nicht vollumfänglich berücksichtigt werden, sondern nur in den Grenzen der zivilrechtlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung des Rechtsgleichheitsgebots (im Vergleich zu Familien, deren Kind keinen besonderen Unterstützungsbedarf aufweist; entgegen JÄGER/GEIGER, Rz. 135 ff.). Insbesondere ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts, der eine Anrechnung des Einkommens von Stiefeltern und Konkubinatspartner*innen zulässt nicht auf die Leistungen nach KFSG anwendbar, da es sich bei der Berner Gesetzgebung nicht um bedarfsbedingte Leistungen handelt. Es fehlt an der für das Bundesgericht massgeblichen Analogie der Leistungen (entgegen JÄGER/GEIGER, Rz. 119 ff.).
- 171 Dem für Kausalabgaben massgeblichen Äquivalenzprinzip kommt entgegen der Ansicht von JÄGER/GEIGER (Rz. 152 und Rz. 157 ff.) neben dem Kostendeckungsprinzip keine eigenständige Bedeutung als Begrenzung der Abgabe zu. Diese gewinnt das Äquivalenzprinzip erst in Verbindung mit der Eigentumsgarantie. Dieser kann ein Verbot extremer Abgabebelastung entnommen werden, was die Kostenbeteiligung in gewissen Konstellationen als konfiskatorisch oder mindestens unverhältnismässig (i.S.d. Äquivalenzprinzips) erscheinen lässt.



Literatur und Materialien

Literatur

AESCHLIMANN-ZIEGLER ANDREA, Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung, Bern 2011.

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013.

ANDERER KARIN, Kinder mit Behinderungen in einer KITA. Wer bezahlt die Mehrkosten der familienergänzenden Betreuung für Kinder im Vorschulalter: die Gemeinwesen oder die Eltern?, Kurzgutachten zuhanden Procap Schweiz, 29. November 2021.

BERNER KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ (BKSE), Handbuch Sozialhilfe, Stichwort Kindesschutzmassnahmen nach KESG, KFSG und SHG sowie Kostenbeteiligung/Elternbeitrag, 26. Oktober 2022, <<https://handbuch.bernerkonferenz.ch/stichwoerter/stichwort/detail/kindesschutzmassnahmen-nach-kesg-kfsg-und-shg-sowie-kostenbeteiligungelternbeitrag/>> (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit: BKSE, Kindesschutz, Kap.).

BERNER KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ (BKSE), Handbuch Sozialhilfe, Stichwort Unterstützung von Ehegatten / eingetragenen PartnerInnen, 26. Oktober 2022, <<https://handbuch.bernerkonferenz.ch/stichwoerter/stichwort/detail/unterstuetzung-von-ehegatten-eingetragenen-partnerinnen/>> (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit: BKSE, Unterstützungseinheit, Kap.).

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2017.

BRUNNER ROLF, Die einzelnen Unterhaltsarten – Kapitel 7: Verwandtenunterstützung, in: Hausheer Heinz/Spycher Anette (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010.

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2018 (zit. KK-ZGB, AUTOR:IN, Art. Rz.).

EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: St Galler Kommentar, Art. 1-72, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2023. (zit.: SGK-BV, AUTOR:IN, Art. Rz.).

EHRLER FRANZISKA/KNUPFER CAROLINE/BOCHSLER YANN, Schwelleneffekte und negative Erwerbsanreize, Forschungsbericht Nr. 14/12, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Bern 2012.

GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP ET AL., Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. ZK-PartG, AUTOR:IN, Art. Rz.).

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Ehegüterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinat, 7. Auflage, Bern 2022.



KANTON BERN, Anwendung des Lehrplans 21 für Schülerinnen und Schüler mit komplexen Behinderungen in Sonder- und Regelschulen 1. August 2022, Abrufbar unter: <https://www.bvsa.bkd.be.ch/de/start/themen/lehrplan-bvsa.html> (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit: KANTON BERN, Anwendung Lehrplan 21).

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.

KNUPFER CAROLIN/BIERI OIVER, Steuern, Transfers und Einkommen in der Schweiz, in: SKOS (Hrsg.), Publikationen, Bern/Luzern 2007.

KNUPFER CAROLINE/PFISTER NATALIE/BIERI OLIVER, Sozialhilfe, Steuern und Einkommen in der Schweiz, in: SKOS (Hrsg.), Publikationen, Bern/Luzern 2007.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Schulthess Kommentar Prozess- und Vollstreckungsrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017.

MEIERHANS STEFAN/STOFFEL LUKAS, Massive Unterschiede bei den Elternbeiträgen für Kinder und Jugendliche in Sonderschulheimen, in: Newsletter Nr. 4/19 vom 28. August 2019, S. 2 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.

NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/COPUR EYLEM/STUDER MELANIE (Hrsg.), Diskriminierungsrecht: Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern, 2014 (zit. AUTOR:IN, Handbuch Diskriminierungsrecht).

NAGUIB TAREK ET AL. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK: UNO-Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK), Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (zit.: SHK-UNO-BRK, AUTOR:IN, Art. Rz.).

OPEL ANDREA, Frauenbenachteiligende Familienbesteuerung, in: Steuer Revue (StR) 76/2021, S. 182 ff.

OPEL ANDREA/OESTERHELT STEFAN, EMRK-widrige Ehegattenbesteuerung?, in: Steuer Revue (StR) 78/2023, S. 19 ff.

RIEMER-KAFKA GABRIELLE, Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen: Ihre Rechte insbesondere gegenüber Arbeitgeber, Schule, Eltern, Sozialversicherungen, Sozialhilfe und Opferhilfe, Bern 2011.

SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrechte, Bern 2014.

SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE (SKOS), Schwelleneffekte, 2014, https://skos.ch/fileadmin/user_upload/skos_main/public/pdf/grundlagen_und_positionen/themen/Soziale_Sicherheit/2014_Erklaerung_Schwelleneffekte.pdf (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit. SKOS, Schwelleneffekte).

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK-BV, AUTOR:IN, Art. Rz.).



WYSS DANIELA, Kausalabgaben: Begriff, Bemessung, Gesetzmässigkeit, Diss. Bern 2009, Basel 2009.

Materialien und weitere Quellen

Antwort des Regierungsrates des Kantons Bern auf die Motion Lerch et al., «Die übertriebene Kostenbeteiligung für Eltern von Kindern mit Behinderungen korrigieren und die Erwerbsanreize wiederherstellen», Geschäftsnummer 2023.RRGR.163 (zit. REGIERUNGSRAT, Antwort Motion).

Bericht des Bundesrates vom zu Einkommenseinbussen aufgrund der Ausgestaltung von Bedarfsleistungen und Abgaben, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats (09.3161) Hêche Claude «Soziale Sicherheit. Schwelleneffekte und ihre Auswirkungen» vom 18. März 2009, 21. November 2012, abrufbar unter: < <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/soziale-absicherung/effets-de-seuil.html> > (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit: Bericht Einkommenseinbussen).

Bericht des Regierungsrates des Kantons Bern zur Sonderpädagogik, Geschäftsnummer 801359-v5, 9. Januar 2016, abrufbar unter < <https://www.lp-sl.bkd.be.ch/de/start/themen/revos-2020.html> > (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit: Bericht Sonderpädagogik).

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 205 6029 (zit. Botschaft NFA).

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), SAKE in Kürze 2021: Schweizerische Arbeitskräfteerhebung, Neuchâtel 2022 (zit. SAKE in Kürze 2021).

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Bevölkerung: Panorama 2020, 20.3.2021, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/16704282>> (zuletzt besucht am 29.8.2023).

General Comment No. 4, Art. 24: The Right to Inclusive Education des United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/4, 25. November 2016 (zit.: General Comment 4).

General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26. April 2018 (zit. General Comment 6).

Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007 - Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen, abrufbar unter: <<https://www.edk.ch/de/themen/sonderpaedagogik>> (zuletzt besucht am 30.8.2023).

MEIERHANS STEFAN (Preisüberwacher), Schreiben zuhanden des Regierungsrates des Kantons Bern: Kostenbeteiligung der beitragspflichtigen Personen für stationäre Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf: Empfehlung des Preisüberwachers, 23. Januar 2023 (zit. MEIERHANS).

Motion von Lerch et al. vom 5. Juni 2023 betr. «Die übertriebene Kostenbeteiligung für Eltern von Kindern mit Behinderungen korrigieren und die Erwerbsanreize wiederherstellen», Geschäftsnummer 2023.RRGR.163 (zit: LERCH ET AL., Motion).

Parlamentarische Anfrage 29 von Baumann/Lerch betr. Kostenfolge der Unterbringung von Kindern mit Behinderungen nach dem Systemwechsel, in: Anfragen: Sommersession 2023, Tagblatt



des Grossen Rates des Kantons Bern: Beilagen zur Sommersession vom 5.-15. Juni 2023, Geschäftsnummer 2023.STA.559, S. 18, <<https://www.rgrg-service.apps.be.ch/api/gr/documents/document/31a58d98cab34743a9f1356d5b1cf452-332/2/2023.STA.559-Beilage-D-268555.pdf>> (zuletzt besucht am 30.8.2023; zit. Parlamentarische Anfrage 29).

The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), Adopted by the World Conference on Special Needs Education: Access and Quality. Salamanca, Spain, 7-19 June 1994, ED-94/WS/18, 1994 (zit.: Salamanca Erklärung).