

«Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht

Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der
Bundesverfassung

JOHANNES REICH*

Schlagwörter: Schutz der Kinder und Jugendlichen; Art. 11 Abs. 1 BV;
Kindeswohl; Recht und Politik; expressives Recht;
symbolische Politik; Verfassungsfunktionen; Grundrechte

A. «Irrläufer» und «Papiertiger»?

«Das Gegenteil von ‹gut› ist nicht ‹böse›, sondern ‹gut gemeint›.» Auf Art. 11 Abs. 1 BV¹ bezogen, bringt dieses meist *Kurt Tucholsky* zugeschriebene Zitat die vorherrschende Skepsis gegenüber der im Kapitel «Grundrechte» der Bundesverfassung eingeordneten Norm, wonach «Kinder und Jugendliche (...) Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung» haben, auf den Punkt. Schon während der parlamentarischen Beratung wurde die Bestimmung scharf kritisiert: Bundesrat *Arnold Koller* meinte, ein «Jugendartikel» werde sich im Grundrechtskatalog als «Irrläufer» und «Papiertiger» entpuppen.² Diese Vorbehalte dominieren im Schrifttum bis heute. So wird moniert, Art. 11 Abs. 1 BV sei kaum justiziabel, etabliere systemwidrig Gruppen- statt Menschenrechte³ und entspringe dem zwar verständlichen Wunsch, ein «Zeichen» für die Jugend zu setzen, doch mache ein «sym-

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Yale), Assistenzprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich.

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

2 Bundesrat [BR] *Arnold Koller*, in: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB], Nationalrat [NR], Reform der Bundesverfassung. Separatdruck, Bern 1998, S. 195/rechte Spalte.

3 GIOVANNI BIAGGINI, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt?, in: Regula Gerber Jenni et al. (Hrsg.), *Die Rechte des Kindes*, Basel u.a. 2001, S. 25–55, 52; HEINRICH KOLLER, *Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung*, AJP 1999 S. 656–665, 656, 664; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zürich u.a. 2003, art. 11 Cst. N 4; RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000*, Basel u.a. 2000, S. 109.

pathisches Anliegen (...) noch keine gute Verfassungsnorm.»⁴ Bemängelt wird sodann, der rechtsnormative Gehalt von Art. 11 Abs. 1 BV sei «völlig ungeklärt»⁵, «dürftig»⁶ oder überhaupt «fraglich»⁷. Strittig ist auch die Rechtsnatur der Bestimmung: Gängig sind neben Differenzierungen zwischen einem Schutz- und einem Förderungsanspruch,⁸ Deutungen als besonderer Teilgehalt der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV),⁹ als soziales Grundrecht,¹⁰ als Schutzauftrag an die rechtssetzenden und rechtsanwendenden Behörden¹¹ und als Verstärkung persönlichkeitsbezogener Gehalte anderer Grundrechte,¹² wobei strittig ist, ob Art. 11 Abs. 1 BV überhaupt eigenständige Ansprüche vermittelt.¹³ Noch kaum untersucht ist schliesslich die Wirksamkeit von Art. 11 Abs. 1 BV zwischen Eltern und Kindern.¹⁴ Angesichts dieser vielstimmigen Kritik ist einseitig, dass das Bundesgericht Art. 11 Abs. 1 BV bislang «kaum beachtet» oder gar «übergangen»¹⁵ hat.

-
- 4 GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, Zürich 2007, Art. 11 BV N 1; ähnlich: THOMAS GÄCHTER/ULRICH MEYER-BLASER, Der Sozialstaatsgedanke, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 34 N 40; positiver: ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, ZBJV 1999 S. 301–347, 340; JUDITH WYTENBACH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Diss. Bern, Basel u.a. 2006, S. 338 f.; vgl. auch REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 380.
 - 5 JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 118; LUZIUS MADER, Die Sozial- und Umweltverfassung; AJP 1999 S. 698–705, 701; ähnlich ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, N 291, wonach der «genaue Gehalt von Art. 11 Abs. 1 BV (...) noch konkretisiert werden» müsse.
 - 6 Vgl. MAHON (Fn. 3), art. 11 Cst. N 3; RUTH REUSSER/KURT LÜSCHER, Art. 11 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich u.a. 2008, N 6; RHINOW (Fn. 3), S. 109.
 - 7 BGE 126 II 377 E. 5c S. 391.
 - 8 Vgl. BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 4; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 382–384; MAHON (Fn. 3), art. 11 Cst. N 4; REUSSER/LÜSCHER (Fn. 6), Art. 11 BV N 9 f., 13 f.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 1339; WYTENBACH (Fn. 4), S. 305 f., 311–314.
 - 9 BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 4; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 382 f.; KOLLER (Fn. 3), S. 664; REUSSER/LÜSCHER (Fn. 6), Art. 11 BV N 9 f.; RHINOW (Fn. 3), S. 110; BEATRICE WEBER-DÜRLENER, Grundrechtseingriffe, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 131–155, 134.
 - 10 BGE 132 III 359 S. 373; CHRISTINE KAUFMANN, Soziale Grundrechte, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich u.a. 2011, § 41 N 8; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 379; a.M. BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 4; offen gelassen von HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 5), N 291.
 - 11 BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 4 f.; RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 1348–1351 und (betr. den Förderungsanspruch) KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 383 f.
 - 12 JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 805.
 - 13 Befürwortend J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 812 f.; REUSSER/LÜSCHER (Fn. 6), Art. 11 BV N 12; WYTENBACH (Fn. 4), S. 313 f.; skeptisch BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 5.
 - 14 Vgl. J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 808 a.E., S. 810/Ann. 69, 811; RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 1343 f.
 - 15 JÖRG PAUL MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzungen und Funktionen der Grundrechte, in: Detlef Merten et al. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa.

Dieser Beitrag legt dar, dass sich die aufgeworfenen Fragen dann methodisch angeleitet beantworten lassen, wenn zwischen den *expressiven* (politisch-symbolischen) und den *rechtsnormativen* Gehalten vom Art. 11 Abs. 1 BV differenziert wird und dessen *legislatorische Vorbilder* im Privat- und Völkerrecht vermehrt berücksichtigt werden. Der Beitrag beginnt daher mit der Untersuchung der «labyrinthisch»¹⁶ anmutenden Genese von Art. 11 Abs. 1 BV (B.), die eine Unterscheidung zwischen den symbolischen und instrumentellen Regelungszwecken der Norm ermöglicht (C.). Damit ist die Basis für eine methodisch kohärente Identifikation der Rechtsnatur und des Normgehalts von Art. 11 Abs. 1 BV gelegt (D.). Nach der Bestimmung der Rechtsträger und der Normverpflichteten (E.) schliesst der Beitrag mit einer kritischen Würdigung von Art. 11 Abs. 1 BV (F.).

B. Normgenese

I. Vorentwurf des Bundesrates

Bei der Ausarbeitung der Bundesverfassung vom 18. April 1999 gehörte Art. 11 Abs. 1 BV zu den umstrittensten Bestimmungen.¹⁷ Die Verständigung auf Art. 11 Abs. 1 BV erfolgte erst in der Einigungskonferenz.¹⁸ Der Vorentwurf enthielt keinen spezifischen Schutz- oder Förderungsanspruch für Kinder und Jugendliche. Damit konnte sich die Schweizerische Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände nicht abfinden und forderte in der Vernehmlassung zusammen mit einer weiteren Interessenorganisation eine entsprechende Grundrechtsbestimmung.¹⁹ Der Bundesrat verwarf dieses Ansinnen mit Hinweis auf den «universalen Charakter der Grundrechte», der «Differenzierung der Grundrechtsträger in verschiedenen Kategorien» verbiete, und meinte, das Anliegen sei in den Sozialzielen besser aufgehoben (vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. f und g BV).²⁰

Bd. VII/2, Heidelberg u.a. 2007, § 202 N 29; vgl. auch ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*. Vol. II. Les droits fondamentaux, 2. Aufl., Bern 2006, die Art. 11 Abs. 1 BV soweit ersichtlich nicht erörtern.

16 HEINRICH KOLLER/MARTIN PHILIPP WYSS, «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...», in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Bern 2002, S. 435–443, 436.

17 GL.M. MAHON (Fn. 3), art. 11 Cst. N 1; REUSSER/LÜSCHER (Fn. 6), Art. 11 BV N 2.

18 Vgl. Haupttext bei Fn. 57–62.

19 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 1–649, 138; vgl. auch Fn. 63.

20 Botschaft BV (Fn. 19), S. 139; Reform der Bundesverfassung. Entwürfe der Verfassungskommissionen, BBl 1998 I S. 364–495, 372.

II. Nationalrat

Mit 19 zu 12 Stimmen unterstützte die Verfassungskommission des Nationalrates die bundesrätliche Haltung.²¹ Die Kommission verwarf einen Antrag, wonach Kindern und Jugendlichen unter der Sachüberschrift «Rechte der Kinder und Jugendlichen» ein verfassungsrechtlicher «Anspruch auf eine harmonische Entwicklung und auf den Schutz, den ihre Situation als Minderjährige erfordert», eingeräumt werden sollte.²² Die Kommission minderheit hatte damit vergeblich mit Hinweis auf das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; KRK),²³ die Notwendigkeit des Schutzes vor sexuellen Übergriffen und enger werdende Freiräume für einen spezifischen Grundrechtsanspruch geworben.²⁴

Trotz der Niederlage in der Kommission wurde der Entwurf am 19. März 1998 als Minderheitsantrag im Nationalrat eingebracht, worauf sich eine weltanschaulich geprägte Debatte über das Verhältnis zwischen Staat und Familie entspann.²⁵ Während die Befürworter des Minderheitsantrages neben den in der Kommissionssitzung vorgebrachten Argumenten²⁶ einen verfassungsrechtlichen «Ehrenplatz» für Kinder einforderten²⁷ und auf das durch die KRK garantierte Recht auf «Schutz» und die allgemeine Garantie des Kindeswohls verwiesen,²⁸ sahen die Gegner die Elternrechte bedroht.²⁹ Trotz eindringlichen Warnungen von Bundesrat *Alfred Koller*, wonach die nicht justiziable Bestimmung den gesamten Grundrechtskatalog «gefährden und relativieren» würde,³⁰ fand der Minderheitsantrag eine knappe Mehrheit.³¹

III. Ständerat

Im Unterschied dazu verwarf die ständerätliche Verfassungskommission einen spezifischen Grundrechtsschutz und meinte, dem Anliegen der Jugendorganisa-

21 Vgl. Verfassungskommission Nationalrat [VK NR]. Sitzung vom 18./19.9.1997, in: Sekretariat der Verfassungskommissionen der Eidgenössischen Räte (Hrsg.), Protokolle der Verfassungskommissionen. CD-ROM, Bern 1998, S. 15 f.; zum Stimmenverhältnis *Vreni Hubmann* (Berichterstatterin), in: AB NR (Fn. 2), S. 195/rechte Spalte.

22 Reform der Bundesverfassung (Fn. 20), S. 447.

23 SR 0.107.

24 VK NR, 29. Oktober 1997 (Fn. 21), S. 17.

25 Vgl. AB NR (Fn. 2), S. 181.

26 *Rose-Marie Ducrot*, AB NR (Fn. 2), S. 192.

27 *Hans Zbinden*, S. 191 f.; ähnlich *Peter Vollmer*, S. 194 f. und *Hans Widmer*, S. 194/rechte Spalte, alle in: AB NR (Fn. 2).

28 *Liliane Maury Pasquier*, AB NR (Fn. 2), S. 192 f. (dazu Art. 3 Abs. 2 KRK).

29 Vgl. *Rudolf Keller*, S. 193 und *Wilfried Gusset*, S. 193 f., beide in: AB NR (Fn. 2).

30 *BR Arnold Koller*, S. 195/rechte Spalte; ähnlich *Fulvio Pelli* (Berichterstatter), S. 195, *Jean-François Leuba*, S. 193/rechte Spalte und *Peter Weigelt*, S. 194, alle in: AB NR (Fn. 2).

31 AB NR (Fn. 2), S. 195 f.: 73 Mitglieder des Nationalrates stimmten für, 67 gegen den Minderheitsantrag, 2 enthielten sich der Stimme, 57 waren abwesend.

tionen könne durch eine Erweiterung der sensiblen Kriterien in Art. 8 Abs. 2 BV und eine besondere Klausel, wonach den Interessen von Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Verwirklichung der Grundrechte besonders Rechnung zu tragen sei (vgl. Art. 35 Abs. 1 BV), gleichwertig entsprochen werden.³² Nachdem der Nationalrat gegenteilig entschieden hatte, verwarf die Kommission zwar den vom Nationalrat bevorzugten Wortlaut («Anspruch auf eine harmonische Entwicklung»), da die Norm dadurch lediglich Appellwirkung haben würde,³³ doch verständigte sie sich auf eine Formulierung,³⁴ die der Norm auf Kosten ihres leistungsrechtlichen Anstrichs ein deutlich abwehrrechtliches Gepräge verleihen sollte.³⁵ Dabei sprach sich die Kommission gegen die Einordnung als eigenständige Bestimmung unmittelbar nach der Gewährleistung des Rechts auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) aus und schlug dem Ständerat stattdessen einen dritten Absatz des Artikels zur persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) vor.³⁶

In seiner Sitzung vom 18. Juni 1998 war sich der Ständerat über die Rechtsnatur der vorgeschlagenen Bestimmung zwar nicht einig, doch wurde reihum deren geringe Tragweite betont: Während der Berichterstatter meinte, es handle sich bei dem vorgeschlagenen Absatz um eine blosser, an den Gesetzgeber gerichtete Rücksichtnahmepflicht,³⁷ interpretierte Bundesrat *Arnold Koller* die Norm als «Konkretisierung des Rechtes auf persönliche Freiheit».³⁸ Der Ständerat folgte dem Antrag seiner Kommission stillschweigend.³⁹

IV. Differenzbereinigung

Die Verfassungskommission des *Nationalrates* entschied am 2. September 1998, nicht auf den ständerätlichen Kompromissvorschlag einzugehen und an der ursprünglichen Version festzuhalten, Kindern und Jugendlichen einen «Anspruch auf eine harmonische Entwicklung» zu gewährleisten.⁴⁰ Argumentativ folgte die Auseinandersetzung den bekannten Mustern: Hinweisen auf die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Kindes und die KRK wurde die angeblich fehlende Justiziabilität der Norm entgegen gehalten.⁴¹ Am 23. September 1998

32 Vgl. Verfassungskommission Ständerat [VK SR], Sitzung vom 17. September 1997, in: Sekretariat der Verfassungskommissionen (Fn. 21), S. 1–5.

33 VK SR, 5. 5. 1998 (Fn. 32), S. 17–19.

34 «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und Entwicklung.»

35 VK SR, 4. 6. 1998 (Fn. 32), S. 7, 9.

36 VK SR, 4. 6. 1998 (Fn. 32), S. 5, 9 f., 15 f. und Sitzung vom 10. Juni 1998 (Fn. 32), S. 10.

37 *Hansheiri Inderkum* (Berichterstatter), in: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB], Ständerat [SR], Reform der Bundesverfassung. Separatdruck, Bern 1998, S. 156/rechte Spalte.

38 BR *Arnold Koller*, in: AB SR (Fn. 37), S. 156 f.

39 AB SR (Fn. 37), S. 157.

40 VK NR, 2. September 1998 (Fn. 21), S. 20–22.

41 VK NR, 2. September 1998 (Fn. 21), S. 20–22.

folgte der Nationalrat mit 93 zu 67 Stimmen dem Antrag seiner Verfassungskommission.⁴² Begründet wurde dies mit der symbolischen Tragweite der Bestimmung⁴³ und der Schutzbedürftigkeit von Kindern jenseits des sachlichen Schutzbereichs der persönlichen Freiheit.⁴⁴ Die ständerätliche Formulierung («*besonderer Schutz*») berge zudem die Gefahr einer im Vergleich zur persönlichen Freiheit *engeren* Auslegung des Gewährleistungsinhalts.⁴⁵

In der Sitzung der Verfassungskommission des *Ständerates* vom 1. Oktober 1998 wurde daraufhin einhellig betont, dass die gewählte Formulierung des «besonderen Schutzes» *qualitativ*, im Sinne eines *erhöhten* Schutzes zu verstehen sei.⁴⁶ Ferner beschloss die Kommission nicht nur, die an Art. 1 Abs. 1 OHG⁴⁷ angelehnte Formulierung («Schutz der körperlichen, geistigen und psychischen Integrität») durch den Begriff der «Unversehrtheit» zu ersetzen,⁴⁸ sondern erklärte sich auch bereit, die Bestimmung als eigenständigen Artikel unter einer veränderten Sachüberschrift («Schutz der Kinder und Jugendlichen») auszugestalten. Gemäss dem Antrag der Kommission an den Ständerat sollte die Bestimmung wie folgt formuliert werden: «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und Entwicklung.»⁴⁹ Der Antrag erwies sich als «unbestritten»⁵⁰ und wurde vom Ständerat am 7. Oktober 1998 genehmigt.⁵¹

Die Verfassungskommission des *Nationalrates* beschloss am 12. November 1998 mit 20 gegen 15 Stimmen⁵², gleichwohl am ursprünglichen Wortlaut, demgemäss Kinder und Jugendliche «Anspruch auf eine harmonische Entwicklung und auf den Schutz, den ihre Situation als Minderjährige erfordert», haben sollen, festzuhalten, übernahm aber die vom Ständerat verabschiedete Sachüberschrift.⁵³ In einer von persönlicher Polemik⁵⁴ nicht freien, argumentativ aber wenig ergiebigen Debatte entschied sich der Nationalrat am 30. November 1998 mit 92 gegen 67 Stimmen, dem Antrag seiner Verfassungskommission zu folgen.⁵⁵

42 AB NR (Fn. 2), S. 421.

43 Vgl. *Vreni Hubmann* (Berichterstatterin), S. 420/linke Spalte, *Peter Vollmer*, S. 418/rechte Spalte, beide in: AB NR (Fn. 2).

44 *Liliane Maury Pasquier*, in: AB NR (Fn. 2), S. 419.

45 *Liliane Maury Pasquier*, in: AB NR (Fn. 2), S. 419/rechte Spalte.

46 VK SR, 1. Oktober 1998 (Fn. 32), S. 6–8.

47 Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (SR 312.5).

48 VK SR, 1. Oktober 1998 (Fn. 32), S. 7.

49 VK SR, 1. Oktober 1998 (Fn. 32), S. 8.

50 *René Rhinow* (Berichterstatter), in: AB SR (Fn. 37), S. 208/linke Spalte.

51 AB SR (Fn. 37), S. 208/rechte Spalte.

52 *Vreni Hubmann* (Berichterstatterin), in: AB NR (Fn. 2), S. 469/rechte Spalte.

53 VK SR, 12. November 1998 (Fn. 32), S. 12 f.

54 Vgl. *Hans Zbinden*, S. 468/rechte Spalte, *BR Arnold Koller*, S. 469/rechte Spalte (zit. in Fn. 63), beide in: AB NR (Fn. 2).

55 AB NR (Fn. 2), S. 470.

IV. Einigungskonferenz

Die Einigungskonferenz unterbreitete der Bundesversammlung bei dieser für den Ständerat «politisch heikelste[n] Bestimmung»⁵⁶ hierauf «einen neuen, gemeinsamen Antrag»⁵⁷, der «auf einer ausgewogenen Symmetrie des Nachgebens»⁵⁸ beruhte und die Mehrheit beider Räte fand: Während sich der Nationalrat insofern durchsetzte, als dass der «Jugendartikel» als *eigenständige* Bestimmung im Grundrechtskatalog verankert werden sollte, ergänzte die Einigungskonferenz den ständerätlichen Wortlaut im Sinne einer Konzession an den Nationalrat um den Aspekt der «Förderung» («Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung»), übernahm aber die ständerätliche Sachüberschrift («Schutz der Kinder und Jugendlichen») integral.⁵⁹

Entsprechend setzten die Berichterstatter ihre Akzente: Im Ständerat wurde der Unterschied zwischen dem ursprünglich vom Nationalrat favorisierten «Anspruch auf Entwicklung» und dem nun geschützten «Anspruch auf den Schutz [der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen]» betont,⁶⁰ während die Bestimmung im Nationalrat als «Referenz an die Jugend» gefeiert wurde, mit dem die entsprechenden Bestimmungen des KRK «sogar verschärft» worden seien.⁶¹ Zusammen mit den übrigen Bestimmungen trat Art. 11 BV in der Fassung der Einigungskonferenz am 1. Januar 2000 in Kraft.⁶²

V. Fazit: Interessenvertretung und Symbolik

Die Analyse des Rechtssetzungsverfahrens zeigt, dass der politische Erfolg von Art. 11 Abs. 1 BV der kompromisslosen Beharrlichkeit der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände⁶³ und ihrer parlamentarischen Vertretung geschuldet ist. Für die Gegnerschaft erwies es sich demgegenüber politisch als wenig opportun, dem Vorstoss angesichts seiner als beschränkt beurteilten rechtlichen Auswirkungen entschlossen entgegenzutreten. Das erklärt

56 Bruno Frick (Berichterstatter), AB SR (Fn. 37), S. 226/rechte Spalte.

57 Peter Vollmer (Berichterstatter), S. 490/rechte Spalte, ferner Joseph Deiss (Berichterstatter), S. 491/linke Spalte, beide in: AB NR (Fn. 2), und Bruno Frick (Berichterstatter), AB SR (Fn. 37), S. 226/rechte Spalte.

58 Bruno Frick (Berichterstatter), AB SR (Fn. 37), S. 225/rechte Spalte.

59 Vgl. AB NR (Fn. 2), S. 489/rechte Spalte; AB SR (Fn. 37), S. 225/linke Spalte.

60 Bruno Frick (Berichterstatter), AB SR (Fn. 37), S. 226/rechte Spalte.

61 Peter Vollmer (Berichterstatter), in: AB NR (Fn. 2), S. 490/rechte Spalte.

62 Vgl. BBl 1999 S. 5986 f.

63 Vgl. Botschaft BV (Fn. 19), S. 84; VK NR, 2. September 1998 (Fn. 21), S. 21; VK SR (Fn. 32), 17. September 1997, S. 2, 12. November 1998, S. 6; RHINOW (Fn. 10), N 1219; zur Illustration vgl. BR Arnold Koller, in: AB NR (Fn. 2), S. 469/rechte Spalte (an NR Zbinden als Wortführer der Befürworter gerichtet): «Der Ständerat ist Ihnen entgegengekommen, der Bundesrat auch. (...) Langsam habe ich das Gefühl, Sie seien ein Nimmersatt, Sie hätten nie genug.»

die zahlreichen Absenzen bei den nationalrätlichen Abstimmungen.⁶⁴ Der mit der Rationalität des Rechtssystems divergierenden Eigenrationalität der Politik folgend, hat die Bundesversammlung mit Art. 11 Abs. 1 BV sodann wesentlich *symbolische* Ziele verfolgt, die keine rechtsnormativen Folgen zeitigen sollten. Es ist eben diese Konstellation, welche die Erklärung für die – nur aus der engen Binnenperspektive des Rechtssystems – *paradoxe* Tatsache liefert, weshalb Art. 11 Abs. 1 BV politisch derart kontrovers diskutiert wurde.

C. Expressivität und Rechtsnormativität von Art. 11 Abs. 1 BV

I. Rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht

Die «imperative» Konzeption des Rechts identifiziert das Alleinstellungsmerkmal des Rechts mit der Option, Handlungsanweisungen *zwangsweise* durchsetzen zu können: Recht «im eigentlichen Sinn» unterscheidet sich demnach durch die Verbindung einer *Handlungsanweisung* mit einer formalen *Sanktionsdrohung* von sozialen Normen.⁶⁵ Aus der Perspektive eines imperativen Rechtsverständnisses verfehlt Recht, das nicht effektiv und zwangsweise durchgesetzt werden kann, seine Funktion. Bloss «*symbolisches Recht*» unterminiert aus diesem Blickwinkel die Steuerungskraft des Rechts, indem sie das Vertrauen in dessen Effektivität und damit die Anreize zur Rechtsbefolgung schwächt.⁶⁶ Für die Grundrechte akzentuiert sich diese Problematik: Ihre neben den bereits von *Rudolf Smend* postulierten symbolisch-integrativen Gehalten⁶⁷ erstrangige *instrumentelle* Funktion als elementare individuelle Achtungsansprüche vermögen Grundrechte nur dann zu erfüllen, wenn sie persönlich und unmittelbar, allein auf der Grundlage der Verfassung gerichtlich eingefordert werden können. Um die unter der Weimarer Reichsverfassung konstatierte Kennzeichnung der Grundrechte als «leerlaufend»⁶⁸ zu verhindern, gehört daher «zu einer grundrechtlichen Garantie die Möglichkeit einer (...) gerichtlichen Kontrolle ihrer Einhaltung» (vgl. Art. 29a BV).⁶⁹ Dafür ist die Justiziabilität Voraussetzung. Dieser rechtstheoretische Hintergrund erklärt die in der parlamentarischen Debatte geäußerte und bis heute anhaltende Fundamental-

64 Vgl. Fn. 31 und den Haupttext zu Fn. 42.

65 JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, 4. Aufl., Bd. I (1879), Bristol 2002, S. 90–93; desgleichen HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), Wien 2000, S. 34–36; zur Kritik vgl. Fn. 73 inkl. Haupttext.

66 Statt anderer WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NStZ 1989 S. 553–559, 558 f.

67 RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u.a. 1928, S. 164.

68 RICHARD THOMA, *Grundrechte und Polizeigewalt*, in: Heinrich Triepel (Hrsg.), *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1925, S. 183–223, 196, wonach nur unter Vorbehalt des Gesetzes stehende «Grundrechtsartikel (...) leerlaufend und überflüssig» seien.

69 BVerfGE 107, 299 (407).

kritik an Art. 11 Abs. 1 BV, wonach die Norm mangels Justiziabilität⁷⁰ die trügerische Erwartung rechtsnormativer Verbindlichkeit wecke⁷¹ und – angesichts der absehbaren Enttäuschung dieser Erwartung – «das ganze System der Grundrechte gefährden und relativieren» könnte.⁷²

Die Identifikation von Recht mit Zwang, die sich hinter der Grundsatzkritik von Art. 11 Abs. 1 BV verbirgt, ist freilich reduktionistisch. Wird Zwang als hinreichendes und notwendiges Charakteristikum des Rechts definiert, wären etwa Bestimmungen, die föderalen Einheiten, Behörden oder Amtsträgern Kompetenzen einräumen, regelmässig nicht Teil des Rechtssystems.⁷³ Erlasse sind zudem stets ein Produkt der *Politik*. Letztere folgt einer eigenen Rationalität, die nicht allein auf die tatsächliche Änderung von Zuständen gerichtet ist.⁷⁴ Die grundsätzlichen Vorbehalte gegenüber Art. 11 Abs. 1 BV laufen daher Gefahr, die *Binnenperspektive des Rechts* absolut zu setzen und dadurch die Wurzeln von Erlassen im politischen System zu negieren.

Die Funktion der Verfassung als struktureller Kopplung von Recht und Politik⁷⁵ erschliesst sich aber erst aus der Kombination *beider* Perspektiven: Während die Verfassung aus der Sicht des Rechts das oberste Gesetz – «*the supreme Law*»⁷⁶ – bildet, bleibt sie für das politische System ein *Instrument der Politik*.⁷⁷ Sie dient dem politischen System einerseits dazu, Zustände durch Recht zu beeinflussen (*instrumentelle Politik*);⁷⁸ andererseits ermöglicht sie der Politik, nicht auf die tatsächliche Änderung von Zuständen abzielende *symbolische Politik* im Verfassungstext abzubilden.⁷⁹ Die Politik kann beispielsweise versucht sein, in Erwartung des Zuspruchs der Wahlberechtigten moralische Erkenntnisse ohne Rechtsverbindlichkeit im Verfassungstext unterzubringen.⁸⁰

70 Vgl. BIAGGINI (Fn. 3), S. 52; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 381 f.; KOLLER (Fn. 3), S. 656, 664; MAHON (Fn. 3), art. 11 Cst. N 4; RHINOW (Fn. 3), S. 109; RHINOW/SCHEPER (Fn. 8), N 2649, 2651.

71 BR *Arnold Koller*, in: AB NR (Fn. 2), S. 420 f.

72 Vgl. Fn. 30.

73 Richtungsweisend HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, 2. Aufl., Oxford 1994, S. 62; in Auseinandersetzung mit diesem neben anderen, JOSEPH RAZ, *The Authority of Law*, Oxford 1979, S. 3–36; ROLAND DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge MA 1986, S. 93; zudem GRANT LAMOND, *Coercion and the Nature of Law*, *Legal Theory* 2001, S. 35–57, 56; SCOTT J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge MA/London 2011, S. 54–73.

74 Zu dieser Rationalität aus ganz unterschiedlichen Perspektiven NIKLAS LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2002, S. 21–54, 88–94 und JAMES M. BUCHANAN und GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent* (1965), Ann Arbor 2007, S. 283–286.

75 NIKLAS LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176–220, 193, 201.

76 Art. VI, Cl. 2 U.S. Const.

77 NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1995, S. 478.

78 LUHMANN (Fn. 77), S. 478.

79 LUHMANN (Fn. 74), S. 392.

80 Siehe dazu die Verhandlungen zur Präambel der BV; vgl. *Peter Föhn*, S. 121/rechte Spalte, *Rudolf Keller*, S. 124/linke Spalte; *Samuel Schmid* (Berichterstatter), S. 405/linke Spalte; *Otto Zwygart*, S. 124/rechte Spalte, alle in: AB NR (Fn. 2), aus der Präambel auf einen «christlichen Staat» schliessend.

Beispiele für solchen «symbolischen Konstitutionalismus»⁸¹ bilden die Präambel und Art. 6 BV. Während die Stellungnahmen von rund 6 400 Privatpersonen und 100 Parteien, die anlässlich der Vernehmlassung zur Präambel eingereicht wurden,⁸² deren herausragende *politische* Bedeutung unterstreichen, fehlt es der Einleitung der Verfassung als Produkt symbolischer Politik *rechtlich* an Normativität.⁸³ Gleiches gilt für den die Dichotomie zwischen Staat und Gesellschaft transzendierenden Art. 6 BV.⁸⁴ Die politischen Beweggründe für solche Bestimmungen liegen nicht darin, fehlende effektive Einflussmöglichkeiten oder mangelnden Gestaltungswillen der Politik zu verschleiern.⁸⁵ Vielmehr sind derartige Vorgänge Abbild eines gesellschaftlichen Selbstverständigungsdiskurses.⁸⁶ Mit expressivem Verfassungsrecht ist somit auch die Hoffnung verbunden, dass sich bewahrheitet, was auf dem Grabstein von *Eugen Huber* auf dem Bremgartenfriedhof in Bern vermerkt ist: «Was der Gesetzgeber aufstellt, wird zur Gesinnung Tausender.»

Es sind eben diese weltanschaulichen und ideologischen Bezüge, die den nur *scheinbaren* Widerspruch auflösen, dass sich Bestimmungen mit symbolischem Charakter politisch trotz fehlender rechtsnormativer Verbindlichkeit

81 MARCELO NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin 1998, S. 79–159.

82 EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, *Reform der Bundesverfassung. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens*, Bern 1996, S. 36 f.

83 Botschaft BV (Fn. 19); S. 122 BIAGGINI (Fn. 4), Präambel N 4 m.w.H.; MAHON (Fn. 3), préambule, N 3; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011, § 5 N 6; grundsätzlich gl.M. MARTIN BERTSCHTI und THOMAS GÄCHTER, *Schöne Worte?*, in: dies. (Hrsg.), *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zürich 2000, S. 2–32, 13; a.M. BERNHARD EHRENZELLER, in: ders. et al. (Fn. 6), Präambel, N 9–13, 12; unentschieden RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 56, 85.

84 Gl.M. MAHON (Fn. 3), art. 6 Cst. N 4; RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 2649 a.E.; zurückhaltender BIAGGINI (Fn. 4), Art. 6 BV N 2.

85 Entsprechend aber die gängigen, überwiegend negativ konnotierte Deutungen symbolischer Politik: VILHELM AUBERT, *Some Social Functions of Legislation*, *Acta Sociologica* 1966, S. 98–120, 112, 115; MURRAY EDELMAN, *The Symbolic Uses of Politics* (1964), Oxford 1985, S. 19 f., 23–43, 188–194; ferner HASSEMER (Fn. 73), S. 554, 556; HANS D. JARASS, *Zur Systematik des Immissionsschutzrechts*, in: Klaus-Peter Dolde (Hrsg.), *Umweltrecht im Wandel*, Berlin 2001, S. 381–400, 390; HARALD KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in: Dieter Grimm et al. (Hrsg.), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1988, S. 222–245, 234, 237; GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Erscheinungsformen symbolischen Umweltrechts*, in: Bernd Hansjürgens et al. (Hrsg.), *Symbolische Umweltpolitik*, Frankfurt a.M. 2000, S. 25–62, 25 f., 53 f.; GEORG MÜLLER, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich u.a. 2006, N 284; PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek b. Hamburg 1973, S. 157 f.; KLAUS F. RÖHL, *Die Macht der Symbole*, in: Michelle Cottier et al. (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, Baden-Baden 2010, S. 267–299, 281; DAVID R. WENGER, *Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen*, ZSR 1993 I 215–246, 219, 245 und jüngst GEORG STEINBERG, *Aus der Zeit gefallen*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 16. Mai 2012, S. 8.

86 Vgl. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, S. 342; JOSEPH RAZ, *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, in: Larry Alexander (Hrsg.), *Constitutionalism*, Cambridge 1998, S. 152–193, 154; HANS VORLÄNDER, *Die Verfassung als symbolische Ordnung*, in: Michael Becker et al. (Hrsg.), *Politik und Recht, Politische Vierteljahresschrift* 2006 S. 229–249, 231.

als besonders umstritten herausstellen.⁸⁷ Da Rechtssätze, die aus symbolischer Politik hervorgehen, grundsätzliche Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens aufgreifen, werden sie zum Gegenstand kontroverser Debatten. Vor diesem Hintergrund erweist sich der im Bereich des *Law and Economics*-Ansatz etablierte Begriff⁸⁸ des *expressiven* (Verfassungs-)Rechts, der im Gegensatz zum *rechtsnormativen* (Verfassungs-)Recht steht, als treffender. Aus den Regelungszwecken einer Norm kann sich regelmässig erschliessen, dass die identische Bestimmung sowohl rechtsnormative als auch expressive Gehalte aufweist. Das *Rechtssystem* steht damit vor der Aufgabe, unter Rückbezug auf die politischen Entstehungsbedingungen einer Norm, expressive Gehalte einer Bestimmung von rechtsnormativen zu unterscheiden.

II. Expressivität: Art. 11 Abs. 1 als Produkt symbolischer Politik

Die Befürworter von Art. 11 Abs. 1 BV verfolgten zunächst das Ziel, den gesellschaftspolitischen Stellenwert der Kinder und Jugendlichen im Verfassungstext abzubilden.⁸⁹ Aufgrund der Materialien ist evident, dass die Bundesversammlung dabei bewusst *symbolische Politik* betrieben hat: Kinder und Jugendliche sollten nach Aussage verschiedener Parlamentarier einen «prominenten Platz»⁹⁰ bzw. einen «Ehrenplatz»⁹¹ in der Bundesverfassung erhalten. Sinn des «Jugendartikels» sei es, ein verfassungsrechtliches «Bekenntnis» zur Jugend abzulegen⁹² und Letzterer dadurch die «Referenz» zu erweisen,⁹³ weshalb mit Art. 11 Abs. 1 BV ein «sehr symbolischer Entscheid»⁹⁴ getroffen werde. Auch die Gegner anerkannten, dass der Grundrechtskatalog mit Art. 11 Abs. 1 BV zum Objekt symbolischer Politik mutieren würde, und machten genau dies zur Grundlage ihrer Opposition.⁹⁵

Dieser skizzierte expressive Normgehalt ist gemäss der Eigenrationalität des politischen Systems nicht auf die tatsächliche Änderung von Zuständen gerichtet. Entsprechend ist er in der Rechtsanwendung nicht operationalisierbar und

87 Vgl. bereits PETER NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, ZSR 1981 I S. 347–364, 350, mit der Beobachtung, «dass <symbolische> Gesetze oft heftiger umstritten sind als <instrumentale>».

88 Die Bezeichnung «*expressive law*» wird im Rahmen des *Law and Economics*-Ansatzes enger nur für Normen verwendet, die trotz fehlender Sanktionsdrohung beachtet werden; vgl. statt aller CASS R. SUNSTEIN, *On the Expressive Function of Law*, *University of Pennsylvania Law Review* 1996, S. 2021–2053; für empirische Evidenz z.B. PATRICIA FUNK, *Is There An Expressive Function of Law?*, *American Law and Economics Review* 2007 S. 135–157 (betr. die Stimm- und Wahlpflicht in Schweizer Kantonen).

89 Vgl. den Haupttext bei den Fn. 24, 26–28, 37, 43 f. und 61.

90 *Vreni Hubmann* (Berichterstatterin), in: AB NR (Fn. 2), S. 420/linke Spalte.

91 *Hans Zbinden*, S. 191 f.; ähnlich *Peter Vollmer*, S. 194 f. und *Hans Widmer*, S. 194/rechte Spalte, alle in: AB NR (Fn. 2).

92 *Peter Vollmer* (Berichterstatter), in: AB NR (Fn. 2), S. 195/linke Spalte.

93 *Peter Vollmer* (Berichterstatter), in: AB NR (Fn. 2), S. 490/rechte Spalte.

94 *Peter Vollmer* (Berichterstatter), in: AB NR (Fn. 2), S. 418/rechte Spalte.

95 Vgl. Fn. 2, 30 und 41.

entfaltet keine rechtsnormative Verbindlichkeit: Gerichte und Verwaltungsbehörden haben mit anderen Worten weder die Möglichkeit noch die Kompetenz, in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 BV «Bekanntnisse» zur Jugend abzulegen. Auch der programmatischen Schicht der Grundrechte kann der expressive Gehalt nicht zugerechnet werden: Aus den affirmativen Bekenntnissen zur Jugend lässt sich nicht auf eine *Selbstbindung der Politik* hinsichtlich eines inhaltlich wenigstens in Umrissen festgelegten zukünftigen legislativen Handelns schliessen. Da auch der programmatischen Grundrechtsschicht *rechtliche* Verbindlichkeit zukommt,⁹⁶ müsste aber eine Selbstverpflichtung der Politik zumindest in diesem Umfang nachweisbar sein.

III. Rechtsnormative Verbindlichkeit: Art. 11 Abs. 1 als Produkt instrumenteller Politik

Die Skepsis des Ständerates gegenüber dem späteren Art. 11 Abs. 1 BV hat wesentlich dazu beigetragen, dass der Bestimmung durch die Abschwächung von Formulierungen, die auf einen ausgreifenden leistungsrechtlichen Gehalt hindeuteten, kein ausschliesslich expressiv-symbolischer Gehalt zukommt.⁹⁷ Den Paradigmawechsel hin zu einer deutlich abwehrrechtlich konturierten Fassung leitete die ständerätliche Verfassungskommission ein, indem sie den Artikel systematisch der persönlichen Freiheit zuordnete und ihren Wortlaut auf den Aspekt des Schutzes der persönlichen Integrität eingrenzte.⁹⁸ Diese enge, mit dem Begriff «Unversehrtheit» dem systematisch direkt vorangehenden Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) entlehnte *Beschränkung* auf elementare Achtungsansprüche⁹⁹ wurde durch die Einigungskonferenz um den Aspekt der «Förderung» ergänzt und damit graduell wieder auf die ursprüngliche, vom Nationalrat unterstützte Version hin *erweitert*.¹⁰⁰

Daraus erschliesst sich, dass die Bundesversammlung mit den beiden Substantiven «Schutz» und «Förderung» in Art. 11 Abs. 1 BV einen *Transfer* des in Art. 302 Abs. 1 ZGB¹⁰¹ mit den entsprechenden Verben – «schützen» und «fördern» – privatrechtlich und in Art. 3 KRK mit den Substantiven «*protection*» und «*care*»¹⁰² völkerrechtlich garantierten *Kindeswohls* auf die Verfas-

96 In diesem Sinn bereits JÖRG PAUL MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, S. 48; ähnlich KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 38 f.

97 Vgl. den Haupttext bei Fn. 34–39, 46–51, 53, 59 f.

98 Vgl. Fn. 34 f., 49 inkl. Haupttext.

99 Zu den Querbezügen zu Art. 10 Abs. 2 BV vgl. Fn. 9, 36, 38, 49, je inkl. Haupttext.

100 Fn. 59 sowie 44 f., je inkl. Haupttext.

101 «Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu *fördern* und zu *schützen*.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

102 Vgl. zudem Art. 54 Abs. 1 KRK i.V.m. Art. 31 Abs. 1 und 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111).

sungsebene bezweckte.^{103, 104} Art. 302 Abs. 2 ZGB bringt den Gehalt des Kindeswohls insgesamt zum Ausdruck,¹⁰⁵ sodass die Verben «fördern» und «schützen» zwei Aspekte einer sinnhaften Einheit ausdrücken.¹⁰⁶ Mit Blick auf Art. 3 KRK schliesst Art. 11 Abs. 1 BV auch sprachlich an die sog. «drei P.s» (*protection, provision, participation*) an, die gemäss dem Konzept der KRK die Basis des Kindeswohls bilden.¹⁰⁷ Durch diese *Überführung des Kindeswohls in das Verfassungsrecht* solle insbesondere das effektive Schutzniveau der völkerrechtlichen Garantie «verschärft»¹⁰⁸ und *grundrechtlich* verankert werden.¹⁰⁹

D. Rechtsnatur und Gewährleistungsinhalt

I. Grundrechtstheoretische Spezifika des Kindeswohls

1. Relativität und elterliches Konkretisierungsprimat

Das «Kindeswohl» als Rechtsbegriff lässt sich nur für einen elementaren Bereich abstrakt umschreiben. Dieser *Begriffskern*¹¹⁰ umfasst insbesondere Nahrung, Kleidung, angemessene Ausbildung und die Absenz physischer, sexueller und psychischer Gewalt.¹¹¹ Darüber hinaus ist nicht nur der *Inhalt* des Kindeswohls, sondern auch die konkret zu treffende Massnahme (*Rechtsfolge*) bei einer

103 Vgl. die Nachweise aus der Normgenese in Fn. 24, 28, 41, 61 und (spezifisch zur völkerrechtlichen Herkunft des Ausdrucks «Schutz») Fn. 28, je inkl. Haupttext. Die nationalrätliche Fassung (vgl. den Haupttext bei Fn. 22 und 53) nahm zudem wörtliche Anleihen bei Art. 24 Abs. 1 UNO-Pakt II (SR 103.2).

104 Im Resultat gl.M. BGE 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373; 126 II 377 E. 5d S. 391; WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000, S. 189.

105 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1–138, 77; ANDREAS BRAUCHLI, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss., Zürich 1982, S. 169–171; folgerichtig wird im Schrifttum nicht zwischen beiden Aspekten unterschieden: PATRICK FASSBIND, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Diss., Basel 2006, S. 71 f.; INGBORG SCHWENZER, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 301 ZGB N 2–6; URS TSCHÜMPERLIN, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Diss., Freiburg 1989, S. 204–211; für die KRK FREEMAN (Fn. 112), S. 67 f.; JEAN ZERMATTEN, The Best Interests of the Child Principle, Int. J. of Children's Rights 2010, S. 483–499, 490.

106 Anders die vorherrschende, scharfe Unterscheidung zwischen «Schutz» und «Förderung», vgl. dazu Fn. 8 m.w.H.

107 Zu den «drei P.s» GERALDINE VAN BUEREN, The International Law on the Rights of the Child, Dordrecht 1995, S. 15; FREEMAN (Fn. 112), S. 67 m.w.H.; MARIE-FRANÇOISE LÜCKER-BABEL, The Right of the Child to Express Views and to be Heard, Int. J. of Children's Rights 1995, S. 391–404, 391; zur Vorbildfunktion der KRK KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 380; J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 803.

108 Peter Vollmer (Berichterstatter), in: AB NR (Fn. 2), S. 490/rechte Spalte.

109 Vgl. Fn. 2, 19 f., 24, 30, 32, 40 und 56, je inkl. Haupttext.

110 Zur Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof PHILIPP HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 1914 S. 1–313, 46 f.

111 Vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER (Fn. 105), Art. 301 N 5; MONIKA PFAFFINGER, Polyvalentes Kindeswohl, ZSR 2011 I S. 417–447, 422 f.; TSCHÜMPERLIN (Fn. 105), S. 81–84; negative Tatbe-

Gefährdung des Kindeswohls unbestimmt.¹¹² Das Kindeswohl stellt also «kein subsumtionsfähiges Entscheidungsprogramm zur Verfügung.»¹¹³ Es verpflichtet dazu, das zu tun, was «in der jeweiligen Situation (...) die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht.»¹¹⁴ Angesichts dieser *mehrdimensionalen Relativität des Kindeswohls* ist eine Orientierung am Telos angezeigt: Das Kindeswohl bezweckt, dem Kind ab dessen Volljährigkeit¹¹⁵ ein selbstständiges, selbstbestimmtes und gemeinschaftsfähiges Leben zu ermöglichen (vgl. auch Art. 41 Abs. 1 lit. g BV).¹¹⁶ Als Korrelat ist die elterliche Sorge deshalb darauf gerichtet, «sich selbst überflüssig zu machen.»¹¹⁷ Zuständig für die Konkretisierung des Kindeswohls sind aufgrund ihres Erziehungsrechts (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK)¹¹⁸ und ihrer Sachnähe in erster Linie die Eltern. Ihnen kommt ein pflichtgemäss auszuübendes *Konkretisierungsprimat* zu.¹¹⁹

Grundrechtsdogmatisch kristallisiert sich demnach nicht der offen formulierte sachliche Schutzbereich, sondern die *unbestimmte Rechtsfolge* eines ungerechtfertigten Eingriffs als dogmatisches Spezifikum von Art. 11 Abs. 1 BV heraus. Eine Norm, die zu jener Anordnung verpflichtet, welche «die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht», eröffnet nicht nur eine Vielzahl von Handlungsoptionen, sondern erfordert den Entwurf wahrscheinlicher Szenarien über künftige Entwicklungschancen des Kindes.

2. Keine notwendige Kongruenz zwischen Kindeswohl und Kindeswillen

Da sich das Kindeswohl *objektiv* bestimmt und die noch fehlende Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit des Kindes ersetzt, sind das Kindeswohl und der subjektive Kindeswille im Einzelfall nicht notwendig kongruent.¹²⁰ Auch darin

stände bei CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, Art. 252–301 aZGB, Bern 1964, Art. 283 aZGB N 67–96.

112 Im Resultat ebenso CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 26.04a und MICHAEL FREEMAN, Article 3, in: André Alen et al. (Hrsg.), A Commentary on the U.N. Convention on the Rights of the Child, Leiden u.a. 2007, S. 27, 30 f.

113 JUTTA LIMBACH, Die Suche nach dem Kindeswohl, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1988 S. 155–160, 159; ähnlich MICHAEL COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Habil., Frankfurt a.M. 1983, S. 167 f.

114 HEGNAUER (Fn. 112), N 26.04a; ähnlich BGE 129 III 250 E. 3.4.2 S. 255.

115 Zur Terminologie vgl. Fn. 182.

116 Vgl. CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, Art. 252–269c ZGB, Bern 1984, Art. 264 ZGB N 58; PETER SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Familienrecht im Wandel. FS Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, S. 175–213, 199; zu Art. 41 Abs. 1 lit. g BV als Auslegungshilfe BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2 S. 17.

117 HEGNAUER (Fn. 112), N 25.03.

118 Zur positivrechtlichen Zuordnung der Elternrechte vgl. etwa PETER HÄNNI/EVA MARIA BELSER, Die Rechte der Kinder, AJP 1998 139–157, 147; KÄLIN (Fn. 104), S. 186.

119 Im Resultat gl.M. TSCHÜMPERLIN (Fn. 105), S. 119; FASSBIND (Fn. 105), S. 112–133; SALADIN (Fn. 116), S. 199.

120 Statt aller BRAUCHLI (Fn. 105), S. 170; TSCHÜMPERLIN, (Fn. 105), S. 87; BSK ZGB I-SCHWENZER (Fn. 105), Art. 301 N 6; zur KRK DAVID ARCHARD/MARIT SKIVENES, Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views, Int. J. of Children's Rights 2009 S. 1–21, 20 f.

liegt ein wesentlicher Unterschied zur Normstruktur klassischer Grundrechte: Unabhängig von der Frage, ob Grundrechte subjektive Rechte bilden,¹²¹ setzen Grundrechtsnormen einen tatsächlichen Freiheitsgebrauch im Sinn einer *Willensmanifestation* voraus. Evident ist dies in jenen Fällen, in denen die individuellen Motive des Freiheitsgebrauchs für die Zuordnung zu einem bestimmten sachlichen Schutzbereich einer Grundrechtsnorm bedeutsam sind.¹²² Ob ein bestimmter Freiheitsgebrauch *objektiv* im Interesse des Ausübenden liegt, ist dagegen irrelevant, da nicht die Ausübung, sondern die *Einschränkung* eines Grundrechts rechtfertigungsbedürftig ist (vgl. Art. 36 BV). Anders als ein klassisches Grundrecht schützt das Kindeswohl folglich nicht die Manifestation eines Willens, sondern die durch *Dritte treuhänderisch* festgelegten und wahrgenommenen, *wohlverstandenen objektiven Interessen des Kindes*. Ansätze, die Art. 11 Abs. 1 BV als allgemeine Handlungsfreiheit¹²³ oder als Verstärkung der persönlichkeitsbezogenen Gehalte der Grundrechte¹²⁴ deuten, werden dieser strukturellen Divergenz nicht hinreichend gerecht.

3. Rechtsdogmatische Multifunktionalität

Eine Dogmatik von Art. 11 Abs. 1 BV hat sodann den vielfältigen Funktionen des Kindeswohls¹²⁵ Rechnung zu tragen. Wie Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 3 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 Satz 3 KRK hervorheben, ist das Kindeswohl zunächst *Entscheidungsmassstab* für alle Personen und Behörden, die mit der Erziehung des Kindes befasst sind.¹²⁶ Sodann ist das Kindeswohl *Eingriffslegitimation*: Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sind die Eltern ausserstande Abhilfe zu schaffen, ist die Kindesschutzbehörde¹²⁷ berechtigt und verpflichtet, verhältnismässige Massnahmen zu dessen Schutz zu treffen (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Schliesslich ist das Kindeswohl *verfahrensleitendes Prinzip*: Die materielle Verwirklichung des Kindeswohls setzt Entscheidungsstrukturen voraus, die

121 Dazu eingehend ROBERT ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1994, S. 164–170 sowie die Übersicht der Bundesgerichtspraxis bei SIMONE WYSS, *Das subjektive öffentliche Recht als Begriff des Bundesgerichts*, Diss. Bern, Basel 2009, S. 97–100, 156.

122 Zu Art. 15 BV entsprechend BGE 135 I 79 E. 4.4 S. 84, wonach «Glaubensinhalte, die ein religiös motiviertes Verhalten begründen oder bestimmte Bekleidungsweisen nahelegen, (...) grundsätzlich nicht zu überprüfen» sind.

123 KLEY (Fn. 4), S. 316; a.M. J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 806.

124 J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 805 f.

125 CYRIL HEGNAUER, *Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts* (1992), in: Kurt Affolter et al. (Hrsg.), *Cyril Hegnauer. Gesammelte Schriften aus Anlass seines 90. Geburtstages*, Zürich u.a. 2011, S. 81–104, 97; zur Unterscheidung verschiedener Funktionen MICHAEL COESTER, *Staudingers Kommentar zum BGB. Familienrecht*, Berlin 2009, § 1666 BGB N 65 m.w.H.; ähnlich zur KRK ZERMATTEN (Fn. 105), S. 492 f.

126 Vgl. FREEMAN (Fn. 112), S. 44–50; ZERMATTEN (Fn. 105), S. 487 f.

127 Terminologie gemäss Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 19. Dezember 2008; Inkrafttreten: 1. Januar 2013 (AS 2011 725–782, 767).

den jeweiligen Behörden die relevanten Entscheidungsgrundlagen sachgerecht vermitteln und das Wohl des Kindes im Verfahren respektieren.¹²⁸

II. Folgerungen für Rechtsnatur und Gewährleistungsinhalt

1. Gewährleistung eigenständiger Rechtspositionen

Ausgangspunkt einer dogmatisch angeleiteten Klärung der im Zusammenhang mit Art. 11 Abs. 1 BV strittigen Rechtsfragen¹²⁹ ist die durch den Verfassungsgeber bewusst vorgenommene Einordnung der Bestimmung im *Grundrechtskatalog*.¹³⁰ Demnach ist der unabhängig vom konkreten Sachverhalt bestimm- bare Kern des Kindeswohls angesichts inhaltlicher Parallelen und der in der Normgeschichte deutlich sichtbaren Verbindungslinien zur persönlichen Freiheit¹³¹ primär *abwehrrechtlich* strukturiert.¹³²

2. Verwirklichung des Kindeswohls durch Organisation und Verfahren

Jenseits des skizzierten elementaren Bereichs bildet das Kindeswohl ein *heuristisches Prinzip*, das es ermöglicht, dem Einzelfall optimal gerecht zu werden.¹³³ Damit geht die Gefahr einher, dass das Kindeswohl zur blossen Projektionsfläche subjektiver Wertvorstellungen von Eltern und Behördenmitgliedern herab- sinkt.¹³⁴ Die vor diesem Hintergrund häufig anempfohlene Flucht in die empirisch orientierten Sozial-, Human- und Naturwissenschaften droht regelmässig in der von *Niklas Luhmann* bereits Mitte der 1970er-Jahre lokalisierten Sack- gasse einer «Annäherung und Verständigung auf dem für beide Seiten niedrigs- ten Niveau»¹³⁵ zu enden: Unter ganz spezifischen tatsächlichen Bedingungen gewonnene Erkenntnisse und unter einer Vielzahl von Prämissen formulierte Thesen¹³⁶ werden im Gerichts- und Verwaltungsalltag zu beliebig einsetzbaren,

128 Vgl. Haupttext zu Fn. 139–141.

129 Vgl. Haupttext bei Fn. 2–15.

130 Vgl. Fn. 109 (inkl. Haupttext) m.w.H.

131 Vgl. Fn. 34 f., 49, 98–100 inkl. Haupttext; so auch BGE 127 I 6 E. 5a S. 11.

132 Vgl. zum Ganzen den Haupttext zwischen Fn. 149–161.

133 Vgl. VAN BUEREN (Fn. 107), S. 46; COESTER (Fn. 125), N 66; ZERMATTEN (Fn. 105), S. 494.

134 Ähnlich ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI, *Ehe, Partnerschaft, Kinder*, 2. Aufl., Basel 2011, S. 229; SHARON DETRICK, *A Commentary on the U.N. Convention on the Rights of the Child*, The Hague u.a. 1999, S. 89; FREEMAN (Fn. 112), S. 27–31; ZERMATTEN (Fn. 105), S. 494 f., 498.

135 NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 9; pessimistisch auch Gunther Teubner, *Die Episteme des Rechts*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 115–154, 137 a.E., wo- nach «die sozialwissenschaftliche Aufklärung des Rechtes in nicht-antizipierten Folgen – der Produktion von hybriden Artefakten mit zweifelhaftem epistemischem Status und unbekanntem sozialen Konsequenzen» – ende.

136 Vgl. statt aller KERIMA KOSTKA, *Im Interesse des Kindes?*, Diss. Pädagogik, Frankfurt a.M. 2004, S. 252–255.

allgemeingültigen Erfahrungstatsachen mit normativem Gewicht verklärt.¹³⁷ In *epistemischer* Hinsicht ist daher ein Vorgehen angezeigt, das ausserrechtliche Wertungen sowohl auf ihre Vereinbarkeit mit den normativ festgelegten Gesichtspunkten, als auch ihre Anwendung auf das konkret betroffene Kind hin überprüft, allenfalls relativiert und bei fehlendem nachbarwissenschaftlichem Konsens gegenüber einem bestimmten Theorem eine kritische, rational-analytische Distanznahme pflegt.¹³⁸

Vor diesem Hintergrund und nachdem Art. 11 Abs. 1 BV auf die umfassende Gewährleistung des Kindeswohls zielt,¹³⁹ sind entsprechende *Verfahren* vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden so auszugestalten, dass sie eine verlässliche Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung vermitteln.¹⁴⁰ Das setzt grundsätzlich die Anhörung des betroffenen Kindes voraus. Dementsprechend werden Art. 3 und 12 KRK zuweilen als *«the duo»* bezeichnet.¹⁴¹

3. Zwischenfazit: Differenzierung nach verschiedenen Teilgehalten

Die Relativität des Kindeswohls hinsichtlich Inhalt und Rechtsfolge,¹⁴² das elterliche Konkretisierungsprimat¹⁴³ und die fehlende notwendige inhaltliche Kongruenz zwischen subjektivem Kindeswillen und Kindeswohl¹⁴⁴ schaffen zusammen mit der rechtsdogmatischen Multifunktionalität des Kindeswohls¹⁴⁵ eine *strukturelle Divergenz* zwischen Art. 11 Abs. 1 BV und den übrigen Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung.¹⁴⁶ Diesen Unterschieden zum Trotz hat der Verfassungsgeber den Willen bekundet, den Schutz der Kinder und Jugendlichen *grundrechtlich* auszugestalten.¹⁴⁷ Daher ist es notwendig, Gewährleistungsinhalt und Rechtsnatur nach unterschiedlichen *Teilgehalten* von Art. 11 Abs. 1 BV zu *differenzieren*. Da «Schutz» und «Förderung» i.S.v. Art. 11 Abs. 1 BV eine sinnhafte Einheit bilden, lässt sich für diese Unterscheidung nicht direkt

137 Eingehend LIMBACH (Fn. 113), S. 156–159; pessimistisch auch INGBORG SCHWENZER, Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen, FamPra.ch 2005 S. 12–24, 23 f.

138 Ähnlich COESTER (Fn. 125), N 73; DERS. (Fn. 113), 452 f., 465–482; LIMBACH (Fn. 113), S. 159 f.

139 Vgl. den Haupttext zu Fn. 101–109.

140 Ähnlich auf Basis des deutschen Grundgesetzes (GG) BVerfG, 1 BvR 2910/09, Ziff. 28; zur Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren wegweisend LAURENCE H. TRIBE, Structural Due Process, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1975, S. 269–321; adaptiert und ausdifferenziert durch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel. FS Kurt Eichenberger, Basel u.a. 1982, S. 169–181.

141 ZERMATTEN (Fn. 105), S. 495; gl.M. DETRICK (Fn. 134), S. 89.

142 Vgl. den Haupttext bei Fn. 111–116, 119 f.

143 Vgl. den Haupttext bei Fn. 116–119.

144 Vgl. Fn. 120–122 inkl. Haupttext.

145 Vgl. den Haupttext bei Fn. 125–128.

146 Vgl. den Haupttext bei Fn. 123 f.

147 Vgl. die massgeblichen Charakteristiken von Grundrechten im Haupttext zwischen Fn. 66 und 68; zur Normgenese vgl. den Haupttext bei Fn. 108 f. und Verweise in Fn. 109.

am Wortlaut anknüpfen.¹⁴⁸ Insgesamt entzieht sich Art. 11 Abs. 1 BV damit einer holistischen grundrechtsdogmatischen Qualifikation.¹⁴⁹

III. Teilgehalte des Schutzes der Kinder und Jugendlichen

1. Abwehrrechtlicher Teilgehalt

Der abwehrrechtliche Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV umfasst den Kernbereich des Kindeswohls¹⁵⁰ und damit die identischen Rechtsgüter und Tatbestände wie Art. 10 BV, ist jedoch um die spezifischen Schutzbedürfnisse Minderjähriger¹⁵¹ erweitert und verstärkt.¹⁵² Der «Anspruch auf *besonderen* Schutz» kindlicher Unversehrtheit (Art. 11 Abs. 1 BV) weist damit eine *qualitative* und eine *quantitative*, im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 und 3 BV zu berücksichtigende Komponente auf.¹⁵³ Der abwehrrechtliche Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV kann sodann die Einschränkung von Grundrechten anderer Rechtssubjekte als «durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt» (Art. 36 Abs. 2 BV) erscheinen lassen. Seit Inkrafttreten von Art. 11 Abs. 1 BV ist die Zuordnung des Kindeswohls zur wenig adäquaten Kategorie der öffentlichen Interessen obsolet.¹⁵⁴

Angesichts der systematischen Ausgestaltung als separater Artikel und des Normwortlautes¹⁵⁵ erweist sich der abwehrrechtliche Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV gegenüber Art. 10 BV als *lex specialis* und vermittelt damit *eigenständige direkt-anspruchsbegründende Rechtspositionen*.¹⁵⁶ Anders verhält es sich mit dem Anspruch auf angemessene Ausbildung: Mit Art. 19 BV hat der Verfassungsgeber diesen Anspruch in sachlicher und persönlicher Hinsicht präzise definiert, weshalb Art. 11 Abs. 1 BV dem Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht nachgeht.¹⁵⁷ Gleiches gilt im Verhältnis zum «*Individual-*

148 Vgl. Fn. 106 inkl. Haupttext; a.M. die h.L. und Rechtsprechung (zit. in Fn. 8).

149 A.M. BGE 132 III 359 S. 373 und die in Fn. 9–12 zitierte Literatur.

150 Vgl. dazu den Haupttext zu Fn. 111.

151 Für ein konkretes Beispiel (Ausstrahlung von Werbespots für kostenpflichtige Downloads von pornographischen Videos und Bildern auf Mobiltelefone) BGE 133 II 136 E. 5.1 S. 142 und E. 6.5.2 S. 149.

152 Ähnlich J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 808.

153 Vgl. Fn. 45 f. (inkl. Haupttext); im Resultat ähnlich BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 4 f.

154 Vgl. für diese überkommene Zuordnung BGE 118 Ia 427 E. 6b S. 438; 115 Ia 234 E. 6c S. 253; HÄNNI/BELSER (Fn. 118), S. 145; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Habil., Zürich 2009, S. 523–525.

155 Das Adverb «besonders» steht für einen gegenüber Art. 10 Abs. 2 BV intensiveren Schutzanspruch; vgl. den Haupttext bei Fn. 46.

156 A.M. BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 5; unentschieden GÄCHTER/MEYER-BLASER (Fn. 4), N 41 a.E.; MADER (Fn. 5), S. 700.

157 Gl.M. BGE 133 I 156 E. 3.6.4 S. 167; BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 5; WYTTENBACH (Fn. 4), S. 313 f.

anspruch aller Kinder und Jugendlichen mit Behinderungen auf Sonderschulung»¹⁵⁸ gemäss Art. 63 Abs. 3 BV.¹⁵⁹

Die vielfältigen einfachrechtlichen Vorschriften, die den grundlegenden Schutzbedürfnissen des Kindes Rechnung tragen – von der elterlichen Unterhaltspflicht über den zivilrechtlichen bis hin zum strafrechtlichen Kindes-schutz¹⁶⁰ – weisen darauf hin, dass der abwehrrechtliche Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV rechtspraktisch die Funktion einer *Auffanggarantie* im Verhältnis zu den Bestimmungen des einfachen Rechts zukommt. Die Tragweite von Art. 11 Abs. 1 BV erschöpft sich diesbezüglich vorwiegend darin, Schutzlücken auf Gesetzes- und Verordnungsstufe zu füllen.

2. *Verfahrensrechtlicher Teilgehalt*

Wie sich aus dem Regelungszweck und der KRK als legislatorischem Vorbild von Art. 11 Abs. 1 BV erschliesst, vermittelt dessen verfahrensrechtlicher Teilgehalt «Kinder und Jugendliche[n]» ein *Anhörungsrecht* in jenen Gerichts- und Verwaltungsverfahren, von deren Ausgang sie ganz spezifisch betroffen sind.¹⁶¹ In Anlehnung an Art. 12 Abs. 2 KRK hat die Anhörung aber nicht zwingend persönlich, sondern in einer dem Kindeswohl entsprechenden Weise direkt oder indirekt zu erfolgen.¹⁶² Gefährdet die Anhörung das Wohl des Kindes erheblich, kann von ihr soweit erforderlich abgesehen werden (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 KRK).¹⁶³ Das Anhörungsrecht setzt voraus, dass das Kind voraussichtlich in der Lage sein wird, sich eine eigene Meinung zu bilden und wesentliche Gesichtspunkte für die Konkretisierung seines Wohls aufzuzeigen. Das setzt nicht notwendig *Urteilsfähigkeit* voraus, sodass Art. 11 Abs. 1 BV diesbezüglich über die Garantien von Art. 12 KRK hinausgeht. Die durch

158 Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2001 2291–2559, 2467 (Hervorhebungen hinzugefügt); einen Individualanspruch behandelnd nun wohl auch Urteil des BGE 2C_971/2011 vom 13. April 2012, E. 4.6.1, zur Publikation vorgesehen; zweifelnd BIAGGINI (Fn. 4), Art. 62 BV N 10.

159 GL.M. ANDREA AESCHLIMANN-ZIEGLER, Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung, Diss. Basel, Bern 2011, S. 39.

160 Vgl. dazu den Haupttext bei Fn. 170 f.

161 Zur Begründung vgl. den Haupttext bei Fn. 139–141; spezifisch betroffen ist das Kind z.B. vom Antrag seiner Eltern auf Bewilligung des privaten Einzelunterrichts in Erfüllung der Schulpflicht («*homeschooling*») und anderer schulrechtlichen Anordnungen; zu Letzterem BEATRICE FRÜH, Die UNO-Kinderrechtskonvention, Diss. Zürich 2007, S. 42; zu den spezifische Mitspracherechte des Kindes im Schulrecht der Kantone vgl. BUNDESRAT, Zweiter, dritter und vierter Bericht der Schweizerischen Regierung zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Bern 2012, S. 46 f.

162 Betreffend Art. 12 KRK in diesem Sinn BGE 124 II 361 E. 3c S. 368.

163 BGE 124 III 90 E. 3c S. 93; vgl. auch BGE 131 III 553 E. 1.3.3 S. 55 (zu Art. 298 Abs. 1 ZPO/ Art. 144 Abs. 2 aZGB), wonach ein blosser Loyalitätskonflikt für einen Verzicht auf die Anhörung nicht ausreichend ist.

Art. 12 KRK vermittelten Rechte stehen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Unterschied zu Art. 298 Abs. 1 ZPO¹⁶⁴ nur dem urteilsfähigen Kind zu.¹⁶⁵ Dieser Rückgriff auf Art. 16 ZGB überzeugt bereits methodisch nicht, da Staatsverträge *autonom* und primär nach ihrem Wortlaut auszulegen sind,¹⁶⁶ Art. 12 KRK jedoch nur die Fähigkeit verlangt, «eine eigene Meinung zu bilden», nicht aber, «vernunftgemäss zu handeln» (Art. 16 ZGB). Für die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 BV ist ein weiterer Gesichtspunkt wesentlich: Wäre die ganz konkrete «Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen»¹⁶⁷ – also die Urteilsfähigkeit – tatsächlich Voraussetzung des Anhörungsrechts, würden diese hohen Hürden angesichts des prognostischen und damit objektiv äusserst anspruchsvollen Charakters von Kindeswohlscheidungen¹⁶⁸ praktisch nur selten überwunden. Solches wäre mit dem Regelungszweck von Art. 11 Abs. 1 BV, das Kindeswohl umfassend abzusichern,¹⁶⁹ unvereinbar.

3. Grundrechtliche Schutzpflichten

Dem *abwehrrechtlichen Teilgehalt* von Art. 11 Abs. 1 BV trägt das Gesetzesrecht des Bundes bereits Rechnung: So verpflichtet Art. 276 Abs. 1 ZGB die Eltern dazu, für den Unterhalt des Kindes, insbesondere für die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen, aufzukommen. Das Strafgesetzbuch stellt neben der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 StGB¹⁷⁰) eine Reihe von Handlungen gegen die Integrität von Kindern unter Strafe, die nicht oder nicht qualifiziert bestraft werden, falls sie an einer erwachsenen Person begangen werden.¹⁷¹ Diese und weitere Bestimmungen lassen sich als Umsetzung einer im abwehrrechtlichen Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV (i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV) begründeten *Schutzpflicht* deuten.¹⁷² Gleiches gilt für die Verpflichtung der Kinderschutzhilfe, bei Kindeswohlgefährdung die

164 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272).

165 Vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1 S. 554 (zu Art. 144 Abs. 2 aZGB als Vorgängerbestimmung von Art. 298 Abs. 1 ZPO); 126 III 497 E. 4a S. 498; 124 II 361 E. 3c S. 368; 124 III 90 E. 3a S. 92; a.M. wohl U.N. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General Comment No. 12 (2009), Ziff. 21: «[I]t is not necessary that the child has comprehensive knowledge of all aspects of the matter affecting her or him, but that she or he has sufficient understanding to be capable of appropriately forming her or his own views on the matter.».

166 Art. 31 Abs. 1 VRK.

167 BGE 124 III 5 E. 1a S. 7.

168 Vgl. den Haupttext bei Fn. 119 f.

169 Vgl. den Haupttext bei Fn. 101–104

170 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0).

171 Art. 136 und 187 StGB sind nur gegenüber Kindern strafbar; qualifizierte Tatbestände sind in Art. 123 Abs. 2 al. 3 und Art. 126 Abs. 2 lit. a StGB vorgesehen.

172 Dazu allgemein BGE 126 II 300 E. 5 S. 314 f.; BIAGGINI (Fn. 4), Art. 35 BV N 7; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 34–37; RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 1173–1181; kritisch TSCHANNEN (Fn. 83), § 7 N 70–80.

«Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht

«geeigneten Massnahmen» zu treffen (Art. 307 Abs. 1 ZGB).¹⁷³ Dem *verfahrensrechtlichen Teilgehalt* von Art. 11 Abs. 1 BV tragen jene prozessrechtlichen Bestimmungen Rechnung, die in Verfahren, die Kinder spezifisch betreffen, die Geltung der Offizial- und Untersuchungsmaxime anordnen (vgl. Art. 446 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB¹⁷⁴, Art. 296 Abs. 1 ZPO) oder bei Interessenkonflikten zwischen Eltern und Kind zur Bestellung einer Vertretung des Kindes verpflichten (vgl. Art. 449a i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB¹⁷⁵, Art. 299 ZPO).

4. Grundrechtliches Optimierungsgebot

Aus dem rechtsnormativen Zweck von Art. 11 Abs. 1 BV, das Kindeswohl umfassend abzusichern, folgt im Sinne der «flankierenden Schicht» bzw. der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension¹⁷⁶ die an Verwaltungs- und Gerichtsbehörden gerichtete Pflicht, das konkrete Wohl des von einer Anordnung betroffenen Kindes innerhalb der durch das anwendbare Gesetzes- und Verordnungsrecht gesetzten Grenzen zum Entscheidungsmassstab¹⁷⁷ zu nehmen und bestmöglich zu gewährleisten.¹⁷⁸ Art. 11 Abs. 1 BV bildet dementsprechend ein grundrechtliches *Optimierungsgebot*.

E. Rechtsträgerschaft und Normverpflichtete

I. Rechtsträgerschaft

«Kind» wird als Rechtsbegriff in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet, einerseits *relational* für den Menschen jeden Alters in seiner verwandtschaftlichen Beziehung zu seinen Eltern,¹⁷⁹ andererseits *altersbezogen* für den Menschen in seinen ersten Lebensjahren.¹⁸⁰ Im letzteren Sinn ist «Kind» in Art. 11 Abs. 1 BV zu verstehen. Erstens wurde bei dessen Ausarbeitung nämlich wiederholt auf die KRK Bezug genommen,¹⁸¹ wonach «jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat», als «Kind» gilt. Zweitens

173 Dazu CYRIL HEGNAUER, *Kinderrecht – ein weites Feld* (2006), in: Affolter et al. (Fn. 125), S. 105–122, 115–118; BSK ZGB I-PETER BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, in: Honsell et al. (Fn. 105), N 6; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Aufl., Zürich 2009, § 44 N 5.

174 Vgl. Fn. 127.

175 Vgl. Fn. 127.

176 Vgl. J.P. MÜLLER (Fn. 96), S. 49 f. bzw. KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 39.

177 Vgl. Haupttext zu Fn. 126.

178 In der Sache ebenso BGE 126 II 377 E. 5d S. 391.

179 Vgl. z.B. Art. 252 Abs. 1 und 2 sowie Art. 457 Abs. 2 ZGB.

180 In letztgenanntem Sinn Art. 1 KRK und Art. 38 Abs. 3, Art. 41 Abs. 1 lit. f, g, Art. 62 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, Art. 67, Art. 123 Abs. 3 lit. c, Art. 123b BV; *relational* aber Art. 41 Abs. 1 lit. c, Art. 119 Abs. 2 lit. c Teilsatz 1 BV.

181 Vgl. BR *Arnold Koller*, in: AB NR (Fn. 2), S. 469 f.

sind Abs. 1 und 2 von Art. 11 BV unmittelbar aufeinander bezogen, wobei Art. 11 Abs. 2 BV durch Art. 19 Abs. 2 ZGB beeinflusst ist, der sich auf «[u]rteilsfähige handlungsunfähige Personen» bezieht, zu denen auch Minderjährige gehören (vgl. Art. 17 ZGB).¹⁸² Dagegen erstreckt sich der Schutz von Art. 11 Abs. 1 BV weder auf das ungeborene Leben noch über den Todeszeitpunkt hinaus.¹⁸³ Dem Ausdruck «*Jugendliche*» in Art. 11 Abs. 1 BV kommt keine rechtsnormative Bedeutung zu. Er steht allein mit dem expressiven Gehalt von Art. 11 BV in Zusammenhang, «die Jugend» im Verfassungsdokument zu würdigen.¹⁸⁴ Damit können sich *natürliche Personen*, die *minderjährig* sind, also das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ab ihrer Lebendgeburt¹⁸⁵ unabhängig von Staatsangehörigkeit und ausländerrechtlichem Status auf Art. 11 Abs. 1 BV berufen.

II. Wirksamkeit unter Privaten?

Durch Art. 11 Abs. 1 BV wird zunächst das *Gemeinwesen* verpflichtet. In der Normgenese und im Schrifttum klingt zudem vereinzelt an, dass Art. 11 Abs. 1 BV Drittwirkung entfalte.¹⁸⁶ Die Frage der Wirksamkeit von Art. 11 Abs. 1 BV unter Privaten ist im «mehrpolygonen Verfassungsverhältnis»¹⁸⁷ Kind/Staat/Dritte (inkl. Eltern) gestützt auf Art. 35 Abs. 3 BV differenziert unter Beachtung der funktionell-rechtlichen Grenzen der zuständigen Behörde zu beantworten.¹⁸⁸ Der Bundesgesetzgeber hat hierzu bestimmt, dass Eltern ihre Erziehungsbefugnisse am *Wohl des Kindes* auszurichten haben (Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB), die elterliche Sorge also ein *treuhänderisch* auszuübendes, *fremdnütziges* Pflichtrecht ist.¹⁸⁹ In *diesem* Sinn hat der Gesetzgeber entschieden, dass das durch Art. 11 Abs. 1 BV grundrechtlich garantierte Kindeswohl «auch unter Privaten wirksam» sein soll (Art. 35 Abs. 3 BV). Die Erziehungsrechte der Eltern (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) schützen daher keine Erziehungshandlung

182 Per 1. Januar 2013 (Fn. 127) wird im ZGB «Mündigkeit» durch «Volljährigkeit» ersetzt. Noch nicht volljährige Menschen sind «Minderjährige» (Art. 17 nZGB). «Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat.», Art. 14 nZGB (AS 2011 755).

183 Vgl. für die KRK Botschaft betr. den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1–98, 12; DETRICK (Fn. 134), S. 53–57.

184 Vgl. dazu den Haupttext bei Fn. 89–96.

185 Gl.M. REUSSER/LÜSCHER (Fn. 6), Art. 11 BV N 7 a.E.; WYTENBACH (Fn. 4), S. 299 f.; zur Legaldefinition der Totgeburt vgl. Art. 9 Abs. 1 Zivilstandsverordnung (ZStV; SR 211.112.2).

186 Vgl. vorne Fn. 27 f.; *Rose-Marie Ducrot*, S. 192/linke Spalte, *Margrith von Felten*, S. 199/linke Spalte, alle in: AB NR (Fn. 2) sowie J.P. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 12), S. 808 a.E., 810 f. inkl. Anm. 69 (hierzu der Haupttext zu Fn. 186–195); RHINOW/SCHEFER (Fn. 8), N 1343 f.

187 CHRISTIAN CALLISS, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpolygonen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, S. 321–330, 325 f.

188 Ähnlich BIAGGINI (Fn. 4), Art. 11 BV N 21; GEORG MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: Merten et al. (Fn. 15), § 204 N 32, 35 f., 38.

189 BGE 136 III 353 E. 3.1 S. 356; HEGNAUER (Fn. 112), N 25.02; SCHWENZER (Fn. 105), Art. 296 ZGB N 3; ähnlich TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO (Fn. 173), § 43 N 20, 23.

gen, die mit dem Kindeswohl evident unvereinbar sind.¹⁹⁰ Zwischen Art. 13 Abs. 1 BV/Art. 8 EMRK und Art. 11 Abs. 1 BV ist daher eine Grundrechtskollision *ausgeschlossen*. Auch hat der Bundesgesetzgeber Regelungen getroffen, damit sich die Interessen der Eltern nicht unbesehen gegen diejenigen des Kindes durchsetzen können (vgl. Art. 306 Abs. 2 und 3, Art. 544 Abs. 1^{bis}, Art. 449a i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB¹⁹¹). Daraus folgt kein unbedingter, ausnahmsloser Vorrang des Kindeswohls: Dessen Verwirklichung ist stets *gemeinschaftlich gebunden*, weshalb das Kind seinen Eltern neben Beistand und Achtung auch Rücksichtnahme schuldet (Art. 272 ZGB).¹⁹² Auch Art. 3 Abs. 1 KRK bezeichnet *«the best interests of the child»* als *«a primary consideration»*, nicht als *«the primary»* oder *«a paramount consideration»*.¹⁹³

Zur abstrakten Abwägung von kindlichen Schutz- und Förderungsbedürfnissen und Interessen von Eltern und Dritten¹⁹⁴ ist primär der Gesetzgeber berufen. Die Frage der Wirksamkeit von Art. 11 Abs. 1 BV unter Privaten erschöpft sich daher in der richtigen Anwendung des einfachen Rechts,¹⁹⁵ es sei denn, der Gesetz- oder Ordnungsgeber habe seine grundrechtliche Schutzpflicht i.S.v. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV nicht oder offensichtlich ungenügend erfüllt.

F. Schlussfolgerungen

Die Unterscheidung zwischen expressiven und rechtsnormativen Gehalten des Schutzes von Kindern und Jugendlichen i.S.v. Art. 11 Abs. 1 BV erlaubt es, die *verfassungsrechtliche Verankerung des Kindeswohls* als rechtsnormativer Zweck der Bestimmung zu identifizieren.¹⁹⁶ Während sich daraus erschliesst, dass sich ausschliesslich *Minderjährige* auf Art. 11 Abs. 1 BV berufen können,¹⁹⁷ lassen sich dessen Gewährleistungen nach einem *abwehrrechtlichen* und einem *verfahrensrechtlichen* Teilgehalt differenziert bestimmen. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV bildet sodann die Basis für *staatliche Schutz-*

190 In diesem Sinn betr. Art. 8 EMRK EGMR, Nr. 17383/90, *Johansen v. Norway*, Ziff. 78 und für das GG BVerfGE 59, 360 (384); ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Elternrecht, Recht des Kindes, Recht des Staates, in: Joseph Krautscheidt et al. (Hrsg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*. Bd. 14, Münster 1980, S. 54–98, 65, 95; a.M. HÄNNI/BELSER (Fn. 118), S. 152 f.; SALADIN (Fn. 119), S. 200.

191 Vgl. Fn. 127 sowie den Haupttext zu Fn. 175.

192 Vgl. CYRIL HEGNAUER, *Berner Kommentar*. Art. 270–295, Bern 1997, Art. 272 ZGB N 6–9; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO (Fn. 173), § 41 N 3–6; ferner DETRICK (Fn. 134), S. 91; PFAFFINGER (Fn. 111), S. 423–425.

193 FREEMAN (Fn. 112), S. 61 f.; ZERMATTEN (Fn. 105), S. 489; vgl. Fn. 102.

194 Für das Arbeitsverhältnis vgl. Art. 29–32 Arbeitsgesetz (ArG; SR 822.11) und die Jugendarbeitsschutzverordnung (ArGV 5; SR 822.115).

195 Zur dogmatischen Konstellation vgl. BGE 134 II 249 E. 3.1 S. 252.

196 Im Resultat ebenso BGE 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373.

197 Vgl. Haupttext zu Fn. 179–185.

pflichten und die *Optimierung* des Kindeswohls im Rahmen des einfachen Rechts. Art. 11 Abs. 1 BV gewährleistet damit im Kontext der Bundesverfassung *selbstständige* grundrechtliche Rechtspositionen. Im Übrigen ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Kindeswohls vor allem eine *Absicherung des völkerrechtlichen und bundesgesetzlichen Normbestandes* verbunden.

In der sozialen Wirklichkeit kann das Wohl des Kindes freilich nur eingebettet in einen gemeinschaftlichen, mitmenschlichen Kontext verwirklicht werden. Erlasse unterhalb der Verfassungsstufe vermögen den damit einhergehenden vielfältigen Interessenkongruenzen und -gegensätzen im «mehrpolgigen Verfassungsverhältnis»¹⁹⁸ Kind/Staat/Dritte (inkl. Eltern) differenzierter gerecht zu werden als notwendig einfach strukturierte Grundrechtsnormen wie diejenige zum «Schutz der Kinder und Jugendlichen.» Art. 11 Abs. 1 BV muss daher auch als Warnung vor der *Illusion der «Grundrechte als Passepartout gesellschaftlicher Problemlösung»*¹⁹⁹ verstanden werden.

Zusammenfassung

Seit seiner Verankerung wird Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV), wonach «Kinder und Jugendliche (...) Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung» haben, von einer tief sitzenden Skepsis begleitet. Mitverantwortlich dafür ist, dass Art. 11 Abs. 1 BV jeweils allein aus der Binnenperspektive des Rechtssystems analysiert wird. Weitert man den Fokus auf die Entstehung der Norm im politischen System aus, lässt sich nachweisen, dass mit der Verankerung des Schutzes der Kinder und Jugendlichen neben instrumentellen auch symbolische Zwecke verfolgt wurden. Art. 11 Abs. 1 BV hat daher sowohl eine expressive als auch eine rechtsnormative Funktion. Letztere besteht darin, das Kindeswohl als Grundrecht auf Verfassungsstufe zu gewährleisten. Jenseits eines elementaren Bereichs, der enge Bezüge zur persönlichen Freiheit aufweist, lässt sich der Inhalt des Kindeswohls jedoch nur im konkreten Einzelfall bestimmen, was primär Aufgabe der Eltern ist. Hinzu kommt, dass zwischen dem subjektiven Willen Minderjähriger als Rechtsträger von Art. 11 Abs. 1 BV und dessen, was objektiv dem Wohl des Kindes am besten dient, Diskrepanzen auftreten können. Diese strukturelle Verschiedenheit von Art. 11 Abs. 1 BV im Vergleich zu den übrigen Grundrechten erfordert eine Differenzierung nach einem abwehrrechtlichen, einem verfahrensrechtlichen und einem objektiv-rechtlichen Gehalt

198 CALLIESS (Fn. 187), S. 325 f.

199 CHRISTOPH MÖLLERS, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, S. 1973–1979, 1978, über «[d]ie heile Welt» der expansiven Grundrechtsinterpretation der 1950er-Jahre (Hervorhebungen hinzugefügt).

(grundrechtliche Schutzpflichten und Optimierungsgebot). Der Gewinn von Art. 11 Abs. 1 BV liegt daher vor allem in der Schliessung von Schutzlücken des einfachen Rechts auf Verfassungsstufe. Im Übrigen wirft der «Schutz der Kinder und Jugendlichen» aber ein Schlaglicht auf die Differenzierungsverluste, die mit der Missdeutung der Grundrechte als «Passepartout gesellschaftlicher Problemlösung» (*Christoph Möllers*) einhergehen.

Résumé

L'art. 11 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.), aux termes duquel «les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement», rencontre, depuis son adoption, un profond scepticisme. Cette réaction est entre autre due à une analyse de l'art. 11 al. 1 Cst. qui se restreint à une perspective purement légale. Si l'on élargit l'analyse à la genèse de la norme dans le système politique, on peut démontrer que l'ancrage de la protection des enfants et des jeunes dans la Constitution visait non seulement des objectifs instrumentaux, mais aussi symboliques. La disposition en question a donc tant une fonction expressive qu'une fonction normative. Cette dernière consiste à garantir le bien de l'enfant comme droit fondamental au niveau constitutionnel. Au-delà d'un noyau de base, qui comporte des liens étroits avec la liberté personnelle, le contenu du bien de l'enfant ne peut être déterminé que dans le cas concret, tâche qui relève principalement de la responsabilité des parents. En outre, des divergences peuvent survenir entre la volonté subjective des mineurs comme ayants droit selon l'art. 11 al. 1 Cst. et ce qui sert objectivement au mieux le bien de l'enfant. Cette différence structurelle de l'art. 11 al. 1 Cst. par rapport aux autres droits fondamentaux requiert une approche différenciée tenant compte des composantes défensive, procédurale ou juridique objective (obligation de protéger et obligation d'optimisation) de la norme. Le bénéfice de l'art. 11 al. 1 Cst. se situe donc avant tout dans le comblement de lacunes de protection au niveau infra-constitutionnel par des garanties de niveau constitutionnel. Au demeurant, la «protection des enfants et des jeunes» met en relief les pertes de différenciation qui accompagnent l'interprétation erronée des droits fondamentaux comme «passe-partout pour la résolution des problèmes sociaux» (*Christoph Möllers*).