

Die schweizerische Bundesverfassung

St. Galler Kommentar

3. Auflage 2014

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller Benjamin Schindler
Rainer J. Schweizer Klaus A. Vallender

Professoren für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Leiter wissenschaftliches Sekretariat

Reto Patrick Müller



Schulthess §

Art. 11*

¹ Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

Schutz der
Kinder und
Jugendlichen

² Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

¹ Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.

Protection
des enfants et
des jeunes

² Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement.

¹ I fanciulli e gli adolescenti hanno diritto a particolare protezione della loro incolumità e del loro sviluppo.

Protezione
dei fanciulli
e degli adole-
scenti

² Nei limiti delle loro capacità, esercitano autonomamente i loro diritti.

Materialien: Botsch. VE 96, 138 f.; Prot. VK-N vom 29. Oktober 1997, 17 ff.; Prot. VK-S vom 4. Juni 1998, 5 ff.; Prot. VK-N vom 2. September 1998, 20 ff.; Prot. VK-S vom 1. Oktober 1998, 6 ff.; Prot. VK-N vom 1. November 1998, 9 ff.; Prot. VK-N/S, Einigungskonferenz vom 11. Dezember 1998, 9; AB N Verfassungsreform 41 ff., 191 ff., 417 ff., 467 ff., 489 ff.; AB S Verfassungsreform 156 f., 206 ff., 225 ff.; Gewalt und Vernachlässigung in der Familie: notwendige Massnahmen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und der staatlichen Sanktionierung, Ber. des vom 27. Juni 2012 BR in Erfüllung des Po. Fehr (07.3725) vom 5. Oktober 2007.

Literatur: BAUMANN FELIX, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss., Zürich etc. 2011 (zit. Persönliche Freiheit); BERLIN HILKE, Kinder- und Jugendrechte in der Schweiz, Diss., Münster 2011; BIAGGINI GIOVANNI, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt?, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Basel etc. 2001, 25 ff. (zit. Kinderrechte); BJ, Die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid, Gutachten vom 25. Februar 2005, VPB 2008.2, 15 ff. (zit. Gutachten); BOLZLI PETER, Bemerkungen zu BGE 135 I 153, Asyl 3/2009, 28 ff. (zit. Bemerkungen); BRAUCHLI ANDREAS, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss., Zürich 1982; BRONFENBRENNER URIE, Die Ökologie menschlicher Entwicklung, Stuttgart 1981 (zit. Menschliche Entwicklung); BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zu Art. 19 ZGB, Bern 1976 (zit. BK, Art. 19 ZGB); BÜCHLER ANDREA/HOTZ SANDRA, Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität – Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, AJP 2010, 565 ff. (zit. Behandlung); BÜCHLER ANDREA/SIMONI HEIDI, Kinder und Scheidung, Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009 (zit. Kinder und Scheidung); CANTIENI LINUS, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Bern 2007 (zit. Gemeinsame elterliche Sorge); COESTER MICHAEL, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Habil. Augsburg, Frankfurt a.M. 1983 (zit. Kindeswohl); EDI, Bericht Strategie für eine schweizerische Kinder- und Jugendpolitik vom 27. August 2008, <www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00065/> besucht am 4.10.2013; EJPD, Jugendgewalt, Bericht vom 11. April 2008, <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/kriminalitaet/jugendgewalt/ber-jugendgewalt-ejpd-d.pdf> besucht am 22.7.2014; EKKJ, Kindern zuhören, Das Recht auf Meinungsäusserung und Anhörung, Bern 2011; FASSBIND PATRICK, Züchtigungsrecht contra Gewaltverbot bei der Ausübung der elterlichen Personensorge, AJP 2007, 547 ff. (zit. Züchtigungsrecht); FREEMAN MICHAEL, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child, Boston/Leiden 2007; FRÜH BEATRICE, Die UNO-Kinderrechtskonvention, Diss., Zürich 2007; HAGENSTEIN NADINE, O tempora, o mores! oder Keine Macht den Killerspielen, AJP 2010, 1293 ff. (zit. Killerspiele); HAUSHEER HEINZ/PERRIG-CHIELLO PASQUALINA, Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters, ZBJV 2012, 773 ff. (zit. Selbstbestimmung); HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999 (zit. Kindesrecht); DERS., Berner Kommentar zu Art. 264 ZGB, Bern 1984 (zit. BK, Art. 264 ZGB); HERZIG CHRISTOPHE A., Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2013, 182 ff. (zit. Partei- und Prozessfähigkeit); HÖRDEGEN STEPHAN, Grundziele und -werte der «neuen» Bildungsverfassung, ZBl 2007, 113 ff. (zit. Grundziele); HUGGER KAI-UWE/TILLMANN ANGELA/FLEISCHER SANDRA, Handbuch «Kinder und Medien», Berlin 2013 (zit. Kinder und Medien); JOSI PETER, Bundesgericht: Horror vor acht – Die SRG verletzt Jugendschutz-Nor-

* Die Autoren danken Herrn Severin Bischof, MLaw HSG, herzlich für seine Recherchen im Hinblick auf die Vorbereitung der Kommentierung der 3. Aufl.

men, NZZ vom 13. Dezember 2012, 15 (zit. SRG); KOLLER HEINRICH, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999 (Sondernummer BV), 656 ff. (zit. Grundrechte); KOLLER HEINRICH/WYSS MARTIN PHILIPP, «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz...» – Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV, in: Geiser Thomas et al. (Hrsg.), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 435 ff. (zit. Schutz); KRAPPMANN LOTHAR/LÜSCHER KURT, Kinderrechte im Generationenverbund, Plädoyer für eine aktuelle Lektüre der Kinderrechtskonvention, RdJB 2009, 326 ff. (zit. Kinderrechte); LARGO REMO, Lernen geht anders, Bildung und Erziehung vom Kind her denken, München 2012 (zit. Lernen); LARGO REMO/CZERNIN MONIKA, Jugendjahre, Kinder durch die Pubertät begleiten, München 2011 (zit. Jugendjahre); LEBOVICI SERGE/DIATKINE RENÉ/SOULÉ MICHEL, *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, Paris 1995 (zit. *Traité de psychiatrie*); LISCHETTI NORA, Unbegleitete Minderjährige im schweizerischen Asylverfahren, Asyl 1/2012, 3 ff. (zit. Asylverfahren); LÜSCHER KURT, Kinderpolitik konzipieren, in: Grundmann Matthias/Lüscher Kurt (Hrsg.), *Ökologische Sozialisationsforschung*, Konstanz 2000, 333 ff. (zit. *Kinderpolitik konzipieren*); DERS., *Kinderpolitik, Mit Ambivalenzen verantwortungsbewusst umgehen*, in: Oswald Hans/Uhlendorff Harald (Hrsg.), *Wege zum Selbst, Soziale Herausforderungen für Kinder und Jugendliche*, Festschrift Krappmann, Stuttgart 2002, 321 ff. (zit. *Kinderpolitik*); LÜSCHER KURT/LIEGLE LUDWIG, *Generationenbeziehungen in Familie und Gesellschaft*, Konstanz 2003 (zit. *Generationenbeziehungen*); MADER LUZIUS, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, AJP 1999 (Sondernummer BV), 698 ff. (zit. *Sozial- und Umweltverfassung*); MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 5. Aufl., Genf etc. 2014 (zit. *Filiation*); MEYER ULRICH/SIKI EVA, Bestand und Umsetzung der Sozialrechte in der Schweiz, SZS 2010, 407 ff.; MISIC ALEXANDER, *Der Grundrechtskatalog*, in: Fleiner et al., BV-CF 2000, 71 ff. (zit. *Grundrechtskatalog*); MÜLLER GEORG, Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht, in: Riemer Hans Michael/Walder Hans Ulrich/Weimar Peter (Hrsg.), *Festschrift für Cyril Hegnauer*, Bern 1986, 231 ff. (zit. *Familienpolitik und Familienrecht*); REICH JOHANNES, «Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht – Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 2012 I, 363 ff. (zit. *Schutz*); RHINOW RENÉ, *Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung*, in: Zimmerli, BTJP 1999, 157 ff. (zit. *Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung*); RIEMER HANS MICHAEL, *Berner Kommentar zu Art. 70 ZGB*, Bern 1990 (zit. *BK, Art. 70 ZGB*); RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SPESCHA MARC, *Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte*, AJP 2009, 1103 ff. (zit. *Kindeswohl*); SALADIN PETER, *Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts*, in: Saladin, *Verfassungserneuerung*, 127 ff. (zit. *Rechtsbeziehungen*); SAGW (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer Generationenpolitik*, Bern 2010 (zit. *Generationenpolitik 2010*); DIES., *Was ist Generationenpolitik*, Bern 2012 (zit. *Generationenpolitik 2012*); SUTTER PATRICK, *Die grundrechtliche Verpflichtung des Staates zur Untersuchung und Sanktionierung von (sexuellen) Übergriffen gegen Kinder*, S&R 2011, 182 ff. (zit. *Verpflichtung*); WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Träger der Grundrechte*, in: Merzen/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VII-2, 79 ff. (zit. *Träger*); WOLF STEPHAN, *Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes*, ZBJV 1998, 115 ff. (zit. *KRK*); WYSS MARTIN PHILIPP, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Habil. Bern, Bern 2001 (zit. *Öffentliche Interessen*); WYTTENBACH JUDITH, *Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11)*, Diss., Basel etc. 2006 (zit. *Konflikte*); ZERMATTEN JEAN, *Grandir en 2010: entre protection et participation. Regards croisés sur la Convention des droits de l'enfant*, RJJ 2010, 93 ff. (zit. *Grandir*).

Inhaltsübersicht

	Rz.
I. Verhältnis zum bisherigen Recht und Entstehungsgeschichte	1
II. Allgemeine Tragweite der Bestimmung	7
III. Abs. 1	12
1. Grundrechtsträger	12
2. «Besonderer Schutz der Unversehrtheit»	14
3. «Förderung der Entwicklung»	21
4. Adressaten des Schutz- und Förderungsanspruchs	26
5. Justiziabilität und Praxis	30
6. Verhältnis zum Völkerrecht	42

IV.	Abs. 2	43
	1. Tragweite	43
	2. Einschränkungen der «Grundrechtsmündigkeit» im öffentlichen Interesse	47
	3. Einschränkungen der allgemeinen «Grundrechtsmündigkeit» durch die elterliche Sorge	48
	4. Urteilsfähigkeit	50
	5. Ausübung der Grundrechte	51

I. Verhältnis zum bisherigen Recht und Entstehungsgeschichte

Die Rechtsstellung der Kinder war in der aBV, von wenigen punktuellen Ausnahmen (Art. 44 Abs. 1, Art. 49 Abs. 3 u. Art. 54 Abs. 5) abgesehen, nicht ausdrücklich definiert. Die Lehre war sich uneinig, ob sich implizit aus der Verfassung gewisse Rechte und Pflichten der Kinder und der Eltern ergeben (MÜLLER G., Familienpolitik und Familienrecht, 239 f.).

Art. 11 gehörte zu den umstrittensten Bestimmungen der neuen Verfassung (WYTTENBACH, Konflikte, 277 ff.; REICH J., Schutz, 365 ff.; BGE 126 II 377 E. 5, 388). Der Bundesrat wollte keine neue Kategorie von Grundrechtsträgern schaffen (zur Signalwirkung KOLLER/WYSS, Schutz, 441 ff.), sondern die besonderen Anliegen der Kinder und Jugendlichen nur bei den Sozialzielen berücksichtigen (Botsch. VE 96, 138 f. u. 595). Der Ständerat (vgl. AB S Verfassungsreform 40 f.) stimmte diesem Konzept zu, ebenso die Mehrheit der VK-N. Eine Minderheit der VK-N dagegen beantragte in Berücksichtigung eines Anliegens der Schweiz. Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände folgenden Text, der im Nationalrat mit 73 zu 67 Stimmen knapp angenommen wurde:

Art. 11a Rechte der Kinder und Jugendlichen

¹ Die Kinder und Jugendlichen haben Anspruch auf eine harmonische Entwicklung und auf den Schutz, den ihre Situation als Minderjährige erfordert.

² Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Fähigkeiten selbst aus.

Bedenken bzgl. der Praktikabilität und Justiziabilität dieses Grundrechts (Votum Koller [BR], AB N Verfassungsreform 195) unterlagen dem Wunsch, in der Verfassung ein Zeichen zugunsten der Kinder und Jugendlichen zu setzen, die in ihrer Entwicklung, insb. auch räumlich, immer mehr eingeeengt würden und die Misshandlungen, sexuellen, ökonomischen und anderen Formen der Ausbeutung ausgesetzt seien und zu wenig Mitbestimmung hätten. In der BV sollten den Kindern und Jugendlichen ein Status zuerkannt und die besondere Bedeutung dieser für die Entwicklung der Persönlichkeit entscheidenden Lebensphase betont werden. Der Schutzauftrag des Staates im Sinne der KRK sollte verfassungsrechtlich verankert werden (AB N Verfassungsreform 191 ff., insb. Voten Zbinden und Maury Pasquier). Ein Einzelantrag, als Gegengewicht in der BV auch die Elternrechte zu gewährleisten (Art. 12^{bis}), wurde u.a. mit dem Hinweis, dass Art. 11 und 12 VE 96 (Art. 13 u. 14 BV) genügten, knapp verworfen.

In der Differenzvereinbarung strich der Ständerat auf Antrag seiner Kommission Art. 11a wieder, da namentlich ein «Recht auf harmonische Entwicklung» von einem Gericht nicht beurteilt werden könne. Stattdessen schlug er einen neuen Abs. 3 zu Art. 9 VE 96 (Art. 10 BV) vor, um das Recht auf persönliche Freiheit zu konkretisieren (AB S Verfassungsreform 156 f.): «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und Entwicklung».

Der Nationalrat hielt diesmal mit 93 gegen 67 Stimmen an seinem Text fest, ersetzte in Abs. 2 aber «Fähigkeiten» durch «Urteilsfähigkeit» (AB N Verfassungsreform 417 ff.).

- 4 Die VK-S schlug in der zweiten Differenzbereinigungsrunde einen Kompromiss vor, indem sie Art. 9 Abs. 3 verselbstständigte und inhaltlich erweiterte:

Art. 9a Schutz der Kinder und Jugendlichen

Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und Entwicklung. Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

Im Plenum des Ständerats wurde der zweite Satz einerseits als Selbstverständlichkeit, andererseits als zu wenig nuanciert wieder gestrichen, im Übrigen wurde aber Art. 9a zugestimmt (AB S Verfassungsreform 206 ff.). Der Nationalrat übernahm die systematische Einordnung und den Titel, hielt aber weiterhin an seinem Text von Abs. 1 fest (92 gegen 67 Stimmen für die Kommissionminderheit II = Fassung S). Abs. 2 dagegen liess er fallen (AB N Verfassungsreform 467 ff.).

- 5 Erst an einer Einigungskonferenz der beiden VK verständigte man sich auf die heutige Fassung. Diese fand im Rahmen eines Pakets von vierzehn noch offenen Bestimmungen die Zustimmung des N und des S (AB Verfassungsreform N 489 u. S 225 f.). In beiden Räten wurde betont, dass sich aus Art. 11 Abs. 2 keine neuen Rechte direkt ableiten lassen, sondern es sich um eine Heraufstufung entsprechender Gesetzesbestimmungen, insb. des ZGB handle (Voten Frick u. Koller [BR], AB S Verfassungsreform 226; Voten Vollmer u. Deiss, AB N Verfassungsreform, 490 f.).
- 6 Inzwischen hat die Norm auf das kantonale Verfassungsrecht ausgestrahlt (vgl. z.B. Art. 29 Abs. 2 KV BE; § 11 Abs. 1 Bst. f KV BS; Art. 14 Abs. 1 KV NE; Art. 2 Bst. e KV SG; Art. 13 KV VD; Art. 14 KV SH; Art. 34 KV FR).

II. Allgemeine Tragweite der Bestimmung

- 7 Die einschlägige Literatur und die Statistik dokumentieren mittlerweile eine sich stetig wandelnde, widersprüchliche Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse und Entwicklungsbedingungen von Kindern und Familien, ebenso des Verständnisses der Kindheit als einer eigenständigen Lebensphase. Dies ist für die Entfaltung zu einer eigenständigen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit von grosser Tragweite. Die KRK kann als herausragender Bezugspunkt gesehen werden und ist bei der Auslegung von Art. 11 beizuziehen (BGE 126 II 377 E. 5d, 391). Entgegen populären Vorstellungen postuliert die KRK nicht einfach die Teilhabe (Partizipation) der Kinder am gesellschaftlichen Leben, sondern insbesondere umfassend das Recht auf Eingebundenheit in förderliche familiale, verwandtschaftliche und gesellschaftliche Generationenbeziehungen (KRAPPMANN/LÜSCHER, Kinderrechte, passim). Im historischen Rückblick und unter Bezugnahme auf anthropologische Überlegungen kann man mit guten Gründen die These vertreten, das Verhältnis zwischen Kindern und Erwachsenen sei geprägt durch tiefgreifende Ambivalenzen. Ihren allgemeinen Grund kann man darin sehen, dass Kinder und Jugendliche einerseits grundlegend anders als die Erwachsenen sind, andererseits ihnen gleichen, weil sie erwachsen werden sollen. Diese Zwiespältigkeiten werden in vielen Varianten in der Literatur, der Kunst, der Philosophie, der Pädagogik, der Psychologie und der Soziologie abgehandelt. Sie bilden auch den – oft unausgesprochenen – Hintergrund des rechtlichen Verständnisses dieser Beziehungsdynamiken,

wie die umstrittene Entstehungsgeschichte von Art. 11 ebenso wie die Entwicklung einer Kinderpolitik (LÜSCHER, Kinderpolitik, *passim*) zeigen.

Mit Art. 11 geniesst das Kindeswohl «Verfassungsrang und gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn» (BGE 132 III 359 E. 4.4.2, 373; 129 III 250 E. 3.4.2, 255; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 KRK; KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, 208; WYTTENBACH, Konflikte, 306; REICH J., Schutz, 375 ff.), was allerdings auch ohne die Bestimmung der Fall wäre (BIAGGINI, Komm. BV, Art. 11, Rz. 3). Das Kindeswohl ist ein offener Begriff, der im Einzelfall konkretisiert werden muss. «Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist» (BGE 129 III 250 E. 3.4.2, 255 m.H.; HEGNAUER, BK, Art. 264 ZGB, Rz. 58; DERS., Grundriss des Kindesrechts, Rz. 26.04a ff.; BRAUCHLI, Kindeswohl, 190 ff.; COESTER, Kindeswohl, *passim*; MEIER/STETTLER, Filiation, Rz. 494 ff.). Schutz und Förderung sind keine Gegensätze, sondern Facetten des Kindeswohls. Dieses gilt nicht absolut, sondern ist gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK «vorrangig zu berücksichtigen». Zur Gewährleistung des Kindeswohls sind in erster Linie die Eltern berufen (vgl. insb. Art. 3 Abs. 2, Art. 5, 9, 14 Abs. 2, Art. 18, 27 Abs. 2 KRK), deren Stellung verfassungsrechtlich insb. durch Art. 13 und 14 BV geschützt ist. Mit Art. 301 f. und 305 i.V.m. Art. 19 ZGB (heute Art. 19 Abs. 2 u. 19c ZGB) hat das Kindesrecht von 1976 bereits weit vor der KRK den fremdnützigen Pflichtrechtscharakter der elterlichen Sorge (BGE 136 III 353 E. 3.1, 356) im Sinne eines Förderungs- und Schutzauftrages unter angemessener Partizipation des Kindes anerkannt und damit die Kernanliegen der KRK vorweggenommen (Rz. 42). Der Kindeswille ist aber nicht einfach mit dem Kindeswohl gleichzusetzen, wie Art. 12 KRK (die Meinung des Kindes ist angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen) bzw. Art. 301 Abs. 2 ZGB («soweit tunlich») zum Ausdruck bringen (REICH J., Schutz, 376 f.).

Unter Bezugnahme auf den aktuellen Stand der pädagogischen, psychiatrischen, psychologischen und soziologischen Erkenntnisse (vgl. z.B. LARGO, Lernen, *passim*; LARGO, Jugendjahre, *passim*; LÜSCHER, Kinderpolitik konzipieren, 333 ff.; LEOVICI/DIATKINE/SOULE, *Traité de psychiatrie*, *passim*; s.a. KOLLER/WYSS, Schutz, 439) lassen sich folgende Thesen zum Kindeswohl und einer daran orientierten Kinderpolitik formulieren (LÜSCHER, Kinderpolitik, *passim*).

- Die biologische Ausstattung eines jeden Menschen bildet in Wechselwirkung mit den sozialen und kulturellen Bedingungen des Aufwachsens sowie dem Wissen darüber das anthropologische und sozio-kulturelle Potential individueller und gesellschaftlicher Entwicklungsprozesse (hierzu: BRONFENBRENNER, *Menschliche Entwicklung*, *passim*).
- Kinder und Jugendliche bedürfen des antwortenden Handelns der Älteren, vorab ihrer Eltern sowie der Grosseltern, deren Persönlichkeitsentwicklung durch den Umgang mit Kindern ebenfalls beeinflusst wird. Im ganzen Lebensverlauf ist die Verlässlichkeit zwischenmenschlicher Beziehungen von grosser Tragweite.
- Es gibt kritische Phasen und Ereignisse, in denen Beeinträchtigungen der Beziehungs- und Lebensqualität schwerwiegende Folgen für die Persönlichkeitsentwicklung haben können (Verlust eines Elternteils, Trennung und Missbrauch), doch es ist oft möglich, mit dem entsprechenden sachkundigen Aufwand im individuellen Fall die Folgen zu mildern oder zu heilen. Ein wichtiges Ziel der Prävention besteht darin, die Kumulation von Risikofaktoren zu vermeiden.

- Kinder vermögen schon sehr früh ihre Bedürfnisse, Wünsche und Absichten zu artikulieren und dementsprechend die sozialen Beziehungen und die Mikrobedingungen ihrer Lebensverhältnisse mit zu beeinflussen. Dieses Konzept der «Handlungsbefähigung» ist weitgehend deckungsgleich bzw. vereinbar mit der Bestimmung von Art. 11 Abs. 2. Kindern und Jugendlichen sollen somit nach Massgabe ihrer Entwicklung Möglichkeiten zur aktiven Mitwirkung an der Gestaltung ihrer Lebenswelten und diesbezüglichen Entscheidungen gewährt werden.
 - Die Lebensverhältnisse von Kindern und Jugendlichen werden in einem historisch noch nie da gewesenen Ausmass und Tempo von den Entwicklungen medialer Kommunikationsformen aller Art geprägt. Oft entwickeln Kinder und Jugendliche eigenständige Praxen der Mediennutzung. Zugleich ist es notwendig, durch staatliches Handeln ebenso wie durch die Eigenverantwortung der Anbieter von Geräten, Programmen, Inhalten und Nutzungsformen Beeinträchtigungen der personalen Entwicklung sowohl bei der (aufgedrängten) Nutzung der Medien als auch bei der Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen in medialen Veranstaltungen abzuwehren (vgl. Rz. 18 u. 39; HUGGER/TILLMANN/FLEISCHER, Kinder und Medien, passim).
- 10 Zur allgemeinen Tragweite von Art. 11 Abs. 1 hat sich das BGer in BGE 126 II 377 E. 5d, 391 geäussert: Der Schutz der Kinder und Jugendlichen wird mit der Verankerung als Grundrecht verfassungsrechtlich zu einem umfassenden und vordringlichen Anliegen erklärt. Art. 11 Abs. 1 will aber nach seiner Entstehungsgeschichte und mangels normativer Bestimmtheit nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung keine zusätzlichen klagbaren subjektiven Rechte schaffen (vgl. Rz. 30 ff.), sondern insbesondere den Gesetzgeber anhalten, beim Erlass neuer öffentlich- oder privatrechtlicher Rechtssätze auf die Interessen der Kinder und Jugendlichen besondere Rücksicht zu nehmen. Im Unterschied zu den in Art. 41 Abs. 1 Bst. c, e, f und g verankerten Sozialzielen, die sich hauptsächlich an den Gesetzgeber richten, nimmt Art. 11 Abs. 1 auch die rechtsanwendenden Instanzen in die Pflicht, bei der Interpretation und Anwendung von Rechtsnormen «den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen, was in besonderem Masse dann gilt, wenn ein Rechtssatz Lücken aufweist oder [...] den Behörden Ermessensspielräume einräumt». Da die Ziele von Art. 11 und jene der Konvention identisch sind (Rz. 2), ist zur Konkretisierung die Rechtsprechung zur KRK beizuziehen.
- 11 Art. 67 Abs. 1 betrifft den selben Sachbereich wie Art. 11 Abs. 1 und betont noch einmal, dass Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen haben; «Jugendschutz und Jugendförderung bilden eine Querschnittaufgabe, die bei allen staatlichen Tätigkeiten zu erfüllen ist» (Komm. zu Art. 67, Rz. 9). Das gestützt auf Art. 67 Abs. 2 erlassene KJFG erwähnt in Art. 6 Abs. 1 Bst. c ausdrücklich die Aufgaben von Art. 11 Abs. 1.

III. Abs. 1

1. Grundrechtsträger

- 12 Die Bestimmung gilt für alle Kinder und Jugendlichen, die unter die Schweizer Rechtsordnung fallen (BGer 2C_305/2012 [1.10.2012], E. 4.2. a.E.), grundsätzlich unabhängig von ihrer Nati-

onalität und ihrem Aufenthaltsstatus (MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 11, Rz. 3). Sie erfasst Minderjährige im Sinne von Art. 14 ZGB, die das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben (vgl. Rz. 2 ff.; für einen extensiven Begriff von Jugendlichen s. Art. 4 KJFG; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 453). Der Anwendungsbereich stimmt somit mit demjenigen der KRK überein (Art. 1). Der Nasciturus fällt nicht unter den Begriff «Kinder und Jugendliche» (vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB; WYTTENBACH, Konflikte, 299 f.; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 90; REICH J., Schutz, 384), wohl aber unter den Schutz von Art. 119 Abs. 2 (vgl. auch Komm. zu Art. 7, Rz. 52).

Die Verfassung verwendet einen Doppelausdruck, ohne festzulegen, wann Kinder zu Jugendlichen werden. Die Erwähnung beider Kategorien dient einerseits dem Anliegen, die Jugend in der Verfassung ausdrücklich zu würdigen (REICH J., Schutz, 384), und bringt andererseits zum Ausdruck, dass der Schutz und die Förderung altersgerecht zu erfolgen haben (Art. 301 Abs. 2 ZGB; KOLLER/WYSS, Schutz, 441), was auch für Art. 67 und 67a gilt. Immerhin ist das Jugendstrafgesetz (JStG) aufschlussreich, das auf Personen ab dem vollendeten 10. bis zum vollendeten 18. Altersjahr Anwendung findet (Art. 3 Abs. 1 JStG). Nicht anwendbar ist es auf «Kinder» vor dem 10. Altersjahr (Art. 4 JStG). 13

2. «Besonderer Schutz der Unversehrtheit»

Wie aus den Materialien (Rz. 2 ff.) hervorgeht, ist Gegenstand des Schutzanspruchs von Abs. 1 die von Art. 10 Abs. 2 gewährleistete körperliche und geistige Unversehrtheit (Prot. VK-S vom 1. Oktober 1998, 8; KOLLER H., Grundrechte, 664) und «wäre an sich rein verfassungsrechtlich gesehen nicht notwendig» (Votum Inderkum [Berichterstatter], AB S Verfassungsreform 156). Im Hinblick auf die Schwäche und Abhängigkeit, Erziehungs- und Betreuungsbedürftigkeit von Minderjährigen genügt es aber für die Wahrung ihres Grundrechtsanspruchs auf Unversehrtheit nicht, den gleichen Schutz wie bei Erwachsenen vorzusehen. Vielmehr haben Minderjährige mit Abs. 1 Anspruch auf einen ihrer Situation angepassten besonderen staatlichen Schutz (BGE 126 II 377 E. 5d, 390 f.; s.a. 127 I 6 E. 5a, 11; BGer 1B_122/2010 [13.8.2010], E. 3.2.3; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 453 f.; WYTTENBACH, Konflikte, 302 ff.). Art. 11 überlagert mit seinem besonderen Schutzauftrag Art. 10 Abs. 2, gilt aber auch für alle anderen Verfassungsrechte mit persönlichkeitschützenden Aspekten (RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1336; s. auch Präambel und insb. Art. 3 Abs. 2 u. 3 KRK). 14

Die grundrechtliche Qualität der Norm zeigt sich besonders deutlich bei Grundrechtskollisionen: «Wenn der ‹besondere Schutz›, der Kindern und Jugendlichen zugestanden wird, verstanden wird als ein qualitativ erweiterter Schutz der durch Art. 10 Abs. 2 garantierten persönlichen Integrität, dann muss dieser Schutz gegenüber gegenläufigen Grundrechtspositionen eingriffsresistenter sein. Gerade in Gerichtsverfahren muss der Schutzanspruch von Kindern und Jugendlichen gegenüber gegenläufigen Grundrechtsansprüchen wirksam in Stellung gebracht werden können» (KOLLER/WYSS, Schutz, 439; auch WYTTENBACH, Konflikte, 293). Ein aufgrund eines vermuteten Übergriffs letztlich zu unrecht eingeleitetes Kinderschutzverfahren führt deshalb auch nicht automatisch zu einer Verantwortlichkeit der Behörden gegenüber den Eltern, wohl aber wenn es vermeidbare Mängel aufweist (EGMR *A.D. et O.D. c. Royaume-Uni*, 28680/06 [2010], Ziff. 84 ff.; *M.A.K. et R.K. c. Royaume-Uni*, 45901/05 u. 40146/06 [2010], Ziff. 69; *B.B. et F.B. c. Allemagne*, 18734/09 u. 9424/11 [2013], Ziff. 48 ff.). 15

- 16 Bei der Durchführung des Schutzauftrags steht dem Staat ein weiter Gestaltungsspielraum zu (BGE 129 III 250 E. 3.4.2, 255). Die Massnahmen sind immer an ihrem Ziel, die Unversehrtheit von Kindern und Jugendlichen zu wahren und sie vor Leid zu schützen, zu messen. Eine staatliche Garantie auf ein maximales Wohlbefinden ist in Art. 11 nicht enthalten (KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 454). Zu konkretisieren ist der Schutz u.a. bei der Regelung der elterlichen Sorge (Art. 296 ff. ZGB), im zivilrechtlichen Kindesschutz (Art. 307 ff. ZGB; zum Entzug der elterlichen Sorge: EGMR *M.D. et autres. c. Malte*, 64791/10 [2012]), im Adoptionsrecht, im Pflegekinderwesen und Heimbereich, im Schul- und übrigen Bildungswesen, im Jugendhilfe-, Sozialhilfe-, Straf- (Art. 2 JStG: «Wegleitend [...] sind der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen») und Opferhilferecht (BGE 129 IV 216 E. 1.2, 218 f.), aber auch im Gesundheits-, Arbeits- und übrigen Wirtschaftsrecht, im Ausländerrecht und Asylrecht (dazu Rz. 32).
- 17 Insb. dem körperlichen, sexuellen (s. Botsch. zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch [Lanzarote-Konvention] sowie zu seiner Umsetzung [Änderung des StGB] vom 4. Juli 2012, BBl 2012 7571 ff. u. 2013 7395; Botsch. zur – in der Abstimmung vom 18. Mai 2014 angenommenen – VI «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» sowie zum BG über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot [Änderung des StGB, des MStG und des JStG] als indirektem Gegenvorschlag vom 10. Oktober 2012, BBl 2012 8819 ff.), seelischen und geistigen – einschliesslich dem wirtschaftlichen – Missbrauch muss mit spezifischen, auf die verschiedenen Alterskategorien zugeschnittenen Massnahmen entgegengetreten werden (zur Verpflichtung des Staates zur Untersuchung und Sanktionierung von Übergriffen gegen Kinder: EGMR *M. et C. c. Roumanie*, 29032/04 [2011], Ziff. 111; *Clemeno et autres. c. Italie*, 19537/03 [2008], Ziff. 51 m.H.; SUTTER, Verpflichtung, 182 ff.). Ein Entzug der elterlichen Sorge darf aber nur als ultima ratio infrage kommen, wenn die Kindesinteressen dies verlangen (EGMR *Calmanovici c. Roumanie*, 42250/02 [2008], Ziff. 140 ff.; vgl. auch *M.D. et autres. c. Malte*, 64791/10 [2012], Ziff. 69 ff.).
- 18 Mit der VO vom 11. Juni 2010 über Massnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen sowie zur Stärkung der Kinderrechte (SR 311.039.1) hat der BR die Grundlage geschaffen, um Programme und Projekte durchzuführen oder finanziell zu unterstützen, die insb. Gefahren im Zusammenhang mit der Nutzung elektronischer, interaktiver und anderer Medien aufzeigen, Kinder und Jugendliche vor körperlicher und geistiger Gewaltanwendung schützen und gewalttätiges Verhalten von Jugendlichen verhindern wollen (vgl. EDI, Bundesrat startet zwei Programme zum Kinder- und Jugendschutz, Medienmitteilung vom 14.6.2010, <www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=33665> besucht am 14.10.2013; s.a. Pa.Iv. Amherd [07.402] «Verfassungsgrundlage für ein BG über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz» vom 12. März 2007; dazu WBK-N, Weiterbildungsgesetz: nicht reif für die Herbstsession, Medienmitteilung vom 30.8.2013, <www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-wbk-n-2013-08-30.aspx> besucht am 2.12.2013; HAGENSTEIN, Killerspiele, 1293 ff.).
- 19 Auch im Verfahrensrecht ist der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen Rechnung zu tragen, s. z.B. Art. 314a (das Anhörungsrecht gemäss Art. 12 KRK ist self-executing: BGE 124 III 90 E. 3a, 91 ff.; 124 II 361 E. 3c, 368; s.a. EGMR *Jucius et Juciuviéné c. Lituanie*, 14414/03 [2008], insb. Ziff. 31) und Art. 314a^{bis} ZGB; Art. 297 Abs. 2, 298 u. 299 ZPO; Art. 154 u. 319 Abs. 2 StPO; die JStPO; Art. 17 Abs. 2 u. 3 AsylG (BVGer E-8648/2010 [21.9.2011], E. 5.3; RUMO-JUNGO/SPESCHA, Kindeswohl, 1103 ff.; kritisch zur Asylpraxis: LISCHETTI, Asylverfahren, 3 ff., insb. 6 ff.; zum Ausländerrecht BVGer C-2782/2009 [28.3.2011], E. 7.5; zu den

Verfahrensgarantien im Vaterschaftsprozess s. Art. 296 ZPO und EGMR *Kalacheva c. Russie*, 3451/05 [2009], insb. Ziff. 36; zu den besonderen Problemen bei der Durchsetzung von Besuchsrechten EGMR *Kaleta c. Pologne*, 11375/02 [2008], Ziff. 52 ff.). Vor allem Verfahren um die elterliche Sorge, das Besuchsrecht und die Rückführung von Kindern müssen rasch durchgeführt werden, weil der Ablauf der Zeit unwiderrufliche Auswirkungen auf die Beziehung Eltern-Kind haben kann und dadurch Art. 8 EMRK verletzt wird (EGMR *Özmen c. Turquie*, 28110/08 [2012], Ziff. 96 ff.; *Macready c. République tchèque*, 4824/06 u. 15512/08 [2010], Ziff. 48 f.; *Wildgruber c. Allemagne*, 42402/05 u. 42423/05 [2010], Ziff. 57 ff.; *Eberhard et M. c. Slovénie*, 8673/05 u. 9733/05 [2009], Ziff. 129; *Costreie c. Roumanie*, 31703/05 [2009], Ziff. 72; *Stochlak c. Pologne*, 38273/02 [2009], Ziff. 60 ff.).

Die Nothilfe für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid (Art. 12) ist im Hinblick auf Art. 11 kindergerecht auszugestalten. Insb. muss der Staat handeln, sobald er Kenntnis von der Notlage hat, unabhängig davon, ob um Hilfe ersucht wird oder nicht (BJ, Gutachten, 15 ff.). 20

3. «Förderung der Entwicklung»

Während Art. 11 Abs. 1 neben dem Abwehrrecht ein subjektives Recht auf Förderung der Entwicklung im Grundrechtskatalog verankert, umschreibt Art. 41 Abs. 1 im Rahmen der Sozialziele für den Bund und die Kantone, welche Ziele mit Förderungsmassnahmen erreicht werden sollen: Kinder und Jugendliche sollen nach Möglichkeit in Familien aufwachsen können (Bst. c), angemessenen Raum zur Verfügung haben (Bst. e), sich nach ihren Fähigkeiten bilden und weiterbilden sowie beruflich ausbilden können (Bst. f) und in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden (Bst. g). Art. 41 erscheint deshalb als Konkretisierung dessen, was mit dem Anspruch auf Förderung der Entwicklung (Art. 11) bezweckt wird (vgl. auch KOLLER/WYSS, Schutz, 440; WYTTENBACH, Konflikte, 311 f.; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 91). 21

Das BGer erblickt bis jetzt – entsprechend den Aussagen des Berichterstatters im Nationalrat (Votum Inderkum, AB N Verfassungsreform 156) – im Anspruch auf Förderung der Entwicklung lediglich einen Auftrag an den Gesetzgeber, beim Erlass neuer Rechtssätze auf die Interessen der Kinder und Jugendlichen Rücksicht zu nehmen. Folglich will dieser Teilgehalt «keine zusätzlichen klagbaren subjektiven Rechte schaffen, wozu es ihm im Übrigen auch an der hierfür erforderlichen normativen Bestimmtheit fehlen würde» (BGE 126 II 377 E. 5d, 391 m.H.). 22

Insbesondere die Bildungsverfassung muss dem Grundrecht auf Förderung Rechnung tragen (Vorbem. zur Bildungsverfassung, Rz. 2; HÖRDEGEN, Grundziele, 113 ff.). Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist durch Art. 19 allerdings speziell gewährleistet (dazu WYSS, Öffentliche Interessen, 307 ff. u. 397 ff.). Offen ist, ob Art. 11 in dem Sinne verstanden werden darf, dass er den Anspruch auf Grundschulunterricht zu einem individuellen Anspruch von Minderjährigen auf Bildung erweitert (so WYTTENBACH, Konflikte, 312 f.; zweifelnd RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1351). Die Einordnung des Anspruchs auf Förderung in den Grundrechtskatalog stellt auf jeden Fall klar, dass die staatlichen Massnahmen den individuellen Verhältnissen von Kindern Rechnung tragen müssen. Namentlich behinderte Kinder haben von Verfassung wegen Anspruch auf ausreichende Sonderschulung (Komm. zu Art. 62 Abs. 3, Rz. 36 ff.; BGer 2C_971/2011 [13.4.2012], E. 3 u. 4). Für den Entscheid, welche 23

Schule ein behindertes Kind besucht, ist – im Rahmen des effektiv Möglichen – das Kindeswohl massgebend (BGE 130 I 352 E. 6.1.2, 358). Anspruch auf besondere Förderung haben auch hochbegabte Kinder; ihre Interessen dürften nicht vernachlässigt werden (zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf eine besondere Schule Rz. 34).

- 24 Gemäss BGER liegt die Haftung für die Unterhaltskosten des – wegen Sterilisationsfehler – ungeplanten Kindes einer Patientin im Interesse des Kindes sowie der gesamten Familie und kann deshalb zur gesunden psychischen Entwicklung des Kindes beitragen (BGE 132 III 359 E. 4.4.2 u. 4.5, 372 ff.).
- 25 Bei der Scheidung sollte die faktische Betreuung eines Kindes jenem Elternteil zugewiesen werden, bei dem seine Entwicklung voraussichtlich mehr gefördert wird bzw. bei dem es in der Entfaltung seiner Persönlichkeit am meisten unterstützt wird (vgl. BGE 129 III 250 E. 3.4.2, 256; zur Neuregelung der elterlichen Sorge s. ZGB [Elterliche Sorge], Änderung vom 21. Juni 2013 [i.K. seit 1.7.2014, AS 2014 357]; s. a. Art. 18 KRK), sofern sich nicht beide Eltern daran beteiligen. Bei getrenntlebenden Eltern sollte aber auf eine sorgfältige Klärung des Einzelfalles unter Beizug des Kindes nicht verzichtet werden.

4. Adressaten des Schutz- und Förderungsanspruchs

- 26 Verpflichtet sind einmal Bund, Kantone und Gemeinden, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten durch rechtsetzende Massnahmen für den nötigen Schutz und die geeignete Förderung der Minderjährigen zu sorgen (AB S Verfassungsreform 156; vgl. auch Art. 67 Abs. 1). Von Verfassung wegen ist der Staat gehalten, seine Massnahmen immer wieder im Lichte der gesellschaftlichen Entwicklungen auf ihre Effizienz und Angemessenheit hin zu überprüfen.
- 27 Auch die übrigen Behörden des Bundes, der Kantone und Gemeinden, die sich in der Praxis mit Minderjährigen zu befassen haben, gleichgültig ob es sich um Schulbehörden, Verwaltungsbehörden oder Gerichte handelt, sind verpflichtet, ihre Tätigkeit an den Leitlinien von Art. 11 als soziales Grundrecht der Kinder auszurichten, die erforderlichen Schutz- und Förderungs-massnahmen rechtzeitig zu treffen und bei der Rechtsanwendung den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen speziell Rechnung zu tragen (Art. 35 Abs. 1 u. 2; BGE 132 III 359 E. 4.4.2, 373; 126 II 377 E. 5d, 391; MAHON: in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 11, Rz. 4). Wichtig ist, dass die Behörden, die sich speziell mit dem Kindesschutz und dem Kindeswohl befassen, über die erforderliche Kompetenz verfügen (s. z.B. Art. 440 ZGB betr. Anforderungen an die Kindesschutzbehörden).
- 28 Gemäss Art. 24 Abs. 1 UNO-Pakt II (vgl. NOWAK, CCPR commentary, Art. 24, Rz. 4) hat das Kind das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriges erfordert. Im Lichte dieser Norm und von Art. 35 Abs. 3 muss der Grundrechtsanspruch von Art. 11 Abs. 1 auch mittelbare Drittwirkung (BAUMANN, Persönliche Freiheit, 91; REICH J., Schutz, 384 f.) haben. Die privaten erziehungs- und betreuungsberechtigten Personen und alle übrigen privaten Einrichtungen, die mit dem Kind zu tun haben (z.B. Privatschule, Lehrbetrieb, Verbände), sind in die Pflicht zu nehmen, Kinder und Jugendliche vor Übergriffen zu schützen. Nur so ist ein umfassender Schutz gewährleistet. Das Gleiche gilt für den Förderungsanspruch. Der Staat muss deshalb dafür sorgen, dass insb. die Eltern als Hauptverantwortliche für die Betreuung des Kindes und andere Privatpersonen

und private Einrichtungen, die sich mit dem Kind befassen, dessen Schutz- und Förderungsanspruch möglichst gut entsprechen (vgl. BGer 2C_353/2008 [27.3.2009], E. 2.2.2; 1C_161/2009 [3.3.2010], E. 5.6). In Frage kommen vor allem rechtsetzende, aber auch soziale Beratungs- und Bildungsmaßnahmen.

Angesichts der rechtssystematischen Neuartigkeit und der damit einhergehenden Offenheit (vgl. Rz. 8 u. 30) von Art. 11 kann dieser, zumindest mittelbar, Bezugspunkt für spezifisch auf den «besonderen Schutz» von Kindern und Jugendlichen und die «Förderung ihrer Entwicklung» ausgerichtete Massnahmen und Aktivitäten im Rahmen eines übergreifenden Konzeptes für Kinder- und Jugendpolitik sein. Im Vordergrund stehen die Ausdifferenzierung des Schutzes der Kinder und Jugendlichen sowie die Förderung der Jugendarbeit, namentlich auch jener nicht-staatlicher Träger (s. das am 1.1.2013 in Kraft getretene Kinder- und Jugendförderungsgesetz [KJFG], das neben der finanziellen Unterstützung von privaten Trägern sowie von Kantonen und Gemeinden insb. auch für einen kontinuierlichen Informationsaustausch zwischen Bund und Kantonen sorgt). Mittelbar ein wichtiges Thema ist die Betonung des Kindeswohls in den zahlreichen Initiativen und Programmen zur Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbstätigkeit. Durchgängig von Belang ist die interkulturell differenzierte Berücksichtigung der Lebenssituationen von Kindern und Jugendlichen. Eine Voraussetzung wirklichkeitsnahen und differenzierten praktischen Handelns ist die regelmässige Sozialberichterstattung, wozu mittlerweile bezüglich der Lebensverhältnisse, der Gesundheit und des kulturelleren Verhaltens von staatlichen ebenso wie von privaten Trägern laufend Studien veröffentlicht werden. Im Hinblick darauf ist zu bedenken, dass die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung von Kindern und Jugendlichen untrennbar verknüpft ist mit jener der altermässig mittleren und älteren Generationen und deren Erleben des demographischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Wandels (LÜSCHER/LIEGLE, Generationenbeziehungen, passim). Es braucht also eine integrale Sichtweise. Dazu bietet sich die sich allmählich entfaltende Konzeption einer Generationenpolitik an, die auch die rechtliche Regelung für Kinder und Jugendliche in einen umfassenden gesellschaftspolitischen Rahmen einzuordnen ermöglicht. Diesem Sachverhalt hat der Bund mit der Einrichtung des Geschäftsfelds «Familie, Generationen und Gesellschaft» Rechnung getragen, dessen Aktivitäten jedoch eher zaghaft sind, so dass insbesondere auch öffentliche und zivilgesellschaftliche Initiativen und Konzeptionen gefragt sind (SAGW, Generationenpolitik 2010 u. 2012).

5. Justiziabilität und Praxis

Abs. 1 ist in zweierlei Hinsicht atypisch: Einmal schafft er eine Sonderkategorie von Grundrechtsträgern, indem er Kinder und Jugendliche als besonders schutzbedürftige Gruppe hervorhebt. Ferner ist die Bestimmung so unbestimmt gehalten, dass von einer Mischform zwischen Grund- und Sozialrecht (MEYER/SIKI, Sozialrechte, 407 ff.) bzw. Individualrecht und Programmartikel auszugehen ist (vgl. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 453; KOLLER/WYSS, Schutz, 436; KOLLER H., Grundrechte, 658 und 664; RHINOW, Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung, 172; DERS., BV 2000, 43; MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 11, Rz. 1 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, 254 f.). «Obwohl im Grundrechtsteil platziert und im «Grundrechtsstil» formuliert, handelt es sich [...] nicht um ein eigenständiges Grundrecht [...], sondern um eine Konkretisierung anderer Grundrechtspositionen und eine Vorgabe für die rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden» (BIAGGINI, Komm. BV, Art. 11, Rz. 4). REICH JOHANNES (Schutz, 380) interpretiert Art. 11 mit dem Anspruch auf Schutz der Unversehrtheit als *lex specialis* zu Art. 10, so dass

die Bestimmung eigenständige direkt-anspruchs begründende Rechtspositionen vermittelt. Auch nach HÄFELIN/HALLER/KELLER verfügt Art. 11 «durchaus über ein Potenzial, das vor allem im Zusammenhang mit anderen Grundrechtsgarantien direkt anspruchsbegründend sein kann» (Bundesstaatsrecht, Rz. 291; gl.M. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1342 ff., soweit es um die Funktion als Abwehrrecht geht; s.a. WYTTENBACH, Konflikte, 297 f. u. 313 f.).

- 31 Auch für das BGer ist die Norm in hohem Masse konkretisierungsbedürftig und ist die Justiziabilität als Leistungsanspruch fraglich (BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2, 16 f.; 129 I 12 E. 10.5.3, 32; BGer 2P.324/2001 [28.3.2002], E. 4.2). Es hat sie aber nicht abschliessend beurteilt (BGE 126 II 377 E. 5d, 391).
- 32 Auf jeden Fall erachtet das BGer Art. 11 als zu unbestimmt, um daraus einen direkten Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abzuleiten (BGE 137 I 247 E. 4.2.3, 252 u. E. 5.1.3, 254; 135 I 153 E. 2.2.2, 157; 126 II 377 E. 5 a.E., 391; 124 II 361 E. 3b, 367; BGer 2C_353/2008 [27.3.2009], E. 2.2.2; vgl. auch BGer 2C_129/2010 [9.7.2010], E. 4.3; 2C_795/2008 [25.2.2009], E. 6). Insbesondere ergibt sich aus der Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls kein Anspruch eines ausländischen Kindes mit einem Geburtsgebrechen auf eine Aufenthaltsbewilligung in demjenigen Land, in welchem der höchste Standard der medizinischen Versorgung gewährleistet ist (BGer 2C_930/2012 [10.1.2013], E. 4.4.3; BGE 128 II 200 E. 5.3, 209). Das Kindeswohl ist ausländerrechtlich aber ein Faktor, der bei der Interessenabwägung besonders zu berücksichtigen ist (z.B. BGer 2D_58/2012 [23.10.2012], E. 3.4; 2A.563/2002 [23.5.2003], E. 2; s. auch BGE 139 I 315 E. 2.2 u. 3, 319; EGMR *Maslov c. Autriche*, 1638/03 [2008], Ziff. 82 ff.), insb. in Wegweisungsverfahren (BGer 2C_799/2010 [20.2.2011], E. 3.3.1; BVGer C-258/2010 [2.11.2012], E. 8; C-3592/2010 [8.10.2012], E. 6; C-3768/2011 [19.6.2012], E. 9; C-7505/2009 [6.2.2012] E. 5.2 und 6 ff.; s.a. EGMR *Udeh c. Suisse*, 12020/09 [2013], Ziff. 52 ff., dazu BGE 139 I 325; *Joseph Grant c. Royaume-Uni*, 10606/07 [8.1.2009], Ziff. 40). Es braucht ordnungs- und sicherheitspolitische Gründe von besonderem Gewicht, um dem sorge- und obhutsberechtigten ausländischen Elternteil den Verbleib in der Schweiz zu verweigern und sein Schweizer Kind (im Ergebnis) zu verpflichten, mit ihm auszureisen (BGE 137 I 247 E. 4.2 u. 5, 250 ff.; 135 I 153 E. 2.2, 156 ff.; BGer 2C_996/2011 [28.6.2012], E. 3.2; 2C_353/2008 [27.3.2009], E. 2.2.4; BOLZLI, Bemerkungen, 28 ff.).
- 33 Aus Art. 11 ergibt sich kein Anspruch auf Besuch eines dem Wohnsitz nächstgelegenen Schulhauses bzw. eines bestimmten Schulhauses. Die Zuteilung in ein etwas weiter entferntes Schulhaus greift «nicht in den (elementaren) Schutzbereich des Schülers auf Unversehrtheit und auf Förderung seiner Entwicklung» ein (BGer 2C_495/2007 [27.3.2008], E. 2.4; 2P.150/2003 [16.9.2003], E. 4.2, ZBI 2004, 280 f.; 2P.324/2001 [28.3.2002], E. 4.2; vgl. auch BGE 126 V 70 ff.). Was die Transportkosten für den Besuch einer bestimmten Schule betrifft, geht Art. 11 nicht über Art. 19 hinaus (BGE 133 I 156 E. 3.6.4, 166; zu Art. 19: BGer 2C_433/2011 [1.6.2012], E. 3 u. 4; Komm. zu Art. 19, Rz. 55). Die Bestimmung ist auch keine Grundlage, um Sonderschulbeiträge zu verlangen, wenn sich eine Familie in einem Gebiet (Bolivien) niederlässt, wo es keine Sonderschulen gibt (MEYER/SIKI, Sozialrechte, 423).
- 34 Solange die zur Verfügung stehende öffentliche Schule den Bedürfnissen eines Jugendlichen ausreichend gerecht wird, kann nach dem BGer ferner aus dem Recht auf Förderung der Entwicklung im Sinne von Art. 11 kein Anspruch auf eine schulische Sonderbehandlung abgeleitet werden. Dagegen besteht ein Recht auf Besuch einer Sonderschule, wenn körperlich, geistig oder mehrfach behinderte oder verhaltensgestörte Kinder nur dadurch eine adäquate, ihren Fähigkeiten

ten entsprechende Grundschulung erlangen können (Art. 11 i.V.m. Art. 62 Abs. 2, s. Komm. zu Art. 62, Rz. 39 ff.). Bei hochbegabten Kindern kann allenfalls ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine besser geeignete öffentliche Schule dann zur Diskussion stehen, wenn sich aus pädagogischen oder psychologischen Gründen eine besondere Förderung für die Entwicklung des betroffenen Kindes als unabdingbar erweist (BGer 2P.150/2003 [16.9.2003], E. 4.3).

Denkbar ist, dass sich aus Art. 11 unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch eines Minderjährigen auf Ausbildungsstipendien ableiten liesse. Allenfalls eröffnet sich hier dem BGer «die Möglichkeit, seine dynamische Rechtsprechung im Bereich der Grundrechte weiterzuführen» (MADER, Sozial- und Umweltverfassung, 701). 35

Während die erforderliche Förderung der Anlagen eines Kindes stark von den konkreten Umständen abhängt und viel schwieriger von staatlicher Seite zu konkretisieren ist, lassen sich für den elementaren Bereich der körperlichen und geistigen Integrität die zur Wahrung des Kindeswohls erforderlichen Schutzmassnahmen eher allgemein, absolut und objektiv umschreiben: 36

Behördliches Untätigsein in Fällen, in welchen ein ausgewiesenes Schutzbedürfnis besteht und die Behörde für Abhilfe sorgen kann, ist als Grundrechtsverletzung zu rügen (vgl. EGMR *M.C. c. Bulgarie*, 39272/98 [2003], Ziff. 164). 37

Erziehungsberechtigten ist es von Verfassungs wegen verboten, Züchtigungsmittel gegen Kinder und Jugendliche einzusetzen, welche die körperliche oder geistige Integrität verletzen oder gefährden (Art. 10 Abs. 3 u. Art. 11, vgl. auch Art. 19 KRK; BGE 129 IV 216 E. 2.3, 221, zum internationalen Recht E. 2.2, 220; 117 IV 14; EGMR *Tyrer c. Royaume-Uni*, 5856/72 [1978], Ziff. 28 ff., EuGRZ 1979, 164; *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 7511/76 u. 7743/76 [1982], Ziff. 25 ff., EuGRZ 1982, 153; *A. c. Royaume-Uni*, 25599/94 [1998], Ziff. 21 ff.; WYTTENBACH, Konflikte, 292 u. 307 ff.; FASSBIND, Züchtigungsrecht, 547 ff.). 38

Eines besonderen Schutzes bedürfen Kinder und Jugendliche u.a. hinsichtlich der Gefahren, die von einer Wort- oder Bildberichterstattung in den Medien oder den elektronischen Medien allgemein ausgehen können (vgl. Art. 17 Bst. e KRK). Namentlich müssen die Aspekte von Art. 11 bei der Beurteilung der rundfunkrechtlichen Konformität einer Sendung jeweils in eine Interessenabwägung zur verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Medien-, Programm- und Informationsfreiheit gesetzt werden (BGE 133 II 136 E. 5 ff., 142 ff.; BGer 2C_738/2012 [27.11.2012]; Jost, SRG, 15). Auch im Hinblick auf kriminelle Akte (z.B. sexuelle Übergriffe), begangen mittels Internet, ist der Staat wegen der besonderen Verletzlichkeit von Kindern und Jugendlichen zum Handeln verpflichtet (vgl. EGMR *K.U. c. Finlande*, 2872/02 [2008], insb. Ziff. 41 u. 48 f.). 39

Auch im Lichte von Art. 11 Abs. 1 ist ein öffentliches Interesse daran zu bejahen, dass Kinder und Jugendliche von Lehrkräften ohne manifestes Interesse an Kinderpornografie unterrichtet und erzogen werden (BGer 2C_165/2011 [24.6.2011], E. 6.4). 40

Im Freiheitsentzug könnte allenfalls die von Erwachsenen getrennte Unterbringung eines Jugendlichen (Art. 37 Bst. c KRK, Art. 10 Abs. 2 Bst. b UNO-Pakt II) als direkt gerichtlich durchsetzbares Individualrecht von Art. 11 garantiert sein (RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1346). 41

6. Verhältnis zum Völkerrecht

- 42 Der Anspruch des Kindes auf besonderen Schutz und Beistand sowie auf Förderung der Entwicklung ergibt sich neben Art. 23 und 24 UNO-Pakt II auch aus Art. 10 UNO-Pakt I sowie aus verschiedenen Bestimmungen der KRK (insb. Art. 3 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2, Art. 19, 20, 23, 32–36, 39), die aber nur beschränkt direkt anwendbar sind. Die KRK verfolgt drei Anliegen: Sie gewährt dem Kind individuelle Rechte und insb. Partizipationsrechte (Art. 12), betont aber gleichzeitig sein Bedürfnis nach besonderem Schutz, Fürsorge und Unterstützung und hebt die besondere Bedeutung der Familie als natürliche Umgebung hervor (vgl. Präambel; ausführlicher: WOLF, KRK, 113 ff., insb. 117; s.a. REICH J., Schutz, 374 f. mit Hinweis auf die drei Ps der KRK [protection, provision, participation]; ZERMATTEN, Grandir, 93 ff.; der Rechtsprechung zur KRK kommt bei der Konkretisierung von Art. 11 BV eine besondere Bedeutung zu: BGE 126 II 377 E. 5d, 391). Gleich wie Art. 11 enthält sie für einen speziell bezeichneten Personenkreis besondere Schutzrechte (WYTTENBACH, Konflikte, 294 f.). Im Übrigen geniessen Kinder- und Jugendliche namentlich den Schutz von Art. 8 EMRK (Schutz des Privat- und Familienlebens, s. z.B. EGMR *M.A.K. et R.K. c. Royaume-Uni*, 45901/05 u. 40146/06 [2010] betreffend einen Bluttst und das Photographieren einer Neunjährigen ohne Zustimmung der Eltern).

IV. Abs. 2

1. Tragweite

- 43 Die Tragweite von Abs. 2 ist nach der Einigungskonferenz durch die Berichterstatter verdeutlicht worden (Rz. 2 ff.): Abs. 2 enthalte materiell nichts Neues, sondern entspreche Art. 19 ZGB (heute Art. 19c) und dem, was bereits bisher im öffentlichen Recht und insb. im Strafrecht gelte (AB Verfassungsreform N 490 f.; s.a. S 226). Auch das BGER (1B_122/2010 [13.8.2010], E. 3.2.3) hat festgehalten, dass die Bestimmung nicht über Art. 19 ZGB hinausgehe.
- 44 Mit «Rechten» sind somit nicht Rechte schlechthin gemeint, sondern Persönlichkeitsrechte im Sinne von *persönlichkeitsnahen* Grundrechten (insb. persönliche Freiheit, Meinungs-, Religions-, Informations-, Presse-, Vereins- und Versammlungsfreiheit) und persönlichkeitsnahen gesetzlich eingeräumten Rechten wie z.B. der Schutz der Persönlichkeit i.S.v. Art. 28 ff. ZGB oder das Anhörungsrecht gemäss Art. 314a ZGB (so auch BIAGINI, Kinderrechte, 52 f.; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 92; MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 11, Rz. 5; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte CH, 813; SCHEFER, Kerngehalte, 474 f.; WYTTENBACH, Konflikte, 341; s.a. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 1355 ff.; WEBER-DÜRLER, Träger, Rz. 15; a.M. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 457 f., die *alle* Grundrechte der BV sowie die international garantierten Menschenrechte unter Art. 11 Abs. 2 subsumieren). Bei weniger persönlichkeitsnahen und insb. ökonomischen Grundrechten (Eigentums-, Wirtschaftsfreiheit) ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (SALADIN, Rechtsbeziehungen, 140 ff.; MÜLLER J.P., Elemente, 91 f. u. 95; BUCHER, BK, Art. 19 ZGB, Rz. 189 ff., insb. Rz. 283 betr. die Freiheitsrechte der BV; zur Vereinsfreiheit: RIEMER, BK, Art. 70 ZGB, Rz. 17 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 293).

Die nach den Materialien beabsichtigte Unterscheidung zwischen den persönlichkeitsnahen und den übrigen Grundrechten (vgl. MISIC, Grundrechtskatalog, 85; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte CH, 813, die von qualifizierten Rechten sprechen) findet im Text von Art. 11 Abs. 2 allerdings keinen Ausdruck. Vielmehr ist undifferenziert nur von «Rechten» die Rede. Offen ist deshalb, wie diese Unterscheidung dogmatisch begründet werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist angesichts von Wortlaut und systematischer Stellung davon auszugehen, dass die Bestimmung die allgemeine «Grundrechtsmündigkeit» umschreibt, die lediglich Urteilsfähigkeit voraussetzt (vgl. KLEY A., Grundrechtskatalog, 340). Im Sinne von Art. 36 Abs. 2 darf indessen bei weniger persönlichkeitsnahen Grundrechten statt auf die allgemeine «Grundrechtsmündigkeit» auf das zivilrechtliche Volljährigkeitsalter (Art. 14 ZGB) abgestellt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt (Rz. 47) oder zur Wahrung des Schutzauftrags von Art. 11 Abs. 1 bzw. der grundrechtlichen Position der Eltern (Rz. 48) erforderlich ist. 45

Nach SCHEFER (Kerngehalte, 475 f.) können sich auch urteilsfähige Erwachsene, denen die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, auf Art. 11 Abs. 2 berufen, weil andernfalls ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 vorliegen würde. Diese Argumentation überzeugt aber nicht unbedingt. Der Schutz von Erwachsenen unter umfassender Beistandschaft (Art. 398 ZGB) ist indessen durch Art. 407 i.V.m. Art. 19c ZGB gewährleistet. 46

2. Einschränkungen der «Grundrechtsmündigkeit» im öffentlichen Interesse

Im öffentlichen Interesse setzt Art. 94 Abs. 1 ZGB für die Eheschliessung (Art. 14 BV) die zivilrechtliche Volljährigkeit (Art. 14 ZGB) voraus. Auch die Ausübung der politischen Rechte im Bund verlangt ein Mindestalter von 18 Jahren (Art. 34 i.V.m. Art. 136 BV). 47

3. Einschränkungen der allgemeinen «Grundrechtsmündigkeit» durch die elterliche Sorge

Die elterliche (bzw. vormundschaftliche, Art. 327a ff. ZGB) Sorge als zweckgebundenes, fremdnütziges Pflichtrecht ist dem Staat vorgegeben. Das Gesetz (Art. 296 ff. ZGB) hat aber festzulegen, wem die elterliche Sorge zusteht, ihre Grenzen abzustecken und ihre Ausübung zu überwachen (HEGNAUER, Kindesrecht, Rz. 25.03). Die Stellung der Eltern wird in der Verfassung nicht speziell erwähnt. Indessen sind im Recht auf Gründung einer Familie (Art. 14, 10 u. 13) und im Anspruch auf Achtung des Familienlebens (Art. 13), aber auch im Schutz- und Förderungsanspruch des Kindes gemäss Art. 11 Abs. 1 implizit das Recht und die Pflicht der Eltern enthalten, im Rahmen der gesetzlichen Schranken ihr minderjähriges Kind zu betreuen, zu erziehen und sein Wohl sicherzustellen (Rz. 2 a.E. u. 8; WYTTENBACH, Konflikte, 259 ff.). Auch das Völkerrecht gewährleistet diese Verantwortung der Eltern (vgl. insb. Art. 5, 14 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 1 Satz 2 KRK). Der elterlichen Sorge kommt somit ebenfalls Verfassungsrang, d.h. Grundrechtscharakter zu. Aufgabe des Kindesrechts des ZGB ist deshalb die Grenzziehung zwischen den Grundrechten, welche der urteilsfähige Minderjährige selbstständig wahrnimmt, und den übrigen Grundrechten, bei welchen der Minderjährige bis zum Eintritt des zivilrechtlichen Volljährigkeitsalters durch die Eltern oder den Vormund vertreten wird. 48

- 49 Höchstpersönliche Rechte, zu denen auch die persönlichkeitsnahen (im Gegensatz zu den ökonomischen) Grundrechte gehören, übt der urteilsfähige Minderjährige gemäss Art. 19c und 305 Abs. 1 ZGB selber aus. Dagegen sind die Eltern nach dem ZGB zur Vertretung ihres Kindes im wirtschaftlichen Bereich bis zur Volljährigkeit berechtigt (Art. 289, 318 ff. ZGB unter Vorbehalt von Art. 321 Abs. 1, Art. 322 u. 323 ZGB; zu weitgehend HERZIG, Partei und Prozessfähigkeit, 188, der die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen zu den höchstpersönlichen Rechten zählt). Dementsprechend ist im Sinne der bisherigen h.L. davon auszugehen, dass die Ausübung der ökonomischen Grundrechte grundsätzlich weiterhin der Zustimmung der Eltern bedarf. Allerdings muss die Freiheit der Berufswahl als persönlichkeitsnahes Grundrecht im Rahmen von Art. 302 Abs. 2 ZGB gewährleistet sein (vgl. SALADIN, Rechtsbeziehungen, 141). Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24) durch Art. 301 Abs. 3 ZGB ist mit dem neuen Art. 11 vereinbar. Könnten urteilsfähige Jugendliche den elterlichen Haushalt frei verlassen, würde die elterliche Sorge in ihrem Kern getroffen und deren Ausübung über weite Strecken verunmöglicht. Indessen kann der Minderjährige gegen die Verweigerung der Zustimmung, wenn das Kindeswohl verletzt wird, jederzeit die Kindesschutzbehörde anrufen (Art. 307 ff., Art. 314 Abs. 1 i. V.m. Art. 443 ZGB; der urteilsfähige Minderjährige hat als unmittelbar betroffene Person Parteistellung im Verfahren).

4. Urteilsfähigkeit

- 50 Die Urteilsfähigkeit wird in Art. 16 ZGB umschrieben (BGE 134 II 235 E. 4.3, 239; HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, Selbstbestimmung, 773 ff., insb. 778 ff.). Diese Definition gilt auch für das öffentliche Recht. Die Urteilsfähigkeit ist grundsätzlich nicht abstrakt, sondern im Einzelfall bezogen auf ein konkret infrage stehendes Grundrecht in Würdigung der Person des Grundrechtsträgers und ihres Schutzbedürfnisses zu beurteilen. Man kann sich deshalb fragen, ob eine abstrakte Umschreibung der Urteilsfähigkeit durch eine feste Altersgrenze im Lichte des neuen Art. 11 Abs. 2 noch zulässig ist. So verlangt Art. 303 Abs. 3 ZGB für die «Religionsvolljährigkeit», dass das Kind das 16. Altersjahr zurückgelegt hat. Diese Altersgrenze dient indessen der Rechtssicherheit und Praktikabilität. Eine klare Rechtslage ist umso wichtiger, weil gleichzeitig das Recht der Eltern, die religiöse Erziehung zu leiten, entfällt. Die Vereinbarkeit mit Art. 36 ist deshalb im öffentlichen Interesse zu bejahen. Dagegen wurde mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht (Botsch. zur Änderung des ZGB [Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7102) die feste Altersgrenze von 16 Jahren, wie sie gemäss Art. 314a Abs. 2 ZGB i.d.F. vom 1.1.1981 bestand, aufgehoben.

5. Ausübung der Grundrechte

- 51 Der urteilsfähige Minderjährige übt die persönlichkeitsnahen Grundrechte selber aus (Art. 19c Abs. 1 ZGB; für den Urteilsunfähigen s. Art. 19c Abs. 2 ZGB; zum Abschluss eines Behandlungsvertrags BÜCHLER/HOTZ, Behandlung, 565 ff.). In der Grundrechtsmündigkeit ist die Prozessfähigkeit mit eingeschlossen (BGER 1P.549/2001 [11.1.2002], E. 3.5; BGE 120 Ia 369 E. 1a, 371 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1994; KÄLIN, Verfahren, 218; WYTTENBACH, Konflikte, 321). Die entsprechenden Kosten belasten gemäss Art. 305 Abs. 2 ZGB das

Kindesvermögen. Wird der Minderjährige durch die Eltern in der Ausübung seiner Grundrechte ungerechtfertigterweise eingeschränkt, kann er sich an die Kindesschutzbehörde wenden.

Die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge haben zwar die «Grundrechtsmündigkeit» ihres minderjährigen Kindes zu respektieren, müssen aber nicht zulassen, dass ihre elterliche Sorge durch die Ausübung von Grundrechten völlig ausgehöhlt bzw. in ihrem Kern getroffen wird. Vielmehr ist der Minderjährige verpflichtet, seine Grundrechte verhältnismässig, d.h. in Berücksichtigung der elterlichen Aufgaben, auszuüben (vgl. auch Art. 29 Abs. 1 Bst. c KRK und Art. 272 ZGB). So darf sich etwa eine minderjährige Person unter Berufung auf die Volljährigkeit im Religionsbereich nicht einfach der elterlichen Sorge entziehen und in ein Kloster eintreten. Selbst einer exzessiven Beteiligung des urteilsfähigen Minderjährigen an der Tätigkeit von Vereinen zulasten der Ausbildung müssen die Eltern Schranken setzen können (vgl. Art. 5 KRK). 52