

I. Abendausgang und Jugendschutz in zwei Polizeireglementen

„Schulkinder dürfen sich nach 20.30 Uhr im Winter und 21.00 Uhr im Sommer nicht ohne Begleitung des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des zuständigen Erziehers auf öffentlichen Strassen und Plätzen aufhalten.“ Das bestimmt Art. 56 des Polizeireglements der Gemeinde Interlaken vom 23. März 1969 im Abschnitt D, *Anstand und gute Sitte*, und unter dem Randtitel *Abendausgang Kinder*. Ähnliche Vorschriften neueren Datums kennt auch die Gemeinde Urtenen-Schönbühl, hier unter dem Randtitel *Jugendschutz*.¹ Im Frühjahr führten Probleme mit Schülerinnen und Schülern, die den abendlichen Ausgang allzu exzessiv ausübten, dazu, dass zwölf Gemeinden im Gebiet von Interlaken diese Bestimmung wieder aktivierten und die Eltern darüber brieflich informierten.² Das Thema erhielt einige Medienpräsenz, und von juristischer Seite sind die „Ausgangssperren für Kinder“ als rechtswidrig und den Grundsätzen des Zivilrechts widersprechend beurteilt worden.³

Beide Gemeinden untersagen Schulkindern bzw. unter 15-Jährigen, sich am Abend bzw. in der Nacht in der Öffentlichkeit aufzuhalten. Sie konkretisieren damit den Jugendschutz und gewährleisten zugleich die öffentliche Sicherheit und Ordnung, haben demnach im Rahmen des übergeordneten Rechts eine für ihre Organisation und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Vorschrift erlassen.⁴ Der Jugendschutz besteht nach diesen Bestimmungen darin, die (Bewegungs-)Freiheit der Kinder und Jugendlichen einzuschränken. Das betrifft deren persönliche Freiheit und Versammlungsfreiheit, ist mithin grundrechtsrelevant.⁵ Im folgenden werden Gehalt und Tragweite dieser

¹ Gemeindepolizeireglement vom 15. Mai 2006: II. Öffentliches Eigentum, Art. 6¹ Kinder, die das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, dürfen sich zwischen 24.00 und 5.00 Uhr nur in Begleitung einer volljährigen Person auf öffentlichem Grund aufhalten. ² Das Konsumieren von Alkohol- und Tabakwaren auf öffentlichem Grund ist Kindern und Jugendlichen, welche das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, untersagt. ³ Bei Widerhandlungen können die Eltern bzw. die gesetzlichen Vertreter zur Verantwortung gezogen werden.

² BIELER, Ausgangsverbot für Schulkinder, NZZ am Sonntag, 29.1.2006. Im Brief an die Eltern wird die Zeit auf 22 Uhr festgesetzt.

³ SCHWANDER / KETTIGER, Ausgangssperren für Kinder sind rechtswidrig, NZZ am Sonntag, 5.3.2006; BAUMANN, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 2004, 505, 523, erwähnt in Fn. 144 ein generelles nächtliches Ausgangsverbot für unter 16-Jährige in den 13 Gemeinden des Bezirks Avenches/VD. Er erachtet dies als „unzulässig“.

⁴ Art. 50 Abs. 1 GG (Grundgesetz (GG) vom 16. März 1998; Bernische Systematische Gesetzessammlung (BSG) 170.11).

⁵ Dass Minderjährige *Grundrechtsträger* (Grundrechtssubjekte) sind, ist unbestritten. Vgl. etwa SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, FS Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, 175, 187 f.; HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, N 291; HÄNNI/BELSER, Die Rechte der Kinder, AJP 1998, 139, 140. Art. 11 BV spricht die Kinder und Jugendlichen in dieser Qualität sogar ausdrücklich an, dazu REUSSER/LÜSCHER, Art. 11 BV, N 7, in: EHRENZELLER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002. Selbstverständlich gelten auch die in der EMRK und in den anderen Menschenrechtskonventionen verbrieften Rechte für Kinder und Jugendliche. Darüber hinaus garantiert die 1997 in der Schweiz in Kraft getretene UNO-Kinderrechtskonvention (Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107) die Menschenrechte für die Lebensbereiche des Kindes. Von der Grundrechtsfähigkeit ist die *Grundrechtsmündigkeit* zu unterscheiden, d.h. das Recht zur persönlichen Ausübung der Grundrechte (SALADIN (Fn. 4), 188) bzw. die Fähigkeit, die Verletzung eines Freiheitsrechts geltend

Grundrechte skizziert und ihre Einschränkung in beiden Gemeindepolizeireglementen kritisch gewürdigt. Die anschliessenden Erörterungen stellen das Ausgangsverbot in einen verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Rahmen, indem die polizeiliche Vorschrift an kinder- und jugendspezifischen Verfassungsbestimmungen, an den Grundgedanken des Kindesrechts und an rechtspolitischen Überlegungen gemessen wird.

II. Betroffene Grundrechte⁶

1. Die persönliche Freiheit

Die persönliche Freiheit garantiert das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Dieser verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz ist mit der Garantie der physischen und psychischen Integrität und Aktivität zugleich eine wichtige Voraussetzung für die Ausübung der anderen Freiheitsrechte. Ein Element der persönlichen Freiheit ist die Selbstbestimmung, die auch die Wahl der privaten Lebensgestaltung und die Wahrnehmung von Entwicklungsmöglichkeiten umfasst. Zur Persönlichkeitsentfaltung gehört unter anderem die Pflege zwischenmenschlicher Kontakte, die Teilnahme am sozialen Leben und „die freie Entscheidung, (...) die Freizeit so zu gestalten, wie dies der Einzelne befürwortet“⁷. Die Bewegungsfreiheit als räumlicher Aspekt der persönlichen Freiheit gewährleistet „ein Recht auf ungehinderte Ortsveränderung im öffentlich zugänglichen Raum“, die Freiheit also, „zu kommen und zu gehen, nach eigenem Gutdünken, so wie es einem beliebt“⁸.

Persönliche Freiheit ist jedoch nicht gleichzusetzen mit allgemeiner Handlungsfreiheit, die der Einzelne bei jedem staatlichen Akt, der seine private Lebensgestaltung direkt oder indirekt in irgendeiner Weise beeinflusst, geltend machen kann; deshalb gewährleistet auch die Bewegungsfreiheit kein absolutes Recht, sich jederzeit und überall an öffentlichen Orten bewegen oder aufhalten zu können.⁹ Zudem begrenzen die Freiheitsrechte Dritter, namentlich das Recht auf Eigentum und auf Privatsphäre, das Recht auf „freie Bewegung im Raum“¹⁰. Während ein Freiheitsentzug immer ein schwerer Eingriff in die Bewegungsfreiheit darstellt, wird diese durch eine Freiheitsbeschränkung (meistens) weniger beeinträchtigt. Freiheitsbeschränkungen liegen dann vor, „wenn die Bewegungsfreiheit in räumlicher Hinsicht nicht entzogen ist, oder wenn der Eingriff bloss sehr kurze Zeit dauert oder zwar länger währt, aber von vornherein nicht auf Dauer ausgerichtet ist“, sie sind deshalb in der Regel als leichter Grundrechtseingriffe zu qualifizieren.¹¹

zu machen (HÄFELIN/HALLER (Fn. 5), N 293). Die Grundrechtsmündigkeit kann im öffentlichen Interesse und durch die elterliche Sorge eingeschränkt werden, dazu REUSSER/LÜSCHER (Fn. 5), Art. 11 BV, N 21 ff. und SALADIN (Fn. 5), S. 190. Vgl. auch MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 423 mwH.: „Wie weit Minderjährige Grundrechte selbständig geltend machen können, lässt sich nicht generell beantworten, sondern ist für jede Grundrechtsposition besonders zu untersuchen. Massgeblich ist die persönlichkeitsrechtliche oder demokratiefunktionale Relevanz des betroffenen Rechts im konkreten Kontext und die Intensität der in Frage stehenden Beeinträchtigung im Einzelfall“.

⁶ Dieser Aufsatz versteht sich als Diskussionsbeitrag, nicht als eine erschöpfende Behandlung des Themas im Sinne eines Gutachtens. Deshalb wird auf die Prüfung, ob noch andere Grundrechte (etwa Schutz der Privatsphäre, Rechtsgleichheit, Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters, Schutz vor Willkür) betroffen sind, verzichtet.

⁷ SCHWEIZER in: EHRENZELLER (Fn. 5), Art. 10 BV, N 26.

⁸ BAUMANN (Fn. 3), 508.

⁹ BAUMANN (Fn. 3), 527 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, 534.

¹⁰ BAUMANN (Fn. 3), 508.

¹¹ BAUMANN (Fn. 3), 525, 506; vgl. auch 522: „Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung unterscheiden sich einzig hinsichtlich der Intensität des Eingriffs, nicht aber bezüglich ihres Wesens oder ihrer Rechtsnatur“.

2. Die Versammlungsfreiheit

Die Versammlungsfreiheit gewährleistet als Grundrecht der freien Kommunikation die demokratische Willensbildung und beinhaltet das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben (Art. 22 BV). Als Versammlung gilt ein zeitlich beschränktes Zusammenfinden von mehreren Menschen auf öffentlichem oder privatem Grund, die untereinander oder gegen aussen Meinungen mitteilen, erörtern oder ausdrücken¹² – kurz, „jede Zusammenkunft mehrerer Menschen mit einem gemeinsamen Ziel“¹³. Das Bundesgericht hat den Begriff der Versammlung in einem Entscheid zum „Wegweisungsartikel“ im bernischen Polizeigesetz dahingehend präzisiert, dass auch freundschaftliche oder unterhaltende Absichten oder die Pflege von persönlichen Kontakten für die Annahme einer Versammlung im Sinne von Art. 22 BV gelten.¹⁴ Nur friedliche Treffen und Aktionen geniessen grundrechtlichen Schutz. Darunter fallen aber auch Versammlungen (namentlich Demonstrationen) mit einem provokativen und den Alltag störenden Potenzial, nicht jedoch Versammlungen mit dem Ziel, Personen und Sachen zu schädigen.¹⁵ „Wenn Gewalt um der Gewalt Willen oder aus reiner Zerstörungslust kollektiv ausgeübt wird, entfällt der Grundrechtsschutz. Nur krasse Fälle der Gewalttätigkeit dürfen jedoch dazu führen, Versammlungen von vornherein vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auszunehmen, so wenn eine Gruppe ohne erkennbares Ziel der Meinungsbildung oder anderer Kommunikation aktiv und aggressiv auf Personen und Sachen einwirkt“¹⁶.

Die Versammlungsfreiheit entspricht einem menschlichen Grundbedürfnis, sie wirkt der Vereinzelung entgegen und vermittelt Zusammengehörigkeit und Solidarität.¹⁷ Für Kinder und Jugendliche kann die – übrigens auch in Art. 15 UN-KRK verankerte – Versammlungsfreiheit denn auch als juristisches Pendant zu ihrem Bedürfnis, sich in Gruppen zu treffen, betrachtet werden. Vereinfacht ausgedrückt, brauchen Kinder andere Kinder für die Entwicklung ihrer sozialen Fähigkeiten. Die Entwicklungspsychologie betont denn auch die Bedeutung des Zusammenseins mit Gleichaltrigen etwa für ihre Identitätsentwicklung, die Ablösung vom Elternhaus, die Gestaltung und Pflege von Beziehungen und das Hineinwachsen in die Gesellschaft.¹⁸

III. Das polizeiliche Ausgangsverbot als Grundrechtseinschränkung

1. Zur Rechtmässigkeit der Einschränkung der persönlichen Freiheit und der Versammlungsfreiheit

Wie eingangs erwähnt, berührt das abendliche oder nächtliche Ausgangsverbot Aspekte privater Lebensgestaltung von Kindern und Jugendlichen. Adressatinnen und Adressaten des jeweiligen Polizeireglements sind alle auf dem Gemeindegebiet lebenden Schulkinder bzw. alle unter 15-Jährigen. Das Ausgangsverbot gilt für diese jeden Abend oder jede Nacht, und solange, bis sie die obligatorische Schulzeit abgeschlossen oder das 15.

¹² HÄFELIN/HALLER (Fn. 5), N 534; MÜLLER (Fn. 5), 326. Eine Versammlung kann sich – z.B. als Demonstration – auch räumlich fortbewegen. Vgl. auch BGE 127 I 164, 168: Zu den Versammlungen im Sinne von Art. 22 BV gehören verschiedenste Formen des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsaussernden Zweck.

¹³ ROHNER in: EHRENZELLER (Fn. 5), Art. 22 BV, N 6.

¹⁴ Entscheid 1P.579/2005 E. 5.3.

¹⁵ MÜLLER (Fn. 5), 328.

¹⁶ MÜLLER (Fn. 5), 328 f.

¹⁷ MÜLLER (Fn. 5), 323 mwH.

Altersjahr vollendet haben. Demnach schränken – zumindest nach der grammatikalischen Auslegung, die sich auf Wortlaut und Wortsinn der Bestimmung stützt und vom allgemeinen Sprachgebrauch ausgeht – kommunale Polizeivorschriften Kinder und Jugendliche in ihrer grundrechtlich geschützten Bewegungs- und Versammlungsfreiheit dadurch ein, dass sie sich am Abend bzw. in der Nacht nicht ohne Begleitung des „Inhabers der elterlichen Gewalt oder des zuständigen Erziehers“ (Interlaken) oder „einer volljährigen Person“ (Urtenen-Schönbühl) in der Öffentlichkeit aufhalten dürfen.

Von den in der Bundesverfassung und in der Berner Kantonsverfassung verlangten Voraussetzungen für die Einschränkungen von Grundrechten interessieren hier vor allem das öffentliche Interesse, der Schutz von Grundrechten Dritter sowie die Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV Abs. 2 und 3; Art. 28 Abs. 2 und 3 KV BE).¹⁹ Was das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV; Art. 28 Abs. 1 KV BE) betrifft, so kann diese wohl als gegeben erachtet werden: Die Gemeinden regeln das Ausgangsverbot bzw. die Grundrechtseinschränkungen in ihren Gemeindepolizeireglementen, welche die Legislative erlassen hat.²⁰ Die Grundrechtseinschränkungen sind damit demokratisch abgestützt, das Legalitätsprinzip ist gewahrt. Die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinden ergibt sich aus der Gemeindeautonomie, wobei die Gemeinden für die Erfüllung von lokalen-öffentlichen Aufgaben weitgehend autonom sind.²¹ Hier stellt sich allerdings die Frage, ob die Zuständigkeit, für Sicherheit und Ordnung auf Gemeindegebiet zu sorgen und den Jugendschutz zu wahren, auch die Kompetenz umfasst, Kindern und Jugendlichen den abendlichen oder nächtlichen Ausgang zu verbieten. Ist die Gemeindeautonomie wirklich so weit reichend, dass sie eine Einschränkung der persönlichen Freiheit und der Versammlungsfreiheit für alle auf ihrem Gebiet lebenden Schulkinder bzw. alle unter 15-jährigen Mädchen und Knaben für jeden Abend bzw. jede Nacht rechtfertigt?²² Haben die Gemeinden ihren durch das kantonale Recht gewährten „möglichst weiten Handlungsspielraum“²³ damit nicht überschritten – steht ihnen hier tatsächlich diese „relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit“²⁴ zu? Nach BAUMANN ist ein generelles nächtliches Ausgangsverbot für Kinder und Jugendliche zwar nicht als Freiheitsentzug einzustufen, aber als „schwerer“ Grundrechtseingriff, der einer „klaren“

18 Dazu FLAMMER/ALSAKER, Entwicklungspsychologie der Adoleszenz, Bern 2002, S. 194 ff.

19 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1). – Der Kerngehalt (Art. 35 Abs. 4 BV und Art. 28 Abs. 4 KV BE) der persönlichen Freiheit und der Versammlungsfreiheit ist mit dem Ausgangsverbot nicht verletzt.

20 Art. 50 Abs. 2 GG (Fn. 4): Die Erlasse der Stimmberechtigten und des Gemeindeparlamentes heissen Reglemente. – Das Polizeireglement der Gemeinde Urtenen-Schönbühl stützt sich auf das Polizeigesetz (PolG vom 8. Juni 1997; BSG 551.1) und das Gemeindegesetz (Fn. 4) des Kantons Bern sowie auf die (kommunale) Gemeindeordnung vom 31. März 2000. Bei der Gemeinde Interlaken ist die Rechtsgrundlage wesentlich älter: Dieses Polizeireglement datiert aus dem Jahre 1969 und stützt sich – zusätzlich zur (kommunalen) Gemeindeordnung – auf das Gesetz über das Gemeindewesen von 1917, das Dekret betreffend die Ortpolizei von 1920, das Dekret über das Busseneröffnungsverfahren in den Gemeinden von 1919.

21 HÄFELIN/HALLER (Fn. 5), N 975 f. mit Hinweis auf BGE 128 I 3, 8, wonach eine Gemeinde in einem Sachbereich dann autonom ist, wenn das kantonale Recht für diesen keine abschliessende Ordnung erlässt, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Ob und wie weit eine Gemeinde in einem bestimmten Sachbereich autonom ist, bestimmt sich nach kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht. Für den Kanton Bern verankern Art. 109 KV BE (Fn. 19) und Art. 3 GG (Fn. 4) die Gemeindeautonomie sowie Art. 50 Abs. 1 GG den Grundsatz der Selbstgesetzgebung.

22 Nach HANGARTNER, Rechtsetzung durch Gemeinden, FS für Otto K. Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, 209, 213, üben die Gemeinden die Rechtsetzungskompetenz für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Rechtsordnung und des pflichtgemässen Ermessens aus. Das gestattet auch Eingriffe in das Eigentum und in die Freiheitsrechte Privater, vorbehaltlich der verfassungsmässigen Schranken und des Gebots, höherrangiges Rechts zu wahren.

23 Art. 3 Abs. 2 GG (Fn. 4): Das kantonale Recht gewährt den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum.

24 Fn. 21.

gesetzlichen Grundlage bedarf.²⁵ Im Sinne einer verstärkten und breiter abgestützten demokratischen Legitimation ist demnach zu fordern, dass die kommunale Kompetenz, über den „Abendausgang“ zu legiferieren, ausdrücklich in einem kantonalen Gesetz, d.h. in einem im kantonalen Gesetzgebungsverfahren beschlossenen Rechtssatz, festgehalten wird. Darüber hinaus müssten dort im Dienste der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit auch gewisse Rahmenbedingungen (Alter der Kinder, Sperrzeiten und mögliche Ausnahmen, Unterstützungs- und Beratungsangebote, eventuelle Sanktionen) festgehalten werden. Aber: Ist ein Ausgangsverbot für Kinder und Jugendliche überhaupt geboten, damit die Gemeinden mit Rücksicht auf das Gemeinwohl ihre Aufgaben erfüllen können? Liegt es im öffentlichen Interesse und schützt es Polizeigüter wie Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Sittlichkeit? Ist es eine verhältnismässige Massnahme – geeignet und erforderlich, um öffentliche Sicherheit und Jugendschutz zu gewährleisten?

2. *Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter*

Die Gründe für die Rückbesinnung auf das bald vierzigjährige Ausgangsverbot (Interlaken) bzw. für dessen aktuelle Kodifizierung (Urtenen-Schönbühl) sind der Wahrung der Ordnung und Sicherheit sowie dem Jugendschutz zuzuordnen. Das öffentliche Interesse als „Ausdruck der dahinter stehenden Bedürfnisse und Interessen der einzelnen Individuen im Sinne des Gemeinwohls“²⁶ ist im konkreten Fall mit dem Bedürfnis nach einem geordneten, ruhigen und sicheren Lebensumfeld und dem Interesse an einem (wie auch immer ausgestalteten) Schutz der Kinder und Jugendlichen zweifellos gegeben. Sie sollen vor „schlechter Gesellschaft“, also vor schulentlassenen Jugendlichen, die „rauchen, trinken, kiffen und randalieren“ geschützt werden.²⁷ Was den Grundrechtsschutz von Drittpersonen betrifft, so könnten – im Rahmen eines abendlichen oder nächtlichen Ausgangs – etwa Sachbeschädigungen und Lärmimmissionen, möglicherweise auch Anpöbeln oder Bedrohen von nicht zur Gruppe gehörenden Personen, dazu führen, dass deren Grundrechte, namentlich die Eigentumsfreiheit und die persönliche Freiheit, beeinträchtigt werden. Damit wäre neben dem öffentlichen Interesse ein weiterer Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit der Kinder und Jugendlichen gegeben.²⁸ Allerdings widerspricht es rechtsstaatlichen Grundsätzen und einem nach der ratio legis von Art. 11 BV und Art. 3 KRK gebotenen Handeln, Mädchen und Knaben voreilig des Störens, des Randalierens und des Vandalismus zu bezichtigen. Weil präventives Misstrauen weder für den Jugendschutz noch für ein Zusammenleben von Jung und Alt eine tragfähige Grundlage ist, stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit umso dringender.

3. *Verhältnismässigkeit*²⁹

Ist die abendlich bzw. nächtlich eingeschränkte Bewegungs- und Versammlungsfreiheit geeignet, eine gedeihliche Entwicklung der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen und Sicherheit und Ordnung in den

²⁵ BAUMANN (Fn. 3), 523, beruft sich dabei auf HANGARTNER (Fn. 22) 215: „Die fundamentale Bedeutung des kantonalen Gesetzgebers für die kantonale Demokratie verlangt (...), dass alle Regelungen von grosser Tragweite vom kantonalen Gesetzgeber als der (...) kantonalen Rechtsetzungsinstanz ausgehen und legitimiert werden.“

²⁶ MÜLLER/KÄLIN, zitiert in: KÄLIN/BOLZ (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien, 1995, S. 309.

²⁷ Fn. 2.

²⁸ Implizit ist der Schutz der Grundrechte Dritter bereits im öffentlichen Interesse enthalten, zumindest wenn die Zahl der betroffenen Drittpersonen gross ist, und wenn Polizeigüter betroffen sind. Dazu SCHWEIZER in: EHRENZELLER (Fn. 4), Art. 36 BV, N 20.

Gemeinden zu gewährleisten? Sind diese Aufgaben mit einem polizeilichen Ausgangsverbot realistischerweise zu erreichen? Die Sperrzeiten sollen einer Gefährdung der Kinder und Jugendlichen sowie der Beschädigung oder Zerstörung von Sachen vorbeugen. Dieses Ziel wird als Verbot in einem Polizeireglement festgehalten. Implizit geht die Bestimmung davon aus, dass Mädchen und Knaben zur Abend- oder Nachtzeit Ruhe, Sicherheit und Ordnung stören. Das macht das Ausgangsverbot zu einer repressiven und pönalisierenden Regel und birgt die Gefahr, dass die Grenze zwischen jugendstrafrechtlichen Sanktionen sowie gegen „Störer“ gerichtete polizeiliche Massnahmen³⁰ und Bestimmungen des Jugendschutzes verwischt wird. Abgrenzungs- und Konkretisierungsfragen stellen sich auch in anderer Hinsicht: Bewegungsfreiheit heisst auch Fortbewegungsfreiheit. Weil die beiden Polizeireglements nur „aufhalten“ erwähnen, ist anzunehmen, dass Jugendliche, die sich auf dem Heimweg befinden, nicht unter das Ausgangsverbot fallen.³¹

Die im Ausgangsverbot enthaltene Unterstellung der Bereitschaft zum (Zer-)Stören ist unstatthaft. Die Grundsätze wie sie – namentlich bei der Bewilligung für Demonstrationen – bei der Prüfung, ob eine Versammlung auf Gewalt abziele, entwickelt worden sind, müssen auch hier gelten. Danach muss die Gefahrenprognose auf „erkennbaren Umständen, Tatsachen, Sachverhalten oder sonstigen Einzelheiten“ beruhen – „blosser Verdacht oder Vermutungen genügen nicht“³².

Wie stark schränkt nun das Ausgangsverbot die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit der Kinder und Jugendlichen ein? Die Beeinträchtigung ist für Mädchen und Knaben ab 24 Uhr in Urtenen-Schönbühl nicht besonders einschneidend; Interlaken setzt die Zeiten allerdings früher an: 21.30 Uhr im Winter, 21.00 Uhr im Sommer, bzw. generell ab 22 Uhr im Schreiben an die Eltern.³³ In Urtenen-Schönbühl dauert das Ausgangsverbot bis 5 Uhr, in Interlaken fehlt ein entsprechendes zeitliches Ende. Beträfen diese Zeitlimiten volljährige Personen, bedeutete dies ein unzulässiger Eingriff in die alltägliche und individuelle Lebensgestaltung, dies auch, weil die eingeschränkte Bewegungsfreiheit ebenfalls die Ausübung der übrigen Grundrechte erschwert.³⁴ Für Minderjährige bedeuten die „gesperrten Nachtzeiten“ – zumindest in Urtenen-Schönbühl – an sich kein schwerer Grundrechtseingriff. Die jahrelange Dauer für jedes einzelne Kind, ungeachtet seinem Entwicklungsstand, seiner familiären Situation und der Wohnverhältnisse, und in jedem Fall – Ausnahmen sind nicht vorgesehen – rückt das Ausgangsverbot aber in die Nähe eines schweren Grundrechtseingriffs.³⁵ Zudem verletzen die verschiedenen Ausgangszeiten je nach Gemeinde das Gleichbehandlungsgebot. Um Jugendschutz, Ruhe und Ordnung auf Gemeindeebene zu gewährleisten, sind derartige Sperrzeiten nicht erforderlich. Sie missachten die Maxime des

²⁹ Zu den drei Elementen der Verhältnismässigkeit (Eignung, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung), die kumulativ gegeben sein müssen, HÄFELIN/HALLER (Fn. 5), N 320 ff.

³⁰ HÄFELIN/HALLER (Fn. 5), N 545: „Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz sind polizeiliche Massnahmen nur gegen den Störer zu richten, d.h. gegen denjenigen, der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet. Das entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip.“

³¹ Nach dem Bericht der NZZ am Sonntag (Fn. 2) wird dies in Interlaken auch so gehandhabt.

³² Müller (Fn. 5), 329. Vgl. auch BGE 96 I 219, 229 f. zur Zulässigkeit von präventiven Massnahmen: „Ein generelles Verbot stellt trotz des Erlaubnisvorbehalts einen schwereren Eingriff in das Freiheitsrecht dar, als wenn Versammlungen und Umzüge zwar auch präventiv, aber bloss von Fall zu Fall verboten bleiben.“

³³ Fn. 2.

³⁴ Vgl. auch BAUMANN (Fn. 5), 535: „(...) ein an sich leichter Grundrechtseingriff (kann) aufgrund der konkreten Umstände zum schweren Eingriff werden, dies insbesondere dann, wenn damit zugleich in andere Grundrechte eingegriffen wird.“

³⁵ Vgl. auch BAUMANN (Fn. 5), 534: „Die Schwere des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit bestimmt sich im Wesentlichen aufgrund der Eingriffsdauer und der Begrenztheit des Ortes, an dem die Freiheit noch ausgeübt werden kann, bzw. aufgrund der Kombination dieser

geringstmöglichen Eingriffs und das Übermassverbot. Das Verhältnis zwischen dem verfolgten Ziel und der Schwere des Eingriffs ist mithin nicht ausgeglichen. Kommunale Pflichten im Bereich des Schutzes und der Sicherheit lassen sich auch mit weniger einschneidenden Massnahmen erfüllen. Zu denken ist an eine aktive (nicht reaktive) und partizipative Kinder- und Jugendpolitik, die möglichst alle Mädchen und Knaben anspricht.³⁶ Verstossen einzelne Kinder und Jugendliche gegen Regeln und Normen, sind Massnahmen des strafrechtlichen Kindesschutzes zu treffen.

Die Vermutung liegt nahe, dass betroffene Minderjährige das Ausgangsverbot als Kraftakt und Machtdemonstration erleben – eine vertrauensbildende Massnahme ist es jedenfalls nicht. Aus dieser Perspektive überwiegen die (negativen) Auswirkungen des eingesetzten Mittels (Ausgangsverbot) die (positiven) Folgen des anvisierten Ziels (Jugendschutz, Ruhe und Ordnung). Damit ist die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung nicht gewahrt. Ein Missverhältnis besteht ebenfalls zwischen dem öffentlichen Interesse nach Sicherheit und dem individuellen Interesse der Mädchen und Knaben nach Ausübung der Bewegungs- und Versammlungsfreiheit. Im Sinne von Art. 11 BV darf davon ausgegangen werden, dass das individuelle Interesse der Kinder und Jugendlichen auch beim „Abendausgang“ über die Ausübung der Bewegungs- und Versammlungsfreiheit hinausreicht. Zu ihren Individualinteressen gehören demnach neben dem Recht auf Schutz auch dasjenige auf Förderung ihrer Entwicklung und – im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit – auf Selbstbestimmung.³⁷

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beschränkung der Bewegungs- und Versammlungsfreiheit, wie sie ein Ausgangsverbot für Kinder und Jugendliche mit sich bringt, unverhältnismässig ist. Zwar kann die Eignung, was die Wahrung der öffentlichen Sicherheit betrifft, nicht rundweg verneint werden. Als Beitrag zum Jugendschutz jedoch ist ein generelles Ausgangsverbot kein geeignetes Mittel, da es kaum zu (Freizeit-)Verhaltensänderungen und Lerneffekten beiträgt.³⁸ Ein Ausgangsverbot ist ferner nicht erforderlich, weil für den Jugendschutz differenziertere – zivil- und strafrechtliche – Instrumente zur Verfügung stehen. Auch hinsichtlich der Zweck-Mittel-Relation ist das Verhältnismässigkeitsgebot nicht erfüllt: Das Ausgangsverbot beruht auf einem „kinderunfreundlichen Vorurteil“ und rückt als pönalisierende Massnahme das abendliche oder nächtliche Zusammensein von Mädchen und Knaben auf öffentlichem Grund in die Nähe einer strafwürdigen Tat.

SCHWANDER/KETTIGER beurteilen die Ausgangssperre für Kinder als dem ZGB widersprechend, gestehen der Polizei allerdings als ultima ratio bei wiederholt störenden Kindern und Jugendlichen eine befristete Wegweisung, das sog. Rayonverbot, zu.³⁹ Diese im Polizeigesetz des Kantons Bern vorgesehene Massnahme soll die öffentlichen Ordnung und Sicherheit gewährleisten und namentlich auf Personen aus der Drogenszene, aber auch auf andere

beiden Faktoren. Daneben sind aber auch die Art und Weise, die Auswirkungen und die Modalitäten des Vollzugs des Eingriffs mit einzubeziehen.“

³⁶ Die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen ist in Art. 67 Abs. 2 BV festgehalten.

³⁷ Vgl. auch KOLLER/WYSS, „Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...“, FS Hausheer, Bern 2002, 435, 439: „Die grundrechtliche Qualität der Norm (Art. 11 Abs. 1 BV) zeigt sich denn auch besonders deutlich bei Grundrechtskollisionen – also dort, wo verschiedene Grundrechtsträger mit je eigenen Ansprüchen und kollidierenden Interessen aufeinander prallen: Wenn der „besondere Schutz“ (...), verstanden wird als ein qualitativ erweiterter Schutz der durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten persönlichen Integrität, dann muss dieser Schutz gegenüber gegenläufigen Grundrechtspositionen eingriffsresistenter sein.“ Vgl. auch 441: „Wo Kinder bereits in der Lage sind, ihre eigenen Bedürfnisse zu artikulieren und zu kommunizieren, wo sie bereits über die Fähigkeit verfügen, Bedrohungen zu erkennen und ihnen selber zu begegnen, dort darf nicht ohne weiteres eine gewissermassen fürsorgliche Interessenwahrung des Staates unterstellt werden.“

³⁸ Hiefür sind sozialwissenschaftliche Erkenntnisse und ihre Umsetzung in die Praxis nötig. Vgl. etwa zum Vandalismus GUTZWILLER-HELFENFINGER/FLAMMER/WICKI, Jugendlicher Vandalismus: Motive, Anlässe, Prävention, Forschungsbericht 2000, Psychologisches Institut der Universität Bern 2000.

³⁹ SCHWANDER/KETTIGER (Fn. 3).

Gruppen, insbesondere Skinheads oder Hooligans angewendet werden.⁴⁰ Der Vorschlag von SCHWANDER/KETTIGER ist abzulehnen: Zum einen – ohne damit verschiedene (Rand-)Gruppen gegeneinander auszuspielen – sind Kinder und Jugendliche in aller Regel nicht Personen, die im Zusammenhang mit Alkoholszenen regelmässig Passanten anpöbeln und aktiv behindern, in aggressiver Form betteln, in verschiedenen Formen laut und störend herumschreien und Lärm verursachen und unkontrolliert Abfall und Unrat ablagern⁴¹. Zum andern kann die befristete Wegweisung als solche selbstverständlich nicht ohne ergänzende Begleit- und Schutzmassnahmen auf Minderjährige übertragen werden.

Das Ausgangsverbot wirft ganz allgemein die Frage nach der rechtlichen Position der Kinder und Jugendlichen namentlich im Verfassungs- und im Familienrecht auf. Deshalb sollen abschliessend – keinesfalls erschöpfend – im Sinne von weiterführenden Hinweisen Orientierungspunkte skizziert werden.

IV. Verfassungs- und privatrechtliche Koordinaten des „Abendausgangs“

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

„Die Jugendlichen sollen (...) hier zum Ausdruck kommen; wir sind ihnen das schuldig. Nur so können wir etwas von dem wiedergutmachen, woran wir es im Alltag permanent fehlen lassen, indem wir ihnen ihren Lebensraum wegnehmen“⁴².

Der Gesetzgeber stimmte dieser „Wiedergutmachung“ zu. Er verankerte den Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) als Grundrecht und erklärte diesen „verfassungsrechtlich zu einem vordinglichen Anliegen“, was für den Gesetzgeber bedeute, die Interessen der Kinder und Jugendlichen zu wahren, und die rechtsanwendenden Stellen verpflichte, die besonderen Schutzbedürfnisse der Kinder und Jugendlichen zu berücksichtigen.⁴³ Art. 41 BV konkretisiert als Sozialziel und als programmatische Bestimmung die Förderung der Kinder und Jugendlichen dahingehend, dass diese in ihrer Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden. Art. 11 und Art. 41 BV nehmen alle staatlichen Ebenen in die Pflicht, wobei mit dem Schutz- und Förderauftrag nach Auffassung von REUSSER/LÜSCHER kein neuer Gesetzgebungsauftrag verbunden ist.⁴⁴ Dies deshalb, weil das bestehende Recht diesem Auftrag schon weitgehend entspreche.⁴⁵ Das polizeiliche Ausgangsverbot belegt allerdings die Notwendigkeit einer kritischen und – warum nicht? – parteilichen Würdigung älterer und neuerer Rechtssätze.

Auch die bernische Kantonsverfassung bekennt sich explizit zu Kindern und Jugendlichen, indem sie in Art. 29 Abs. 2 die Sozialrechte des Kindes verankert, nämlich den Anspruch eines jeden Kindes auf Schutz, Fürsorge und

⁴⁰ So die ratio legis von Art. 29 lit. b des Polizeigesetzes des Kantons Bern vom 8. Juni 1997 (Polizeigesetz, PolG, BSG 551.1), festgehalten im Entscheid des Bundesgerichts 1P.579/2005 vom 25. Januar 2006 (E. 2.2) Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Norm vor dem Hintergrund der Versammlungsfreiheit, der persönlichen Freiheit, des Diskriminierungs- und Willkürverbots und des Gleichheitsgebots geprüft und als verfassungskonform erklärt. Dabei konkretisiert es die Wegweisungspraxis u.a. dahingehend, dass sich der Eingriff in die Versammlungsfreiheit und die persönliche Freiheit auf das mit erheblichem Alkoholkonsum verbundene Zusammensein und die nachteiligen Begleiterscheinungen beschränke (E. 7.2). – Der Kanton Zürich plant übrigens in seinem Polizeigesetz eine ähnliche Bestimmung (NZZ 22./23. Juli 2006, S. 49). – Ein Rayonverbot findet sich auch in Art. 13e ANAG.

⁴¹ BGE (Fn. 37) E. 7.1.

⁴² Votum Nationalrat PETER VOLLMER anlässlich der Beratung von Art. 11 BV, AB/Separatdruck N 1998, 195.

⁴³ BGE 126 II 377, 391. Zu Art. 11 BV jetzt einlässlich WYTTENBACH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Basel/Genf/München 2006. Diese Publikation ist im Juli 2006 erschienen und konnte für diesen Text nicht mehr berücksichtigt werden.

⁴⁴ REUSSER/LÜSCHER (Fn. 5), Art. 11 BV, N 13.

⁴⁵ REUSSER/LÜSCHER (Fn. 5), Art. 11 BV, N 13.

Betreuung sowie auf eine seinen Fähigkeiten entsprechende, unentgeltliche Schulbildung.⁴⁶ Schutz beinhaltet unter anderem, dass den zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahmen Verfassungsrang zuerkannt werden, und Fürsorge ist als „Für-Sorge“, „Nestwärme“ zu verstehen.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist die Frage, ob das Ausgangsverbot dem Sinn und Geist der kinder- und jugendspezifischen Verfassungsnormen entspreche, wohl eher zu verneinen.

2. Zivilrechtliche Grundlagen

„Dass sich Kinder gegen wohlgemeinte elterliche Anordnungen wehren, ist doch völlig normal. Gefordert ist mehr Konfliktfähigkeit zwischen Eltern und Kindern, nicht bedingungslose Unterordnung“⁴⁸.

Diese anlässlich der Beratungen des Scheidungsrechts geäusserte Forderung nach mehr Konfliktfähigkeit zwischen Eltern und Kindern illustriert auch ein gewandeltes Verständnis der Eltern-Kind-Beziehung. Davon ist bereits die Revision des Kindesrechts 1976 ausgegangen und hat die Rechte der Kinder gestärkt.⁴⁹ Die elterliche Sorge (damals noch „elterliche Gewalt“) ist dort unter (mehr oder weniger) partnerschaftlichen Vorzeichen neu kodifiziert worden, indem die „absolute(n) Elternposition“ abgebaut worden und das Handeln von Eltern, Drittpersonen und Behörden nun ausdrücklich dem Kindeswohl verpflichtet ist.⁵⁰ Nicht nur Eltern, sondern alle Personen und Stellen, die für das Kind oder mit ihm zusammen handeln und entscheiden, haben den „Kernbereich des Kindeswohls“⁵¹, die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes, zu fördern und zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB) und dabei auch seine „wachsende Fähigkeit zur Selbstbestimmung“⁵² zu berücksichtigen.

Die elterliche Sorge ist ein pflichtgebundenes Recht, das den Eltern einerseits Erziehungs- und Entscheidungsbefugnisse gewährleistet, sie andererseits verpflichtet, die Handlungsfähigkeit, die Meinung des Kindes und die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung zu berücksichtigen.⁵³ Nach dem revidierten Kindesrecht hat das neue Scheidungsrecht die Rechte des Kindes weiter ausgebaut und trägt vor allem mit verfahrensrechtlichen Garantien seiner Situation vermehrt Rechnung.⁵⁴ Was für die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren gilt – zusätzlich zur Sachverhaltsermittlung – nämlich „dem Kind zu signalisieren, dass es in Fragen, die es höchstpersönlich betreffen, als Rechtssubjekt etwas zu sagen hat“⁵⁵, ist nun auch und insbesondere auf kommunaler Ebene für den Gesetzgeber zu beherzigen. Als illustratives Beispiel sei hier die Stadt Bern genannt, die allen acht- bis achtzehnjährigen Mädchen und Knaben „Mitwirkung am öffentlichen Leben ermöglicht“, dies auch mit dem Ziel, „das Zusammenspiel in der Wahrnehmung von Rechten und Pflichten sowie sozialer Verantwortung zu

⁴⁶ KV BE, Fn. 19. Vgl. auch Art. 27 Abs. 4 und Art. 30 Abs. 1 lit. e KV BE. Das Wort „Anspruch“ bedeutet, dass Sozialrechte justiziabel sind (KÄLIN/BOLZ (Fn. 26), 314).

⁴⁷ KÄLIN/BOLZ (Fn. 26), 318. Folgender während der Verfassungsdiskussion im Grossen Rat (Kantonparlament) gestellter Antrag fand keine Mehrheit: „Kinder haben ein angemessenes Recht auf einen Lebensraum und Entwicklungsweg, der den Bedürfnissen der Kindheit entspricht“. (KÄLIN/BOLZ (Fn. 26), 317).

⁴⁸ Votum Nationalrätin MARGRITH VON FELTEN anlässlich der Beratung des Scheidungsrechts, AB N 1997, 2732.

⁴⁹ HEGNAUER, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000, 1, 14 ff.

⁵⁰ HEGNAUER, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000, 1, 16. Das Parlament hielt jedoch – entgegen dem bundesrätlichen Vorschlag – an der Gehorsampflicht des Kindes fest (Art. 301 Abs. 2 S. 1 ZGB). Die gegenseitige Rücksicht und Achtung (Art. 272 ZGB) „entschärft“ diese etwas.

⁵¹ BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 301 ZGB, N 5.

⁵² HEGNAUER, FamPra.ch 2000, 1, 17.

⁵³ Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB. Dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, 435 f.

⁵⁴ Vgl. die Übersicht und Diskussion der kindeswohlgeleiteten Neuerungen von RUMO-JUNGO, Das Kind und die Scheidung seiner Eltern: ausgewählte Fragen, in: KAUFMANN/ZIEGLER (Hrsg.), Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich/Chur 2002, 149 ff.

⁵⁵ RUMO-JUNGO (Fn 54), 154.

üben“⁵⁶. In diesem Zusammenhang sei gerne erwähnt, dass Jugendliche bei einem sie betreffenden Ausgangsverbot durchaus ernst zu nehmende Gesprächspartner sind: Wenn schon ein Ausgangsverbot, dann ein nach Alter der Kinder abgestuftes und eine Lockerung am Freitag und Samstag (AURELIO). THOMAS warf die Frage auf, was denn passiere, wenn die Polizei die Kinder in eine „leere“ Wohnung zurück bringe, weil die Eltern ebenfalls im Ausgang seien. Und SAMUEL und SIMON waren sich darin einig, dass unter 15-Jährige kaum sprayen und Sachen zerstören.

Dass der „Abendausgang Kinder“ ein Übungsfeld für Konfliktfähigkeit zwischen Eltern und Kindern ist, jene mitunter auch mehr als strapazieren kann, liegt auf der Hand. Ein Ausgangsverbot steht nun aber kaum im Dienste der Förderung des nicht immer einfachen Dialogs zwischen Eltern und Kindern oder Jugendlichen über die „Freiheit der Lebensgestaltung“ (auch) beim abendlichen Ausgang.⁵⁷ Wo das Zusammenleben zwischen Eltern und Kindern schwierig wird, sind wohl eher zivilrechtliche Kinderschutzmassnahmen denn polizeiliche Ausgangsverbote gefragt. Diese sind insofern geeigneter, weil die zu treffenden Massnahmen ausdrücklich das Wohl des Kindes wahren bzw. Gefährdungen abwenden sollen. Zudem sind Kinderschutzmassnahmen verschuldensunabhängig, also ohne pönale Komponente, wie sie dem Ausgangsverbot innewohnt, und können als individuelle Massnahmen die konkrete Situation und die Bedürfnisse aller Beteiligten berücksichtigen.⁵⁸

3. *Exkurs: Tendenzen der Ausgrenzung?*

Die emanzipative und partizipative Komponente der kindspezifischen Regelungen im Familienrecht und im Verfassungs- und Völkerrecht, darf nun nicht durch Tendenzen des Ausschlusses und des Verbots im kantonalen und kommunalen Recht unterlaufen werden. Zur Illustration dieser möglichen Tendenz sei hier der Schulausschluss erwähnt. Gemäss vielen kantonalen Schulgesetzen ist es – als strengste Disziplinar-massnahme – rechtens, „störende“ Schülerinnen und Schüler von der Schule auszuschliessen. Dies hat auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 7. November 2002 festgehalten.⁵⁹ Demnach verletzt ein zeitlich beschränkter Schulausschluss das verfassungsmässige Recht auf ausreichenden, obligatorischen und an öffentlichen Schulen unentgeltlichen Schulunterricht (Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV) nicht. Allerdings seien bei einem Ausschluss auch der verfassungsrechtlich garantierte Anspruch auf Schutz, Fürsorge und Betreuung zu beachten, was bei einem von der Schule weg-gewiesenen Kind in der Regel durch Weiterbetreuung durch geeignete Personen oder Institutionen geschehe.

In einem am 31. Mai 2006 ergangenen Entscheid zu einem definitiven Schulausschluss eines Neuntklässlers stellt nun das Bundesgericht klar, dass selbst ein vorübergehender Ausschluss von der Schule der Erziehungs- und Unterstützungsaufgabe untergeordnet werden müsse, die dem Gemeinwesen dem Kind gegenüber ebenfalls obliege.⁶⁰ Diese Aufgabe sei bei einem unbefristeten bzw. definitiven Ausschluss erst recht zu berücksichtigen. Auch wenn nach der kantonalen Regelung mit dem disziplinarischen Ausschluss aus der öffentlichen Volksschule die

⁵⁶ Art. 1 und Ingress MWR (Reglement über die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen, Mitwirkungsreglement (MWR) vom 24. April 2003; Systematische Sammlung des Stadtrechts Bern (SSSB) 144.1) Konkretisiert wird das MWR in der MWV (Verordnung über die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen, Mitwirkungsverordnung (MWV) vom 20. August 2003; SSSB 144.11).

⁵⁷ Über das Verhältnis Elternrechte – Kinderrechte hat auch das Parlament bei der Ratifikation der UN-KRK diskutiert, vgl. GERBER JENNI, Das Zusammenleben von Kindern und Eltern: Anmerkungen zu einer – nicht nur rechtspolitischen – Diskussion, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Basel/Genf/München 2001, 149 ff. Vgl. auch BAVIERA, Elternrechte und Kindeswohl, in: KAUFMANN/ZIEGLER (Fn. 54), 143 ff.

⁵⁸ Vgl. zum System des Kinderschutzes und zu den Massnahmen BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 1 ff.

⁵⁹ BGE 129 I 12; dazu GERBER JENNI, Schulausschluss – Überlegungen zu einem Bundesgerichtsurteil, Familienfragen (Hrsg. Bundesamt für Sozialversicherung) 2 (2003), 72 ff. mwH.

Verantwortung für das Wohl des Kindes und dessen (weitere) Schulbesuch allenfalls von der öffentlichen Volksschule auf die Vormundschaftsbehörde übergehe, habe ein ausgeschlossener Schüler bis zum Ende der obligatorischen Schulpflicht Anspruch auf weitere Betreuung oder Schulung in einer öffentlichen Einrichtung.⁶¹ Das kantonale Recht sei so auszulegen, dass der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht auch bei schwerwiegenden und eine scharfe Sanktion rechtfertigenden Verfehlungen in einer tauglichen Weise erfüllt werden könne.⁶² Im konkreten Fall sei die Verfassungsgarantie des unentgeltlichen Grundschulunterrichts dadurch verletzt worden, dass die kommunalen und kantonalen Schulbehörden sich mit dem disziplinarischen Schulausschluss begnügten, ohne zugleich in der gebotenen Weise dafür zu sorgen, dass der Schüler in einer anderen geeigneten öffentlichen Schule den Unterricht weiter besuchen konnte. Der vorbehaltlose definitive Schulausschluss sei damit über das Ziel hinausgeschossen.⁶³ Dieser Entscheid ist zu begrüssen: Er ist ein klares Bekenntnis zur Verhältnismässigkeit im Sinne des Kindeswohls und eine kohärente Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 KRK, wonach bei *allen* Massnahmen, die Kinder betreffen, ihr Wohl vorrangig zu berücksichtigen ist.

Die Befürchtung, dass kantonale oder kommunale Normen das kinderfreundliche Privat- und Verfassungsrecht neutralisieren, muss mit vergleichenden Untersuchungen der diesbezüglichen Bestimmungen und mit rechtstatsächlichen Studien belegt bzw. widerlegt werden. Kantonale und kommunale Rechtsätze, die sich auf Kinder und Jugendliche beziehen, sind genau zu analysieren und auf ihre Auswirkungen hin zu prüfen. Für den Schulausschluss untersucht SZADAY im Rahmen des NFP 51 (*Integration und Ausschluss*) wie Schülerinnen und Schüler, Eltern, Gleichaltrige und Lehrpersonen einen Ausschluss erleben.⁶⁴

4. Kindeswohlgeleiteter Perspektivenwechsel: Dialog statt Sperrzeiten

Eine Berufung auf das Ausgangsverbot seitens der Eltern oder der Behörden stärkt weder die Konfliktfähigkeit zwischen den Generationen, noch räumt eine Umsetzung der Polizeivorschrift Kindern und Jugendlichen den ihnen gebührenden – tatsächlichen und symbolischen – Lebensraum ein. Mit dem Ausgangsverbot hat das Gemeinwesen, der kommunale Gesetzgeber, seine das zivilrechtliche Kindesrecht „ergänzende und gewährleistende Verantwortung“ wohl kaum im Sinne des Kindeswohls wahrgenommen.⁶⁵

Es gilt, bei den Rechten der Kinder und Jugendlichen Sperrzeiten und Sperrbezirke im wörtlichen und im übertragenen Sinn aufzuheben, sowohl bei der Gesetzgebung als auch bei der Umsetzung. Dabei ist der Dialog mit den direkt Betroffenen zu pflegen, und es sind ihre vielen Vorarbeiten⁶⁶ zu nutzen. Vorarbeit hat auch die Wissenschaft geleistet: So liegen jetzt erste Ergebnisse des NFP 52 (*Kindheit, Jugend und Generationenbeziehungen im gesellschaftlichen Wandel*) vor.⁶⁷ Das grundrechtliche Terrain für einen Kindeswohlgeleiteten

⁶⁰ Entscheid 2P.27/2006.

⁶¹ Fn. 60, E. 2.5.3.

⁶² Fn. 60, E. 2.5.4.

⁶³ Fn. 60, E. 2.5.5.

⁶⁴ www.nfp51.ch/d.cfm?Slanguage=d (28.7.2006).

⁶⁵ HEGNAUER, Kindesrecht – ein weites Feld, ZVW 1/2006, 25, 28: „Der Primat (des Kindesrechts) liegt beim zivilrechtlichen Kindesrecht, der Kodifikation der elterlichen Verantwortung. Das öffentlich-rechtliche Kindesrecht verkörpert dagegen die ergänzende und gewährleistende Verantwortung des Gemeinwesens.“

⁶⁶ Als Beispiel seien hier etwa die Publikationen der Kinderlobby (www.kinderlobby.ch/wDeutsch/index.php), der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände (SAJV) (www.sajv.ch) und die Berichte der Eidg. Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) (www.bsv.admin.ch/fam/grundlag/jugendpolitik/ekkj/d) genannt. (28.7.2006).

⁶⁷ www.nfp52.ch/d.cfm (28.7.2006). Vgl. auch die Beiträge von VOLL und BÜRGISSER/BAUMGARTEN in FamPra.ch 2006, 262 ff.; 318 ff.

Perspektivenwechsel ist mit der UNO-Kinderrechtskonvention, den kinder- und jugendspezifischen Bestimmungen in der Bundesverfassung, namentlich mit Art. 11⁶⁸ – und ihren Entsprechungen im ZGB – ebenfalls vorbereitet und auch in den kantonalen Verfassungen vorhanden.⁶⁹ In diesem Sinne darf man nun auf das nächste nationale Gesetzgebungsvorhaben gespannt sein: das Rahmengesetz für eine schweizerische Kinder und Jugendpolitik.⁷⁰

⁶⁸ REUSSER/LÜSCHER (Fn. 5), Art. 11 BV, N 15.

⁶⁹ So hält beispielsweise die am 13. Juli 2006 in Kraft getretene Verfassung des Kantons Basel-Stadt in § 11 fest, dass die Grundrechte im Rahmen der Bundesverfassung und der für die Schweiz verbindlichen internationalen Abkommen gewährleistet sind, und erwähnt namentlich in lit. f. Art. 11 Abs. 1 BV. (www.kantonsblatt.ch/artikel/2005/025/200502504001.html) (2.8.2006).

⁷⁰ Vgl. dazu das von der SAJV zusammengestellte Dossier „Ein Rahmengesetz für die schweizerische Kinder- und Jugendpolitik“ (www.sajv.ch) (28.7.2006).