

**Einkommensabhängige Kostenbeteiligung und
Unentgeltlichkeit der Sonderschulung**
*Ausnahme von der Kostenbeteiligung bei
schulermöglicher Unterbringung*

Rechtsgutachten

zuhanden des Kantonalen Jugendamtes des Kantons Bern (KJA)

erstattet von

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter

Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich

und

MLaw UZH Benedict von Allmen

Zürich, 12. Februar 2023

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| Literaturverzeichnis..... | III |
| Materialienverzeichnis und amtliche Publikationen | IV |
| Abkürzungsverzeichnis..... | V |
| A. Einleitung | 1 |
| I. Auftrag und Fragestellung | 1 |
| 1. Auftrag | 1 |
| 2. Ausgangslage | 1 |
| 3. Fragestellung | 1 |
| 4. Zur Verfügung gestellte Unterlagen..... | 2 |
| a. Vortrag zum KFSG vom 12. August 2020..... | 2 |
| b. Vortrag zur KFSV vom 30. Juni 2021..... | 3 |
| c. Rechtsgutachten: Neues Steuerungs- und Finanzierungsmodell der ergänzenden Hilfen zur Erziehung («Optimierung der ergänzenden Hilfen») vom 21. September 2017 | 4 |
| d. Bericht: Bemessungsgrundlage für die Kostenbeteiligung von besonderen Förder- und Schutzleistungen vom 21. Juli 2021.. | 4 |
| e. Rückmeldung verschiedener Verbände zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KFSG vom 31. März 2022 (Procap Bern) | 4 |
| f. Rückmeldung verschiedener Verbände zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KSFG vom 30. Juni 2022 (Procap Bern) | 6 |
| 5. Rechtsgrundlagen | 8 |
| II. Aufbau des Gutachtens | 8 |
| B. Thematik 1: Unentgeltlichkeit der (behinderungsbedingten) Sonderschulung..... | 9 |
| I. Ausreichender und unentgeltlicher Grundschulunterricht..... | 9 |
| II. Ausreichende und unentgeltliche (behinderungsbedingte) Sonderschulung..... | 10 |
| III. Einordnung der Leistungen des KFSG bzw. der KFSV | 11 |
| C. Thematik 2: Beurteilung der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung | 14 |
| I. Zulässigkeit der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung | 14 |
| II. Länge des Schulwegs als zulässiges Kriterium für Ausnahmeregelung? | 15 |
| III. Alternativen?..... | 16 |

| | |
|--|-----------|
| D. Exkurs: Kostenbeteiligung bei ausserkantonaler Unterbringung.. | 17 |
| I. Rückmeldung..... | 17 |
| II. Die Regelungen der IVSE | 17 |
| III. Grundlage für ausserkantonale Unterbringung..... | 18 |
| IV. Kostenbeteiligung bei ausserkantonaler Unterbringung..... | 18 |
| V. Vorliegen einer Ungleichbehandlung? | 19 |
| E. Beantwortung der Fragen..... | 21 |
| I. Frage 1 | 21 |
| II. Frage 2 | 21 |
| III. Frage 3 | 22 |

Literaturverzeichnis

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

BIAGGINI GIOVANNI: Orell Füssli Kommentar (OFK) zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2017 (zit.: OFK-BV, Art. , N .).

BREITENMOSER STEPHAN: Der Einfluss des internationalen Rechts auf das föderalistische Bildungsrecht der Schweiz, in: EHRENZELLER KASPAR / NOBS ROGER / ENGELER WALTER / MEYER KILIAN / MÜLLER LUCIEN (Hrsg.): Verfassungsbildner - Bildungsfasser, Kolloquium zu Ehren des 65. Geburtstags von Professor Bernhard Ehrenzeller, Zürich St. Gallen 2020, S. 51 bis 100.

EHRENZELLER BERNHARD / SCHINDLER BENJAMIN / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich St. Gallen 2014 (zit.: SGK-BV BEARBEITER/IN, Art. , N .).

GEISER THOMAS / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.): Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I Art. 1-456, 7. Auflage, Basel 2022 (zit.: BSK-ZGB I BEARBEITER/IN, Art. , N).

RIEMER-KAFKA GABRIELA: Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen, Bern 2011.

SCHEFER MARKUS / HESS-KLEIN CAROLINE: Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014.

UEBERSAX PETER: Der Anspruch Behinderter auf ausreichende Grund- und Sonderschulung, in: RIEMER-KAFKA GABRIELA (Hrsg.): Kinder und Jugendliche mit Behinderungen - Zwischen Sozialversicherung und Sonderpädagogik, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band 54, Zürich Basel Genf 2011.

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

Materialienverzeichnis und amtliche Publikationen

BB1 205 6029, Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005.

DIREKTION FÜR INNERES UND JUSTIZ DES KANTONS BERN: Vortrag über das Gesetz über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf vom 12. August 2020 (zit. DIREKTION, KFSG).

DIREKTION FÜR INNERES UND JUSTIZ DES KANTONS BERN: Vortrag über die Verordnung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf vom 30. Juni 2021 (zit. DIREKTION, KFSV).

JÄGER CHRISTOPH / GEIGER THOMAS: Rechtsgutachten - Neues Steuerungs- und Finanzierungsmodell der ergänzenden Hilfen zur Erziehung («Optimierung der Ergänzenden Hilfen») zuhanden des Jugendamts des Kantons Bern vom 21. September 2017.

PREISÜBERWACHER: Newsletter Nr. 4/19, abrufbar unter: https://blog.preisueberwacher.ch/file.axd?file=/NL_4_2019/Newsletter_04_19_d.pdf; zuletzt abgerufen am 18.10.2022.

PROCAP BERN: Rückmeldung zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KFSG vom 31. März 2022 (zit. PROCAP März).

PROCAP BERN: Rückmeldung zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KFSG vom 30. Juni 2022 (zit. PROCAP Juni).

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|---|
| BB1 | Bundesblatt |
| BGE | Entscheid des Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht |
| BehiG | Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3) |
| BSG | Bernische Systematische Gesetzessammlung |
| BV | Bundesverfassung der Schweiz vom 18. April 1999 (SR 101) |
| E. | Erwägung |
| f./ff. | und folgende |
| KFSG | Gesetz über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf vom 3.12.2020 (BSG 213.319) |
| KFSV | Verordnung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf vom 30.06.2021 (BSG 213.319.1) |
| KJA | Kantonales Jugendamt des Kantons Bern |
| N | Note(n), Randnote(n), Fussnote(n) |
| S. | Seite(n) |
| SR | Systematische Rechtssammlung des Bundes |
| VSG | Volksschulgesetz des Kantons Bern vom 19. März 1992 (BSG 432.210) |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |

Weitere Abkürzungen werden als bekannt vorausgesetzt oder bei Bedarf direkt im Fliesstext erläutert bzw. zu Gunsten der Nachvollziehbarkeit der entsprechenden Textstelle wiederholt.

A. Einleitung

I. Auftrag und Fragestellung

1. Auftrag

Am 29. Juni 2022 fragte Frau Cora Graf-Gaiser, Abteilungsleiterin Recht und Adoption des Kantonalen Jugendamts des Kantons Bern (KJA), Herrn Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich, bezüglich eines Rechtsgutachtens zum Thema *Einkommensabhängige Kostenbeteiligung bei Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule* an. Die Fragestellung wurde mit E-Mail vom 1. Juli 2022 schriftlich festgehalten. Aufgrund dieser Fragestellung lag der Bezug von Herrn MLaw Benedict von Allmen nahe, der aufgrund seiner Masterarbeit und verschiedener Publikationen spezifisches Fachwissen zum Themenbereich mitbringt. Am 12. August 2022 fand in Zürich eine Besprechung zwischen Cora Graf-Gaiser, Amtschefin Sabina Stör, Prof. Thomas Gächter und MLaw Benedict von Allmen statt.

2. Ausgangslage

Am 1. Januar 2022 ist im Kanton Bern das neue Gesetz über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf (KFSG; BSG 213.319 vom 3.12.2020) mit der dazugehörigen Verordnung über die Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf (KFSV; BSG 213.319.1 vom 30.06.2021) in Kraft getreten.

Das neue Gesetz brachte diverse Änderungen und Anpassungen der Organisation, Aufsicht und Finanzierung von spezialisierten Einrichtungen. Weiter sieht es vor, dass sich Kinder mit eigenem Einkommen und, sekundär, die unterhaltsverpflichteten Personen nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse an den Kosten der bezogenen Leistungen zu beteiligen haben. Dies war im Kanton Bern schon lange herrschende Praxis und sei, so die Aussagen des KJA, so auch unbestritten.

Bereits während des Gesetzgebungsprozesses und auch seit der Einführung arbeitete das KJA mit den verschiedenen Interessensgruppen zusammen, insbesondere mit den Behindertenverbänden. Diese haben die Möglichkeit zur Stellungnahme genutzt und dabei insbesondere Art. 34 KFSV kritisiert. Dieser sieht vor, dass nur dann, wenn der Bezug einer stationären Leistung für den Schulbesuch unerlässlich ist und der Schulweg eine bestimmte Dauer (eine Stunde pro Weg für unter Zwölfjährige, anderthalb Stunden pro Weg für über Zwölfjährige) überschreitet, keine Beteiligungspflicht bestehe. Darin liege ein Verstoss gegen die Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts.

3. Fragestellung

Mit E-Mail vom 1. Juli 2022 und an der Sitzung vom 12. August 2022 wurde festgelegt, dass insbesondere die folgenden Punkte untersucht werden sollen:

1. Es soll aufgezeigt werden, ob Art. 62 BV oder anderes übergeordnetes Recht den Kanton Bern dazu verpflichtet, auf eine Kostenbeteiligung an den Unterbringungskosten bei einer Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule, gestützt auf Art. 34 f. KFSG, zu verzichten.
2. Weiter soll untersucht werden, ob die KFSV und insbesondere die in Art. 34 vorgesehene Ausnahmeregelung von der Kostenbeteiligung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.
3. Sollte die Ausnahmeregelung gegen übergeordnetes Recht verstossen, sollte eruiert werden, wie eine solche Ausnahmeregelung formuliert sein müsste, damit an der grundsätzlichen Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festgehalten werden könnte.

4. Zur Verfügung gestellte Unterlagen

Im Nachgang zur Sitzung vom 12. August 2020 versandte Cora Graf Gaiser mit E-Mail vom 21. August 2022 diverse Unterlagen, die für die Erstellung des Gutachtens von Relevanz sind. Nachfolgend werden die für dieses Gutachten relevanten Inhalte daraus kurz zusammengefasst.

a. Vortrag zum KFSG vom 12. August 2020

Der Vortrag umschreibt den Gesetzgebungsprozess und dessen Notwendigkeit sowie die Neuregelung in ihren Grundzügen. Zentral für den vorliegenden Zusammenhang ist dabei, dass grundsätzlich nur Leistungen vermittelt oder angeordnet werden, die gestützt auf einen vorgängig abgeschlossenen Leistungsvertrag erfolgen.¹ Einen solchen schliesst die Direktion für Inneres und Justiz aufgrund einer umfassenden und breit abgestützten Angebotsplanung mit den verschiedensten Leistungserbringern ab.² Die entsprechende Angebotsplanung hat sich am Kindeswohl zu orientieren und berücksichtigt die gesellschaftlichen Entwicklungen. Die Angebotsplanung dient als Grundlage zur Festlegung des Leistungsbedarfs, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Kindern mit Behinderung (Art. 7 Abs. 1 lit. a KFSG). Die Angebotsplanung hat sich auch zur Versorgung in den verschiedenen Regionen und insbesondere zur Situation in den frankophonen und zweisprachigen Kantonsteilen zu äussern (Art. 7 Abs. 1 lit. b KFSG).³

Grundsätzlich sollen die zuständigen Stellen nur Leistungen vermitteln oder anordnen, die durch kantonale Einrichtungen oder gestützt auf einen Leistungsvertrag nach Art. 15 KFSG erbracht werden (Art. 23 KFSG).⁴ Nur ausnahmsweise kann es im Einzelfall sein, dass keine leistungsvertraglich vereinbarte Leistung verfügbar ist. Im Falle einer solchen Lücke können die zuständigen Stellen auch Angebote anordnen oder vermitteln, die nicht auf einem Leistungsvertrag beruhen. Dies ist aber vorgängig durch die zuständige Stelle der Direktion für Inneres und Justiz genehmigen zu lassen

¹ DIREKTION, KFSG, S. 5.

² DIREKTION, KFSG, S. 4; Art. 6 KFSG.

³ DIREKTION, KFSG, S. 14 zu Artikel 7.

⁴ DIREKTION, KFSG, S. 21 f. zu Art. 25.

(Art. 24 Abs. 1 KFSG). Dies dient dazu, allfällig vorhandene Lücken mit neuen Leistungsverträgen schliessen zu können, sollte sich ein entsprechender Bedarf abzeichnen.⁵

b. Vortrag zur KFSV vom 30. Juni 2021

Die KFSV enthält umfassende Bestimmungen über die Art und den Inhalt der Leistungsverträge, aber auch Bestimmungen über die Anforderungen an die Angebotsplanung. Vorliegend sind insbesondere die Ausführungen zu den Artikeln über die Kostenbeteiligung von Bedeutung. Mit dem Neuerlass hat sich der Kanton Bern für eine einkommensabhängigen Kostenbeteiligung durch die Leistungsbezüger und die unterhaltspflichtigen Personen entschieden. Ziel war eine faire und rechtsgleiche Kostenbeteiligung, welche die Beitragspflicht von der Sozialhilfe entkoppelt, weil die Beitragsbemessung abgestuft entsprechend der Höhe des Jahreseinkommens der beitragspflichtigen Personen erfolgt. Idee dabei ist, dass die finanzielle Belastung nicht zu erheblichen Einschränkungen der Lebensstellung führen oder die Familien gar an die wirtschaftliche Existenzgrenze bringen soll.⁶

Primär soll die leistungsbeziehende Person selbst für die Kosten einer *stationären* Leistung aufkommen, sofern sie über ein eigenes Einkommen verfügt (Art. 32 KFSV). An den Kosten für ambulante Leistungen hingegen hat sich die leistungsbeziehende Person nicht zu beteiligen. Dies wird damit begründet, dass Minderjährige im ambulanten Setting keine Lebenshaltungskosten verursachen würden.⁷

Soweit die Leistungskosten nicht bereits durch die leistungsbeziehende Person selbst gedeckt sind, haben sich auch die Unterhaltspflichtigen an diesen Kosten zu beteiligen (Art. 33 KFSV). Wie schon bei den leistungsbeziehenden Personen richtet sich auch bei den Unterhaltspflichtigen die Kostenbeteiligung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁸

Art. 34 KFSV sieht eine Ausnahme der Kostenbeteiligung für den Fall vor, dass der Bezug einer stationären Leistung für den Schulbesuch unerlässlich ist, da andernfalls die Länge des Schulwegs den Schulbesuch verunmöglichen würde. Begründet wird dies mit dem verfassungsmässigen Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht an öffentlichen Schulen gemäss Art. 62 Abs. 2 BV.⁹

Zu beachten ist schliesslich, dass für die Bemessung der Kostenbeteiligung das Jahreseinkommen der wirtschaftlichen Haushaltseinheit massgebend ist. Miterfasst sind damit neben der beitragspflichtigen Person auch deren Ehegattin oder Ehegatte, die registrierte Partnerin oder der registrierte Partner, aber auch die Konkubinatspartnerin

⁵ DIREKTION, KFSG, S. 22 zu Art. 26.

⁶ DIREKTION, KFSV, S. 3 f.

⁷ DIREKTION, KFSV, S. 19 zu Artikel 32.

⁸ DIREKTION, KFSV, S. 20 zu Artikel 33.

⁹ DIREKTION, KFSV, S. 21 zu Art. 34 und 35.

oder der Konkubinatspartner, sofern sie gemeinsame Kinder haben oder das Konkubinat seit mindestens zwei Jahren besteht (Art. 36 KFSV).¹⁰

c. Rechtsgutachten: Neues Steuerungs- und Finanzierungsmodell der ergänzenden Hilfen zur Erziehung («Optimierung der ergänzenden Hilfen») vom 21. September 2017

Bereits im Jahre 2017 hat das KJA bei Kellerhals Carrard ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, das von Christoph Jäger und Thomas Geiger verfasst wurde. Dieses behandelt im Wesentlichen die Rechtmässigkeit der Leistungsvereinbarung, die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts und die Beurteilung des einkommensabhängigen Beteiligungsmodells.¹¹ Im vorliegenden Gutachtensauftrag bestehen gewisse Parallelen zum dritten Themenbereich. Im Rechtsgutachten Jäger/Geiger ging es jedoch mehr um die Rechtmässigkeit der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung an sich. Nicht untersucht wurde, ob die Kostenbeteiligung dem unentgeltlichen Grundschulunterricht entgegensteht.¹² Diese Frage wird mit dem vorliegenden Gutachten beantwortet.

Das Rechtsgutachten Jäger/Geiger kommt zum Schluss, dass die einkommensabhängige Kostenbeteiligung grundsätzlich zulässig ist, sofern sie in ihren wesentlichen Grundzügen in einem formellen Gesetz verankert wird.¹³ Weiter kommt das Gutachten zum Schluss, dass das Bundesgesetz über die Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG) im Zusammenhang mit den ergänzenden Hilfen zur Erziehung nicht anwendbar sei.¹⁴ Auf diesen Punkt wird im vorliegenden Gutachten nochmals einzugehen sein.

d. Bericht: Bemessungsgrundlage für die Kostenbeteiligung von besonderen Förder- und Schutzleistungen vom 21. Juli 2021

Der Bericht über die Bemessungsgrundlage für die Kostenbeteiligung des Kantonalen Jugendamt Bern (KJA) erläutert, welche Faktoren für die Kostenbeteiligung berücksichtigt werden und wie sich diese bemisst. Gesamthaft betrachtet spielt dieser Bericht für das vorliegende Gutachten keine massgebende Rolle, da die Beurteilung der Bemessungsgrundlage an sich nicht Teil des Auftrages bildet.

e. Rückmeldung verschiedener Verbände zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KFSG vom 31. März 2022 (Procap Bern)

Für die Einführung des neuen KFSG stand die Direktion für Inneres und Justiz von Beginn an in engem Austausch mit den verschiedenen Verbänden und Interessensgruppen. Insbesondere die Regelung der Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen stiess

¹⁰ DIREKTION, KFSV, S. 21 zu Artikel 36.

¹¹ JÄGER/GEIGER, S. 7.

¹² JÄGER/GEIGER, S. 35 ff.

¹³ JÄGER/GEIGER, S. 55.

¹⁴ JÄGER/GEIGER, S. 42.

dabei auf Widerstand. Um insbesondere auf die Kritik der Behindertenverbände einzugehen, wurde bereits das Rechtsgutachten Jäger/Geiger in Auftrag gegeben. Nachdem nun das KFSG in Kraft getreten ist, geht der Austausch weiter, wobei die Kritik trotz dem genannten Rechtsgutachten fortbesteht. Auf die entsprechende Kritik soll das hier vorliegende Gutachten eingehen.

Uns liegen hierzu zwei Rückmeldungen der Procap Bern vor, jeweils gezeichnet von Philipp Buri, Geschäftsführer der Procap Bern. Auf die Rückmeldungen wird insofern eingegangen, als sie berechtigte Fragen aufwerfen und für die Beantwortung der Gutachtensfragen von Bedeutung sind.

Die erste Rückmeldung vom 31. März 2022 nimmt Bezug auf das Rechtsgutachten Jäger/Geiger und kritisiert dieses in mehreren Punkten. So seien neben dem BehiG noch weitere Rechtsgrundlagen zu berücksichtigen, welche von den Gutachtern nur oberflächlich behandelt werden. Weiter sei es stossend, dass die Übernachtung in einer Sonderschule nur einen schulergänzenden Charakter habe. Dies stelle einen diametralen Widerspruch zu den Erläuterungen der Behörden im Rahmen des Neuen Finanzausgleichs (NFA) dar.¹⁵

Dabei wird auch auf die Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA; BBl 2005 6029) verwiesen und werden mehrere Stellen betreffend die Sonderschulung daraus zitiert. So wird dort Sonderschulung wie folgt definiert: *«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 (S. 6216).»*¹⁶ Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass dies die gültige Definition der Sonderschulung unter der Ägide der Invalidenversicherung war, vor dem Inkrafttreten der NFA-Vorlage. Ob diese Definition auch heute noch so Bestand hat, wird an anderer Stelle noch zu überprüfen sein. Aus dieser Formulierung in der Botschaft schliesst Procap, dass eine gesetzliche Grundlage bestehe, welche die Kantone gesetzlich dazu verpflichte, die Sonderschulung im exakt selben Umfang zu finanzieren, was nach unserer Einschätzung nicht zwingend zutrifft. Zwar können die Botschaft und das in der Rückmeldung erwähnte NFA-Faktenblatt als Auslegungshilfen dienen,¹⁷ doch lässt sich daraus keine gesetzliche Verpflichtung der Kantone an sich oder des Kantons Bern im Besonderen entnehmen, die Sonderschulung im selben Umfang wie bis anhin die Invalidenversicherung zu finanzieren. Vielmehr sagt die Botschaft zum NFA auch aus, dass *«[d]ie volle fachliche und finanzielle Verantwortung in diesem Bereich ... den Kantonen übertragen»*¹⁸ wird.

Ein weiterer Kritikpunkt in der Rückmeldung vom 31. März 2022 ist, dass die heute geltenden Regelungen zu einer Ungleichbehandlung von Familien führen würde, bei denen das Kind in eine kantonale oder ausserkantonale Sonderschule mit Internat geht.

¹⁵ PROCAP März, S. 1.

¹⁶ PROCAP März, S. 2.

¹⁷ PROCAP März, S. 2.

¹⁸ BBl 2005 6029, S. 6218.

Gehe ein Kind in ein ausserkantonales Heim, betrage der Elternbeitrag gemäss der Interkantonalen Vereinbarung über die Sozialen Einrichtungen (IVSE) nur noch CHF 30.00 pro Tag.¹⁹ Ob hier tatsächlich eine Ungleichbehandlung vorliegt, wird ebenfalls weiter unten zu überprüfen sein.

In der aktuellen Regelung im Kanton Bern sieht die Rückmeldung auch einen Verstoss gegen die UNO-Behindertenrechtskonvention.²⁰ Auf diesen Kritikpunkt wird ebenfalls zurückgekommen.

Der Rest der Rückmeldung bezieht sich auf die Höhe und die Bemessung der Kostenbeteiligung an sich und die sich daraus ergebenden Problemstellungen. Kritisiert wird dabei insbesondere die Schwellenproblematik, dass die eingeführte Bemessungsgrundlage zu einer Geschlechterbenachteiligung führen würde, weil es sich vor dieser Ausgangslage insbesondere für Frauen nicht mehr lohnen würde, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, da das zusätzliche Einkommen durch eine dann höhere Kostenbeteiligung wieder aufgebraucht werden würde.²¹ Der Auftrag für das vorliegende Gutachten enthält keine Fragestellungen, welche sich auf die Höhe der Kostenbeteiligung und deren Bemessungsgrundlage beziehen, weshalb auf diesen Kritikpunkt nicht weiter eingegangen werden kann.

f. Rückmeldung verschiedener Verbände zur Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen gemäss KSFG vom 30. Juni 2022 (Procap Bern)

Mit Datum vom 30. Juni 2022 liegt eine zweite Rückmeldung der Procap Bern vor. Dabei handelt es sich nach unserer Einschätzung allerdings in erster Linie um eine in gewissen Punkten gekürzte und in anderen Punkten präzisiertere Version der Rückmeldung vom 31. März 2022. Es wird deshalb nachfolgend nur auf die wesentlichen Ergänzungen eingegangen, sofern diese für das vorliegende Gutachten von Relevanz sind.

Procap Bern stellt sich auf den Standpunkt, dass das NFA-Faktenblatt 16 immer noch in vollem Umfang Gültigkeit habe und stützt sich dabei auf die Antwort einer Frage von Nationalrat Benjamin Roduit an den Bundesrat. Die dortige Frage lautete:

«Das NFA-Faktenblatt 16 hält Folgendes fest: "Die Sonderschulung umfasst auch Leistungen in den Bereichen heilpädagogische Früherziehung, pädagogisch-therapeutische Massnahmen, Unterkunft und Verpflegung sowie der Transporte." Unter Bezugnahme auf die Verfassung wird zudem präzisiert: "Die Verwandtenunterstützung im Bereich der Sonderschulung würde der Unentgeltlichkeit des Schulunterrichts widersprechen." Werden diese Grundsätze nach Auffassung des Bundesrates in allen Kantonen beachtet?»²²

Die Antwort des Bundesrats vom 13. Juni 2022 liegt nur auf Französisch vor und lautet, in eigener Übersetzung, wie folgt:

¹⁹ PROCAP März, S. 3.

²⁰ PROCAP März, S. 4 f.

²¹ PROCAP März, S. 7 ff.

²² Fragestunde. Frage von Nationalrat Roduit Benjamin, eingereicht am 08.06.2022, Geschäfts-Nr. 22.7513.

«Das NFA-Faktenblatt 16 ist nach wie vor gültig. Seit dem 1. Januar 2008 sind die Kantone vollständig für die Sonderausbildung verantwortlich. Zuvor leistete der Bund finanzielle Beiträge auf der Grundlage der Invalidenversicherung. Die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) sorgt für die Umsetzung des Sonderpädagogik-Konkordats. Dieses Konkordat trat am 1. Januar 2011 in Kraft und 16 Kantone sind ihm beigetreten. In Artikel 2 Buchstabe c des Konkordats heisst es: "Im Bereich der Sonderpädagogik gilt der Grundsatz der Unentgeltlichkeit; **von den Inhabern der elterlichen Sorge kann eine finanzielle Beteiligung an der Verpflegung und Betreuung verlangt werden**". Dem Schweizerischen Zentrum für Heilpädagogik (SZH) als Fachstelle der EDK für Sonderpädagogik ist nicht bekannt, dass Kantone oder Gemeinden andere finanzielle Beiträge als die in Artikel 2 Buchstabe c des Konkordats vorgesehenen verlangen. Bezüglich des geforderten **Beitrags für die Mahlzeiten** zeigt eine Studie des Preisüberwachers aus dem Jahr 2019, dass der Betrag von den Kantonen nicht identisch berechnet wird. Laut dieser Studie sollte **der geforderte Beitrag auf der Grundlage der Kosten berechnet werden, die den Unterhaltspflichtigen durch die Abwesenheit des Kindes oder Jugendlichen erspart bleiben**. Im Jahr 2019 waren die von vielen Kantonen geforderten Beiträge jedoch zu hoch. Es gibt keine neue Studie, die mögliche Verbesserungen aufzeigt, die diese Kantone seither vorgenommen haben.»²³

Die Antwort des Bundesrates sieht ausdrücklich vor, dass von den Inhabern der elterlichen Sorge eine finanzielle Beteiligung an der Verpflegung verlangt werden kann. Weshalb vor diesem Hintergrund davon ausgegangen wird, dass dies nun unzulässig sein soll,²⁴ wird in der Rückmeldung nicht dargelegt.

Auch zeigt sich, dass sich die im Newsletter Nr. 4/19 des Preisüberwachers genannte Studie auf die Kostenbeiträge der Unterhaltspflichtigen bezieht. Korrekt wird ausgeführt, dass sich die Beiträge an den Kosten ausrichten sollen, welche aufgrund der Abwesenheit der Kinder und Jugendlichen **eingespart** werden können. Der Preisüberwacher geht davon aus, dass sich diese Kosten zukünftig reduzieren werden.²⁵

Unklar ist auch der Verweis von Procap Bern, wonach sich diese Beurteilung auf Bundesgerichtsurteile abstützen.²⁶ Wir sind vielmehr der Ansicht, dass die zitierten Entscheide des Bundesgerichts auf die hier vorliegende Ausgangslage bzw. Fragestellung nicht anwendbar sind. Im Urteil BGer 2C_433/2011 vom 1. Juni 2012 ging es um die Kostenbeteiligung an einem von der Gemeinde organisierten Schulbustransport. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Kosten für einen andernfalls nicht zumutbaren Schulweg nicht von den Eltern zu tragen sind, da dies sonst gegen den Grundsatz des ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterrichts nach Art. 19 BV verstossen würde. Im Urteil BGer 2C_206/2016 geht es um eine Änderung des Gesetzes über die Volksschule des Kantons Thurgau, welches eine Kostenbeteiligung an *obligatorischen* Aktivitäten wie Schullagern und an Sprachkursen in besonderen Fällen vorsah.

²³ Fragestunde. Frage von Nationalrat Roduit Benjamin, eingereicht am 08.06.2022, Antwort des Bundesrats vom 13.06.2022, Geschäfts-Nr. 22.7513 (Hervorhebungen des Autors).

²⁴ PROCAP Juni, S. 2.

²⁵ PREISÜBERWACHER, Newsletter Nr. 4/19, S. 3.

²⁶ PROCAP Juni, S. 3.

Auch hier kam das Bundesgericht zum Schluss, dass dies gegen den Grundsatz des angemessenen und unentgeltlichen Grundschulunterrichts von Art. 19 BV verstosse. Die beiden sowohl im Newsletter des Preisübersichters als auch von der Procap aufgeführten Bundesgerichtsentscheide lassen sich nicht auf die nun vorliegende Fragestellung übertragen. Weder sieht das KFSG eine Kostenbeteiligung für den Schultransport vor, noch eine Beteiligung an obligatorischen Ausflügen oder Klassenlagern. Vorliegend soll vielmehr untersucht werden, ob die einkommensabhängige Kostenbeteiligung an den nach dem KFSG erbrachten Leistungen gegen Art. 62 BV oder anderes übergeordnetes Recht verstösst. Für die Beantwortung dieser Frage können die beiden zuvor erwähnten Bundesgerichtsentscheide jedenfalls nicht direkt herangezogen werden.

5. Rechtsgrundlagen

Massgeblich für die sich hier stellenden Fragen sind in erster Linie die folgenden völkerrechtlichen, nationalen und kantonalen Bestimmungen:

- UNO-Behindertenrechtskonvention
- Bundesverfassung
- ZGB
- BehiG
- ZUG
- IVSE
- KFSG
- KFSV
- Volksschulgesetz des Kantons Bern

Da die Beschreibung des Inhalts der einzelnen Bestimmungen lediglich deskriptiven Charakter hätte, wird darauf an dieser Stelle verzichtet. Der Inhalt der massgeblichen Bestimmungen wird im entsprechenden Zusammenhang wiedergegeben.

II. Aufbau des Gutachtens

Das Gutachten gliedert sich nach den zwei Themenschwerpunkten, die durch die im Auftrag definierte Fragestellung aufgeworfen und werden.

Den ersten Schwerpunkt bildet dabei die Unentgeltlichkeit der Sonderschulung. Der Fokus liegt auf der Frage, was heute, nach Inkrafttreten der NFA-Vorlagen, unter den Begriff «Sonderschulung» fällt und welche Elemente davon unentgeltlich sind (oder unentgeltlich zu sein hätten). Dabei wird unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzesbestimmungen auch darauf eingegangen, welche Unterschiede sich bei einer Sonderschulung bei Kindern und Jugendlichen mit Behinderung ergeben. Die Auseinandersetzung mit diesem Themenschwerpunkt dient der Beantwortung der Frage, ob der Kanton Bern von einer Kostenbeteiligung bei einer schulermöglichenden Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule abzusehen hat.

Der zweite Themenschwerpunkt befasst sich mit der Zulässigkeit der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung und der Frage, ob die Länge des Schulwegs ein zulässiges Kriterium für einen Ausnahmetatbestand von der Kostenbeteiligung bilden kann. Ebenfalls werden mögliche Alternativkriterien aufgezeigt.

B. Thematik 1: Unentgeltlichkeit der (behinderungsbedingten) Sonderschulung

I. Ausreichender und unentgeltlicher Grundschulunterricht

Art 19 BV sieht einen subjektiven, verfassungsmässigen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht vor.²⁷ Was dabei unter Grundschulunterricht fällt, wird von den Kantonen bestimmt. Ein Anspruch besteht allerdings nur während der obligatorischen Schulzeit.²⁸ Ziel von Art. 19 BV ist die Gewährleistung eines Minimums an Schulbildung für jedes Kind. Diese ist unabdingbare Voraussetzung für die Entwicklung seiner Persönlichkeit und seiner späteren Fähigkeit, am gesellschaftlichen und kulturellen Leben teilnehmen zu können.²⁹ Doch was genau ist Inhalt dieses Anspruches?

Einerseits beinhaltet Art. 19 BV den Anspruch auf «ausreichenden» Grundschulunterricht. Was als ausreichend gilt, richtet sich nach zwei Kriterien. Einerseits nach einem allgemeinen Standard, andererseits nach den individuellen, besonderen Bedürfnissen der berechtigten Kinder.³⁰ Der allgemeine Standard richtet sich nach dem aktuellen Entwicklungsstand und vom Charakter der gegenwärtigen Gesellschaft,³¹ wobei sowohl quantitative als auch qualitative Aspekte eine Rolle spielen.³² Aus der individuellen Perspektive betrachtet verlangt ein ausreichender Grundschulunterricht, dass er den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entspricht. Dies bedeutet aber nicht, dass Anspruch auf einen idealen oder optimalen Unterricht besteht.³³

Andererseits beinhaltet Art. 19 BV auch den Anspruch auf «unentgeltlichen» Grundschulunterricht. Dieser wird auch durch Art. 13 Abs. 3 lit. a UNO-Pakt I und Art. 28 Abs. 1 lit. Kinderrechtskonvention gewährleistet.³⁴ In der Bundesverfassung wird dieser Anspruch durch Art. 62 Abs. 2 Satz 3 BV präzisiert. Der Anspruch auf Unentgeltlichkeit besteht demnach nur an öffentlichen Schulen und nur während der Dauer der obligatorischen Schulzeit.³⁵ Unentgeltlichkeit bedeutet dabei insbesondere, dass kein Schulgeld erhoben werden darf³⁶ und dass die im Unterricht verwendeten Lerngrundlagen und Lernmittel kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen.³⁷

²⁷ OFK-BV, Art. 19, N 3.

²⁸ SGK-BV KÄGI-DIENER, Art. 19, N 29.

²⁹ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 189.

³⁰ SGK-BV KÄGI-DIENER, Art. 19, N 38; AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 192.

³¹ SGK-BV KÄGI-DIENER, Art. 19, N 39.

³² SGK-BV KÄGI-DIENER, Art. 19, N 40.

³³ BSK-BV WYTTENBACH, Art. 19, N 12.

³⁴ BREITENMOSER, S. 71.

³⁵ BREITENMOSER, S. 72 f.; SGK-BV EHRENZELLER, Art. 62, N 32 f.

³⁶ OFK-BV Art. 19, N 9.

³⁷ BSK-BV WYTTENBACH, Art. 19, N 20.

Von der Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts nicht erfasst sind Kosten für die Verpflegung und die ausserschulische Betreuung.³⁸ Es ist also wichtig, zwischen dem staatlichen Angebot des Grundschulunterrichts und allen übrigen, *ergänzenden* Leistungen zu unterscheiden. Während ersteres gemäss Lehre und Rechtsprechung zwingend unentgeltlich zu sein hat, ist die Erhebung von Kostenbeiträgen für ausserschulische Angebote und Leistungen üblich und zulässig.³⁹

II. Ausreichende und unentgeltliche (behinderungsbedingte) Sonderschulung

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht gilt auch für Kinder und Jugendlichen mit Behinderung.⁴⁰ Gemäss der Praxis liegt eine Behinderung im Sinne der Bundesverfassung 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 ihrer Lebensführung hat».⁴¹ Betroffene Kinder haben Anspruch auf eine ihren individuellen Fähigkeiten und der Persönlichkeitsentwicklung angepasste Grundschulausbildung.⁴²

Dies sieht auch Art. 20 Abs. 1 BehiG vor. Weiter geht die Bedeutung aber nicht. Dem Rechtsgutachten Jäger/Geiger ist insofern zuzustimmen, als dass das BehiG, abgesehen von dieser Vorgabe in Art. 20 BehiG, nicht zur Anwendung kommt;⁴³ dies, weil dem Bund im Bereich der Grundschule keine Rechtsetzungskompetenz zukommt.⁴⁴ Art. 20 Abs. 1 BehiG wiederholt somit nur die in Art. 19 und Art. 62 BV bereits vorgesehenen Pflichten der Kantone. Ein (weiter gehender) individueller Rechtsanspruch ergibt sich daraus aber nicht.⁴⁵

Gemäss Art. 62 Abs. 3 BV haben die Kantone für eine ausreichende Sonderschulung bis längstens zum 20. Lebensjahr zu sorgen.⁴⁶ Was als ausreichend gilt, schreibt der zuvor erwähnte Art. 20 Abs. 1 BehiG den Kantonen bereits vor. So muss der Grundschulunterricht für behinderte Kinder ihren spezifischen Bedürfnissen angepasst sein. Diese den Bedürfnissen angepasste Schulung wird auch Sonderschulung genannt.⁴⁷ Bis zur Neuregelung des Finanzausgleichs war die Invalidenversicherung für die Organisation und Finanzierung der Sonderschulung zuständig. Seit dem 1. Januar 2008 ist diese Zuständigkeit mit Art. 62 Abs. 3 BV vollständig den Kantonen übertragen.⁴⁸

Zur Sonderschulung im Sinne von Art. 62 Abs. 3 BV gehören insbesondere die heilpädagogischen Spezialschulen, aber auch die heilpädagogische Früherziehung und die

³⁸ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 205; BSK-BV WYTENBACH, Art. 19, N 20.

³⁹ SGK-BV EHRENZELLER, Art. 62, N 35.

⁴⁰ BSK-BV WYTENBACH, Art. 19, N 14.

⁴¹ BGE 135 I 49, E. 6.1; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 12.

⁴² OFK-BV Art. 19, N 11.

⁴³ JÄGER/GEIGER, S. 42.

⁴⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 341.

⁴⁵ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 342.

⁴⁶ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 338; RIEMER-KAFKA, N 164; BSK-BV WYTENBACH, Art. 19, N 16.

⁴⁷ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 192 f.

⁴⁸ RIEMER-KAFKA, N 158 ff.

pädagogisch-therapeutischen Massnahmen *in Ergänzung* zur Regelschule.⁴⁹ Die Sonderschulung geht dabei auf den individuellen Bedarf des Kindes ein und bietet verstärkte Massnahmen zum Zweck seiner Förderung.⁵⁰

Nicht unumstritten,⁵¹ von der herrschenden Lehre aber mehrheitlich bejaht, hat auch der Grundschulunterricht im Rahmen einer Sonderschulung unentgeltlich zu sein.⁵² Dies gewährleistet auch Art. 24 Abs. 2 lit. b UNO BRK.⁵³

Der Umfang der Unentgeltlichkeit richtet sich nach den zuvor genannten Kriterien: So darf auch im Bereich der Sonderschulung kein Schulgeld erhoben werden und Lehrmittel müssen kostenlos abgegeben werden.⁵⁴ Ebenfalls haben spezifische Sonderschulleistungen wie Individualunterricht, Kleinklassen und weitere individuelle *schulische* Fördermassnahmen unentgeltlich sein.⁵⁵ Das zuständige Gemeinwesen hat insbesondere alle die für eine ausreichende Sonderschulung notwendigen Fördermassnahmen zu Gunsten eines behinderten Kindes zu übernehmen.⁵⁶

Von der Unentgeltlichkeit der Sonderschulung nicht erfasst werden allerdings die auserschulischen Leistungen, insbesondere die Verpflegung, Pflege und Betreuung. Es handelt sich dabei nicht um schulische Fördermassnahmen. Dass dies üblich und zulässig ist, zeigen beispielsweise die Regelung der Interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (Sonderpädagogikkonkordat) vom 25. Oktober 2007. Zwar besagt Art. 2 lit. c, dass auch im Bereich der Sonderpädagogik der Grundsatz der Unentgeltlichkeit gilt. Allerdings darf von den Erziehungsberechtigten eine finanzielle Beteiligung für Verpflegung und Betreuung verlangt werden. Der Kanton Bern ist diesem Konkordat allerdings bis heute nicht beigetreten und ist an dessen Inhalt somit auch nicht direkt gebunden.

III. Einordnung der Leistungen des KFSG bzw. der KFSV

Bei den im KFSG und der KFSV vorgesehenen Leistungen handelt es sich um Förder- und Schutzmassnahmen. Es ist zunächst zu prüfen, ob insbesondere die *Fördermassnahmen* in den Anwendungsbereich von Art. 62 Abs. 3 BV fallen.

Art. 1 KFSG nennt den Zweck des Gesetzes: Demnach soll es ein bedarfsgerechtes Angebot an Leistungen für Kinder mit besonderem Förder- und Schutzbedarf sicherstellen. Diese umfassen sowohl stationäre als auch ambulante Leistungen (Art. 2 Abs. 1 lit. a und b KFSG; Art. 2 und Art. 3 KFSV). Die angebotenen Leistungen orientieren sich primär am Kindeswohl (Art. 4 KFSG). Es ist nicht (ausdrückliches)

⁴⁹ SGK-BV EHRENZELLER, Art. 62, N 41.

⁵⁰ RIEMER-KAFKA, N 168.

⁵¹ UEBERSAX, S. 26 f.

⁵² OFK-BV Art. 62, N 10; BSK-BV WYTTENBACH, Art. 19, N 14.

⁵³ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 66.

⁵⁴ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 205.

⁵⁵ SGK-BV EHRENZELLER, Art. 62, N 41.

⁵⁶ AESCHLIMANN-ZIEGLER, S. 205.

Ziel des KFSG, Kinder und Jugendliche im schulischen Bereich zu fördern und zu schützen.

Die stationäre Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a KFSG ist die einzige Leistung, die einen Konnex zur Schulbildung aufweist. Die übrigen Leistungsangebote sind unabhängig von jeglichem Schulungszweck. Sie berühren den Schutzbereich von Art. 19 BV und Art. 62 BV nicht.

Fällt die Unterbringung in einer stationären Einrichtung mit besonderer Volksschule also unter Art. 62 BV? Betrachtet man den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. a KFSG, aber auch jenen von Art. 26 und Art. 27 KFSG, so ist dies zu verneinen. Nach Ansicht der Autoren ist auch hier zwischen *schulischen* Leistungen und *ausserschulischen* Leistungen zu unterscheiden. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KFSG hat das KJA auch nur «die Kosten der Unterbringung» vorzuschüssen. Die Finanzierung der eigentlichen *Schulkosten* wie Unterricht, Lehrpersonal, Lehrmittel, Räumlichkeiten etc. wird weder im KFSG noch in der KFSV geregelt. Auch ist keine Bestimmung vorgesehen, die eine Behörde dazu verpflichten würde, diese Kosten bei Anordnung einer solchen Unterbringung vorzuschüssen. Art. 34 KFSV kann entnommen werden, dass es sich um eine Kostenbeteiligung der stationären *Unterbringung* handelt. Von einer Kostenbeteiligung der *Sonderschulung* an sich kann somit nicht gesprochen werden.

Dass diese Trennung so gewollt ist, zeigt auch das Organigramm bezüglich der kantonalen Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe und des Schulbereichs:

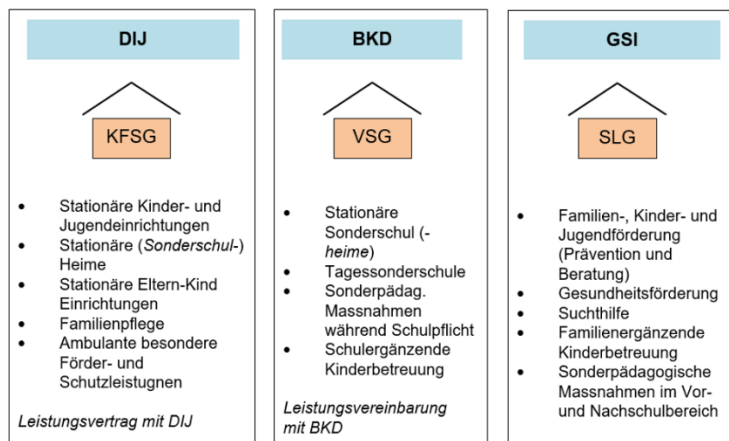


Abbildung 1⁵⁷

Während stationäre (*Sonderschul-*)**heime** unter das KFSG und unter die Aufsicht der Direktion für Inneres und Justiz fallen, gehören stationäre *Sonderschul*(-heime) in die Zuständigkeit der Bildungs- und Kulturdirektion und fallen unter das Volksschulgesetz. Organisation, Aufsicht und Finanzierung dieser zwei Bereiche sind somit klar und bewusst getrennt. So sieht auch Art. 27 Abs. 1 KFSG vor, dass es einer separaten Zuweisung zum besonderen Volksschulangebot bedarf.

⁵⁷ <https://www.kja.dij.be.ch/de/start/foerder--und-schutzleistungen/kantonale-zustaendigkeit-der-kinder--und-jugendhilfe-und-des-sch.html>; zuletzt abgerufen am 1.11.2022

Wenn ein Kind oder ein Jugendlicher gestützt auf das KFSG stationär in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule untergebracht wird, so ist dies eine *eigenständige Förder- und Schutzmassnahme*. Die Unterbringung muss unabhängig von der Sonderschulung betrachtet werden. Somit müssen die Kosten für die *Unterbringung* und die Kosten der *Sonderschulung* ebenfalls getrennt beurteilt werden.

Diesem Anspruch wird das KFSG gerecht. Die in Art. 34 f. KFSG und in Art. 32 f. KFSV vorgesehene Kostenbeteiligung an den stationären Leistungen bezieht sich im Falle einer Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule nur auf die Unterbringung und die mit der Betreuung und Pflege verbundenen Kosten. Die Kosten für die Sonderschulung bzw. für das besondere Volksschulangebot hingegen werden in den Anwendungsbereich von Art. 62 Abs. 3 BV fallen. Die dortigen Leistungen haben unentgeltlich zu sein. Eine Kostenbeteiligung wäre unzulässig. So sieht Art. 21o Volksschulgesetz des Kantons Bern (VSG) auch vor, dass die Kosten für das besondere Volksschulangebot dem Lastenausgleich Soziales zugeführt werden. Eine Kostenbeteiligung der unterhaltspflichtigen Personen sieht das VSG nicht vor.

Dass von den Leistungsbezügern oder von den unterhaltspflichtigen Personen Kostenbeteiligungen erhoben werden dürfen, ist durch Art. 276 Abs. 2 und Abs 3 ZGB gedeckt. So fallen Kosten für Kindesschutzmassnahmen und insbesondere Unterbringungen in die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 276 Abs. 2 ZGB).⁵⁸

⁵⁸ BGE 141 III 401 E. 4; BSK-ZGB I FOUNTOLAKIS, Art. 276, N 22.

C. Thematik 2: Beurteilung der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung

I. Zulässigkeit der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung

Bereits das Gutachten Jäger/Geiger hat sich ausführlich mit der Frage der Kostenbeteiligung auseinandergesetzt. Es hält korrekt fest, dass grundsätzlich drei verschiedene Modelle von Kostenbeteiligungen bestehen und sich der Kanton Bern für die einkommensabhängige Kostenbeteiligung entschieden hat.⁵⁹ In der Detailprüfung befasste sich das Gutachten mit der Zulässigkeit dieses Beteiligungsmodelles und seiner Einordnung als öffentliche Abgabe. Es kommt zum Schluss, dass eine einkommensabhängige Kostenbeteiligung als Kausalabgabe zu qualifizieren ist. Als solche muss sie im formellen Gesetz verankert sein und den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips im öffentlichen Abgaberecht genügen.⁶⁰ Diesen Ausführungen ist zuzustimmen.

Den verlangten Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips ist der Kanton Bern mit der Formulierung der Kostenbeteiligung im KFSG nach Ansicht der Autoren dieses Gutachtens umfassend nachgekommen. Wie auch schon im Kapitel zuvor unter III. erläutert, ist weiter unbestritten, dass eine Kostenbeteiligung an sich zulässig ist. Es bleibt also nur noch zu prüfen, ob die Kostenbeteiligung einkommensabhängig erfolgen darf oder ob ein anderer Beteiligungsmassstab durch übergeordnetes Recht vorgeschrieben wird.

Wie im Gutachten Jäger/Geiger ausgeführt, bestehen in der Praxis drei verschiedene Beteiligungsmodelle: Das Verpflegungsmodell (die Eltern tragen nur die Verpflegungskosten), das Vollkostenmodell (die Eltern tragen sämtliche anfallende Kosten) und die Mischform, das einkommensabhängige Beteiligungsmodell (die Eltern beteiligen sich an den Gesamtkosten im Verhältnis zu ihrem Einkommen). Eine gesetzliche Vorgabe, welchem Modell der Vorzug zu geben ist, oder ein gesetzlicher Ausschluss eines bestimmten Modells besteht nicht.

Vielmehr ist üblich, solche Beiträge an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der unterhaltspflichtigen Person auszurichten. So sieht beispielsweise Art. 276 Abs. 2 ZGB vor, dass die Eltern gemeinsam und ein jeder Elternteil nach seinen Kräften für den Unterhalt des Kindes aufkommt. Art. 285 Abs. 1 ZGB präzisiert dies sogar noch und hält fest, dass sich der Unterhaltsbeitrag der Eltern unter anderem an der Leistungsfähigkeit der Eltern bemisst. Diese Leistungsfähigkeit der Eltern orientiert sich dabei am Einkommen der Eltern.⁶¹ Es liesse sich etwas zugespitzt sogar argumentieren, dass das ZGB das einkommensabhängige Beteiligungsmodell «präferiert». Eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung lässt sich aber weder aus dem ZGB noch aus einem anderen Gesetz ableiten.

⁵⁹ JÄGER/GEIGER, S. 35 f.

⁶⁰ JÄGER/GEIGER, S. 55.

⁶¹ BSK-ZGB I FOUNTOLAKIS, Art. 285, N 1 ff.

Mit der einkommensabhängigen Kostenbeteiligung kommt letztlich ein Modell zur Anwendung, das einerseits soziale Rücksicht nimmt und andererseits einer «Simulation» der effektiven Kosten (in unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen) am nächsten kommt.

II. Länge des Schulwegs als zulässiges Kriterium für Ausnahmeregelung?

Grundsätzlich wird das Kriterium der Länge des Schulwegs in erster Linie beigezogen, wenn beurteilt werden soll, ob der Grundschulunterricht ausreichend ist. Die räumliche Distanz zwischen dem Wohnort und dem Schulort darf dem Zweck des ausreichenden Grundschulunterrichts nicht entgegenstehen.⁶² In der Regel soll der Grundschulunterricht am Wohnort der Kinder und Jugendlichen erbracht werden, ein Anspruch auf beispielsweise Zuweisung in ein bestimmtes Schulhaus besteht jedoch nicht.⁶³ Bei weitem oder gefährlichem Schulweg muss die Schule deshalb Hilfeleistungen wie einen Transport, eine Begleitung oder einen Mittagstisch anbieten.⁶⁴ Ist der Schulweg also zu lang oder zu gefährlich und schafft die Schule keine Abhilfe, dann könnte der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht verletzt sein.

Insofern sind wir der Meinung, dass das Schulwegkriterium an sich der falsche Ansatzpunkt ist. Bei einer Sonderschulung gehören die Transportkosten ohnehin zu den Kosten der Sonderschulung und müssen unentgeltlich sein. Dies sieht das bernische Volksschulgesetz (Art. 1c Abs. 2 lit. d VSG) sogar ausdrücklich so vor. Die Länge des Schulwegs kann also nur darüber Auskunft geben, ob der Grundschulunterricht ausreichend ist. Die Länge des Schulwegs ist somit nur ein indirektes Kriterium.

Nimmt man die Länge des Schulwegs nun als Kriterium dafür, ob von einer Kostenbeteiligung abgesehen wird oder nicht, dann kommt ihr eine Doppelfunktion zu, welche vom Verfassungsgeber so nicht vorgesehen war. Es ist aber nicht so, dass die Bundesverfassung es verbietet, die Länge des Schulwegs auch noch für andere Beurteilungen als Kriterium heranzuziehen.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass gewisse Leistungsangebote der Sonderschulung vielleicht tatsächlich nur in vereinzelt, spezialisierten Einrichtungen angeboten werden können. Benötigt ein Kind mit einem besonderen Förder- und Schutzbedarf genau diese Leistung und kann seine (Sonder-)Schulung nur so gewährleistet werden, rechtfertigt es sich, dass es in einer angegliederten Einrichtung untergebracht wird, wenn der Schulweg andernfalls zu lange wäre. Diese Überlegungen scheinen die geltende Ausnahmeregelung zu widerspiegeln. Auf eine Kostenbeteiligung wird dort verzichtet, wo der Schulweg ohne die stationäre Unterbringung zu lange wäre.

Wenn es tatsächlich keine anderen, besseren Anknüpfungspunkte für eine Ausnahmeregelung gibt, dann ist die Kostenbefreiung in einem solchen Fall sogar notwendig. Wenn dem Anspruch auf angemessene Sonderschulung nur in einer ganz bestimmten Sonderschule entsprochen werden kann, die Sonderschulung andernfalls nicht erbracht

⁶² OFK-BV Art. 19, N 10.

⁶³ BGE 125 I 347, E. 6; BSK-BV WYTTEBACH, Art. 19, N 19.

⁶⁴ SGK-BV KÄGI-DIENER, Art. 19, N 52.

werden kann, dann würde eine Kostenbeteiligung den Anspruch auf Unentgeltlichkeit verletzen. In dieser Hinsicht scheint die Länge des Schulwegs ein zulässiges Kriterium für die Ausnahmeregelung zu sein.

III. Alternativen?

Einen anderen Anknüpfungspunkt als die Länge des Wegs (bzw. die entsprechende Reisedauer), der noch dazu praktikabel wäre, sehen wir nicht.

Alternative Überlegungen wären, die Ausnahmeregelung entweder «grosszügiger» zu gestalten (d.h. die Ausnahmeregelung für die Kostenbeteiligung bereits bei kürzerem Schulweg zur Anwendung zu bringen, z.B. bei einer halben Stunde pro Weg (statt einer Stunde) bei Art. 34 Abs. 1 Bst. a KFSV für unter Zwölfjährige und einer Stunde (statt anderthalb Stunden) pro Weg bei Art. 34 Abs. 1 Bst. b KFSV. Diese Regelung hätte aber einzig den Vorteil, dass sie grosszügiger ausgestaltet ist. Einen besseren Anknüpfungspunkt oder einen objektiveren Massstab bietet diese grosszügigere Ausnahmebestimmung aber nicht.

Eine weitere Möglichkeit wäre, dass man Art. 34 Abs. 1 KFSV um einen weiteren Buchstaben ergänzt, der die Ratio der Bestimmung aufnimmt und individualisiert:

Art. 34 Schulbesuch

¹ Ist der Bezug einer stationären Leistung für den Schulbesuch unerlässlich, besteht keine Beteiligungspflicht, wenn

...

c nachgewiesen ist, dass den Kindern und jungen Erwachsenen ein täglicher Schulweg der Dauer, wie sie in den Bst. a und b genannt wird, behinderungsbedingt nicht zumutbar ist.

Dieses Kriterium bzw. die Umsetzung dieser Bestimmungen halten wir aber für wenig praktikabel. Sie wäre mit einem enormen bürokratischen Aufwand verbunden, da jeder Einzelfall gesondert geprüft werden müsste. Um die Zumutbarkeit bzw. die fehlende Zumutbarkeit begründen zu können, müsste von der Praxis ein differenzierter Kriterienkatalog entwickelt werden, der eine rechtsgleiche und zugleich einzelfallgerechte Konkretisierung erlaubt. Hierzu wären auch medizinische Gutachten erforderlich, deren Erstellung umständlich und zeitintensiv ist. Dies würde dem Ziel des KFSG entgegenstehen, einem Kind oder Jugendlichen mit einem Schutz- oder Förderbedarf schnell und zielgerichtet Leistungen anbieten zu können. Zudem wäre eine so stark einzelfallorientierte Praxis der Rechtssicherheit abträglich.

D. Exkurs: Kostenbeteiligung bei ausserkantonaler Unterbringung

I. Rückmeldung

In der Rückmeldung von Procap Bern vom 31. März 2022 wird argumentiert, dass es durch die aktuellen Bestimmungen des KFSG zu einer Ungleichbehandlung komme zwischen Familien, welche ihr Kind ausserkantonale und Familien, welche ihr Kind in einer innerkantonalen Einrichtung unterbringen würden. Begründet wird dies damit, dass im Gegensatz zu einer innerkantonalen Unterbringung bei einer ausserkantonalen Unterbringung die Interkantonale Vereinbarung über die Sozialen Einrichtungen (IVSE) zur Anwendung gelangen würde. Diese sieht nur eine Kostenbeteiligung von ca. CHF 30.00 pro Tag vor.

Sollte es sich dabei tatsächlich um eine Ungleichbehandlung handeln, wäre allenfalls der Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 BV verletzt. Dies würde einer einkommensabhängigen Kostenbeteiligung entgegenstehen. In diesem Exkurs wird dieser Kritik nachgegangen, auch wenn die ausserkantonale Unterbringung nicht explizit Teil des Gutachtenauftrags ist.

II. Die Regelungen der IVSE

Wie alle übrigen Kantone ist auch der Kanton Bern am 1. Januar 2006 der IVSE beigetreten (BGS 862.71-1). Diese sieht in Art. 19 Abs. 1 vor, dass der Wohnkanton (der leistungsbeziehenden Person) der IVSE-Einrichtung des Standortkantons eine Kostenübernahmegarantie zusichert.

In Art. 22 Abs. 1 IVSE wird festgehalten, dass die Höhe der Beiträge der Unterhaltspflichtigen im Rahmen der IVSE den mittleren Tagesauswendungen für Kost und Logis für eine Person in einfachen Verhältnissen entspricht. Diese Kostenbeteiligung wird von der IVSE-Einrichtung selbst direkt bei der leistungsbeziehenden Person oder deren gesetzlichen Vertretung eingefordert (Art. 29 Abs. 1 IVSE). Verbleibt nach Abzug der Kostenbeteiligung von der Leistungsabgeltung ein ungedeckter Betrag, so gilt der Wohnkanton diesen der IVSE-Einrichtung ab (Art. 29 Abs. 2 IVSE).

Die IVSE selbst kennt jedoch keine Regelung, die es den Kantonen verbietet, von den leistungsbeziehenden Personen oder den Unterhaltspflichtigen weitergehende Kostenbeteiligungen zu verlangen. Insofern erscheint uns die Rückmeldung der Procap unzutreffend, dass bei einer ausserkantonalen Unterbringung einzig (und ausschliesslich) eine Kostenbeteiligung von ca. CHF 30.00 geschuldet wäre. Dem Kanton Bern steht es offen, auch für eine ausserkantonale Unterbringung in einer IVSE-Einrichtung eine weitergehende Kostenbeteiligung zu erheben. Wir sind der Ansicht, dass der Kanton Bern mit dem KFSG gerade auch hierfür eine genügend gesetzliche Grundlage geschaffen hat.

III. Grundlage für ausserkantonale Unterbringung

Nach unserer Einschätzung ist das KFSG bezüglich Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen, unabhängig von der IVSE, auch bei einer ausserkantonalen Unterbringung von Berner Kindern anwendbar, und zwar aus folgenden Gründen: Gemäss Art. 23 Abs. 2 KFSG dürfen die Behörden grundsätzlich nur Leistungen in kantonalen Einrichtungen oder Einrichtungen anordnen, mit denen ein Leistungsvertrag nach Art. 15 KFSG vereinbart wurde. Mit wem die Direktion für Inneres und Justiz einen Leistungsvertrag abschliesst, basiert auch auf der regelmässigen Angebots- und Kostenplanung. Ziel dieser Planung ist eine bedarfsgerechte Sicherstellung der notwendigen Leistungen. Dieser Bedarf wird nachvollziehbarerweise primär durch Leistungsverträge mit Leistungserbringern im Kanton Bern gedeckt. Grundsätzlich ist es jedoch denkbar und vom Gesetz auch nicht ausgeschlossen, dass zur Deckung des Bedarfs auch Leistungsverträge mit ausserkantonalen Leistungserbringern abgeschlossen werden. Insbesondere für Leistungen für zweisprachige Leistungsbezüger oder für Leistungen mit einer sehr geringen Anzahl von Bezügeren könnte dies durchaus sinnvoll sein, sollte es dafür kein Leistungserbringer im Kanton Bern selbst geben.

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es nicht möglich ist, mit ausserkantonalen Leistungserbringern einen Leistungsvertrag abzuschliessen zu können (wobei für eine solche Einschränkung, wie bereits ausgeführt, keine entsprechende Grundlage ersichtlich ist), so ist immer noch die Bestimmung von Art. 24 KFSG zu berücksichtigen. Diese sieht ausdrücklich vor, dass es der anordnenden Behörde, nach Zustimmung der Direktion für Inneres und Justiz, auch möglich ist, eine Leistung in einer Einrichtung anzuordnen, mit der kein Leistungsvertrag besteht, sollte keine passende Einrichtung bestehen, mit der ein solcher Vertrag abgeschlossen wurde. Dies wäre insbesondere dann denkbar, wenn die erforderliche, angemessene und notwendige Leistung einzig von einem ausserkantonalen Leistungserbringer erbracht werden könnte, mit dem kein Leistungsvertrag besteht. Auch in diesem Fall würde dann die Leistung gestützt auf das KFSG angeordnet werden können.

IV. Kostenbeteiligung bei ausserkantonomer Unterbringung

Kommt man zum Schluss, dass Leistungen in ausserkantonalen Einrichtungen ebenfalls gestützt auf das KFSG, und damit auch die KFSV, angeordnet werden können, so müssten folglich auch die Bestimmungen über die Kostenbeteiligung (vorbehältlich der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger) an einer solchen Leistung zur Anwendung gelangen.

Gestützt auf diese Annahme hätten sich die leistungsbeziehende Person bzw. die Unterhaltspflichtigen stets an den Kosten einer Leistung zu beteiligen, unabhängig davon, ob die Leistung durch einen innerkantonalen oder ausserkantonalen Leistungserbringer erbracht wird. Insofern läge kein Verstoß gegen Art. 8 BV vor.⁶⁵

⁶⁵ Es wäre höchstens denkbar, dass der vom ausserkantonalen Leistungserbringer angewendete Tarif für die in Rechnung gestellten Leistungen tiefer ist, als der für die gleichen Leistungen zur

V. Vorliegen einer Ungleichbehandlung?

Geht man dagegen davon aus, dass entgegen den vorangehenden Ausführungen bei der Anordnung einer ausserkantonalen Leistung das KFSG nicht anwendbar ist und keine weitergehende Kostenbeteiligung verlangt werden könnte, so wäre zu untersuchen, ob dadurch eine unzulässige Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 8 BV vorliegt, wenn sich die Kostenbeteiligung in solchen Fällen auf lediglich rund CHF 30.00 beschränkt.

Art. 8 Abs. 1 BV sieht vor, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird (relativer Gleichheitssatz). Es ist also zu prüfen, ob sich Familien, deren Kind eine Leistung nach KFSG im Kanton Bern bezieht, in der gleichen Situation befinden wie Familien, deren Kind eine Leistung ausserhalb des Kantons Bern bezieht, und ob sich die entsprechende Ungleichbehandlung bei der Kostenbeteiligung rechtfertigen lässt. Bezugspunkt für die Beurteilung bildet dabei der vorne beschriebene Zweck der Regelung, die Kostenbeteiligung dann auszusetzen, wenn der Schulweg ansonsten unzumutbar lang wäre.

Ausgangspunkt bildet die Situation, dass beispielsweise bei einer stationären Unterbringung in einer IVSE-Einrichtung, die eine halbe Wegstunde entfernt ist, aber im Kanton Bern liegt, eine Beteiligungspflicht bestünde, die deutlich mehr als CHF 30.00 beträgt, und bei einer ausserkantonalen Unterbringung in einer IVSE-Einrichtung, die ebenfalls eine halbe Wegstunde entfernt liegt, nur der Betrag von CHF 30.00 geschuldet wäre.⁶⁶

In einer vergleichbaren Ausgangssituation würden hier also unterschiedliche Beteiligungen erhoben, was auf den ersten Blick offensichtlich rechtsungleich erscheint. Allerdings liesse sich, zumindest aus der Sicht der kantonalen Rechtsetzung, geltend machen, dass ausserkantonale Angebote insofern anders (und hier günstiger) behandelt werden könnten, weil sie ja ausserkantonale und damit von einer Mehrzahl von Orten im Kanton aus gesehen weiter entfernt sind als kantonale Angebote. Wenn für ausserkantonale Angebote also – gemäss der Regelung in der IVSE – geringere Beteiligungen geschuldet sind, dann nimmt dies zumindest einen Teil der Ratio auf, für weiter entfernte Angebote geringere Beteiligungen zu erheben. Wenn man sich zudem vergegenwärtigt, dass die bundesgerichtliche Praxis aus Gründen der Praktikabilität Vereinfachungen

Anwendung gelangende Tarif nach KFSG einer Berner Einrichtung und dadurch die Kosten tiefer liegen.

⁶⁶ So jedenfalls die Annahme der an der Regelung geäusserten Kritik (PROCAP März, S. 3; siehe Ziff. D. I sowie vorne bei Fn. 19). Diese Kritik deckt sich indes nicht mit der geltenden Praxis. Grundsätzlich müssen sich nach dieser Eltern mit Wohnsitz im Kanton Bern und Unterbringung ihres Kindes in einer ausserkantonalen IVSE-Einrichtung nicht nur mit CHF 30.00 beteiligen. Die Höhe der Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen richtet sich gem. Art. 33 KFSV nach der Berechnungstabelle in Anhang 4 KFSV, soweit die Leistungen nicht von den Leistungsbezüglern gedeckt sind (vgl. auch Ziff. D. III.). Allerdings berechnet sich die Leistung nach den Tarifbestimmungen am Ort der Einrichtung. Nur insofern kann es also sein, dass ein ausserkantonaler Tarif günstiger ist, als die vom KJA genehmigten Tarife einer innerkantonalen Einrichtung mit gleichwertigem Angebot. Vgl. auch Fn. 65.

chungen und Schematisierungen zulässt, die zu gewissen Ungleichbehandlungen führen, erscheint die Situation, die sich hier ergeben könnte, zumindest nicht unhaltbar oder gar stossend.

Es muss an dieser Stelle zudem angemerkt werden, dass sich bei den Fällen von Art. 24 Abs.1 KFSG nach unserer Ansicht um Einzelfälle handelt, zumal es Aufgabe der Direktion für Inneres und Justiz und des Regierungsrates ist, für eine ausreichende Angebotsplanung zu sorgen. Sollten sich für bestimmte Bedürfnisse also Anordnungen von Leistungen häufen, für die kein Leistungsvertrag besteht, besteht die Möglichkeit, dass diese Lücke mit der nächsten Planung geschlossen wird. Zu diesem Zweck sieht Art. 24 KFSG auch die Genehmigung von solchen Ausnahmeanordnungen vor, damit überprüft werden kann, ob eine solche Lücke tatsächlich besteht und diese im Rahmen der Angebotsplanung geschlossen werden müsste.⁶⁷ Allerdings lässt sich aus dieser Systematik weder ein Anspruch auf das Schliessen einer Angebotslücke noch auf ein entsprechendes innerkantonales Angebot ableiten.

⁶⁷ DIREKTION, KFSG, S. 22 zu Art. 26.

E. Beantwortung der Fragen

I. Frage 1

Es soll aufgezeigt werden, ob Art. 62 BV oder anderes übergeordnetes Recht den Kanton Bern dazu verpflichtet, auf eine Kostenbeteiligung an den Unterbringungskosten bei einer Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule, gestützt auf Art. 34 f. KFSG, zu verzichten.

Laut Art. 62 Abs. 2 BV sorgen die Kantone für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offensteht, obligatorisch ist und unter staatlicher Leitung steht. Er ist an öffentlichen Schulen unentgeltlich. Zudem haben die Kantone gemäss Art. 62 Abs. 3 BV für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen.

Die Auslegung der entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorgaben, die auch im Lichte internationaler Vorgaben und der gängigen Praxis zu erfolgen hat, führt zum Ergebnis, dass sich der Anspruch auf Kostenlosigkeit nur auf die eigentlichen schulischen und andersschulischen Angebote bezieht. Von der Unentgeltlichkeit der Sonderschulung nicht erfasst werden namentlich die ausserschulischen Leistungen, insbesondere die Verpflegung, Pflege und Betreuung. Es handelt sich dabei nicht um schulische Fördermassnahmen. Dies bestätigen sowohl die interkantonale wie auch die kantonale Praxis sowie die Auslegung der entsprechenden familienrechtlichen Pflichten.

Es ist damit grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Kanton Bern bei einer Unterbringung in einer Einrichtung mit besonderer Volksschule eine Kostenbeteiligung an ausserschulischen Leistungen (insbes. Unterbringung und Verpflegung sowie Betreuung) erhebt. Aus dem übergeordneten Recht lassen sich keine Argumente ableiten, die einen Verzicht auf eine solche Kostenbeteiligung nahelegen; was es einem Kanton allerdings auch nicht verbieten würde, gleichwohl von einer solchen abzusehen.

II. Frage 2

Weiter soll untersucht werden, ob die KFSV und insbesondere die in Art. 34 vorgesehene Ausnahmeregelung von der Kostenbeteiligung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.

Grundsätzlich wird das Kriterium der Länge des Schulwegs in erster Linie beigezogen, wenn beurteilt werden soll, ob der Grundschulunterricht ausreichend ist. Die räumliche Distanz zwischen dem Wohnort und dem Schulort darf dem Zweck des ausreichenden Grundschulunterrichts nicht entgegenstehen. Bei einer Sonderschulung gehören die Transportkosten denn auch zweifellos zu den Kosten der Sonderschulung und müssen unentgeltlich sein. Dies sieht das bernische Volksschulgesetz ausdrücklich so vor (Art. 1c Abs. 2 lit. d VSG).

Nimmt man die Länge des Schulwegs nun als Kriterium dafür, ob von einer Kostenbeteiligung abgesehen wird oder nicht, dann kommt ihr eine Doppelfunktion zu, die vom

Verfassungsgeber so nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen ist. So können gewisse Leistungsangebote der Sonderschulung tatsächlich nur in vereinzelt, spezialisierten Einrichtungen angeboten werden. Benötigt ein Kind mit einem besonderen Förder- und Schutzbedarf genau diese Leistung und kann seine (Sonder-)Schulung nur so gewährleistet werden, rechtfertigt es sich, dass es in einer angegliederten Einrichtung untergebracht wird, wenn der Schulweg andernfalls zu lange bzw. nicht zumutbar wäre. Diese Überlegungen scheint die geltende Ausnahmeregelung zu widerspiegeln.

Wenn somit dem Anspruch auf angemessene Sonderschulung nur in einer ganz bestimmten, weit entfernten Sonderschule entsprochen werden kann und die Sonderschulung andernfalls nicht erbracht werden kann, dann würde sich eine Kostenbeteiligung für die Unterbringung einschränkend auswirken. In dieser Hinsicht ist die Länge des Schulwegs ein zulässiges Kriterium für die Ausnahmeregelung.

III. Frage 3

Sollte die Ausnahmeregelung gegen übergeordnetes Recht verstossen, sollte eruiert werden, wie eine solche Ausnahmeregelung formuliert sein müsste, damit an der grundsätzlichen Kostenbeteiligung der Unterhaltspflichtigen nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festgehalten werden könnte.

Einen anderen Anknüpfungspunkt als die Länge des Wegs (bzw. die entsprechende Reisedauer), der noch dazu praktikabel wäre, sehen wir nicht. Das Kriterium der Reisedauer bringt in schematisierter Weise die «Zumutbarkeit» des Schulwegs (bzw. dessen täglicher Zurücklegung) zum Ausdruck.

Alternativ könnte man sich überlegen, die Ausnahmeregelung entweder «grosszügiger» zu gestalten (d.h. die Ausnahmeregelung für die Kostenbeteiligung bereits bei kürzerem Schulweg zur Anwendung zu bringen, z.B. bei einer halben Stunde pro Weg (statt einer Stunde) bei Art. 34 Abs. 1 Bst. a KFSV für unter Zwölfjährige und einer Stunde (statt anderthalb Stunden) pro Weg bei Art. 34 Abs. 1 Bst. b KFSV). Das wäre dann aber einfach grosszügiger, aber eine Vergleichsgrösse oder einen objektiven Massstab für diese Zumutbarkeit gibt es nicht.

Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, Art. 34 Abs. 1 KFSV um einen weiteren Buchstaben zu ergänzen, der die Ratio der Bestimmung aufnimmt und individualisiert:

Art. 34 Schulbesuch

1 Ist der Bezug einer stationären Leistung für den Schulbesuch unerlässlich, besteht keine Beteiligungspflicht, wenn

...

c nachgewiesen ist, dass den Kindern und jungen Erwachsenen ein täglicher Schulweg der Dauer, wie sie in den Bst. a und b genannt wird, behinderungsbedingt nicht zumutbar ist.

Dieses Kriterium bzw. die Umsetzung dieser Bestimmungen halten wir aber für wenig praktikabel. Sie wäre mit einem enormen bürokratischen Aufwand verbunden, da jeder

Einzelfall gesondert geprüft werden müsste. Um die Zumutbarkeit bzw. die fehlende Zumutbarkeit begründen zu können, müsste von der Praxis ein differenzierter Kriterienkatalog entwickelt werden, der eine rechtsgleiche und zugleich einzelfallgerechte Konkretisierung erlaubt. Hierzu wären auch medizinische Gutachten erforderlich, deren Erstellung umständlich und zeitintensiv ist. Dies würde dem Ziel des KFSG entgegenstehen, einem Kind oder Jugendlichen mit einem Schutz- oder Förderbedarf schnell und zielgerichtet Leistungen anbieten zu können. Zudem wäre eine so stark einzelfallorientierte Praxis der Rechtssicherheit abträglich.