

# ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher  
Revue des jeunes chercheurs en droit  
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2017

**Nahrung**  
**alimentation**  
**food**

CHARLOTTE BLATTNER

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse  
eines wachsenden Food-Trends**

SEBASTIAN REICHLÉ / ROMAN SCHISTER

**Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?**

STEPHANIE BERNET

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen  
Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch)

Für Abonnemente und Einzelhefte: [verlag@dike.ch](mailto:verlag@dike.ch)

## Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet  
Kaspar Ehrenzeller  
Nadia Kuźniar  
Roman Schister

## Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch  
Rehana Harasgama  
Alex Kistler  
Natalie Lisik  
Fiona Savary  
Axel Schmidlin  
Martin Seelmann

## Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

### Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG  
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich  
Tel. 044 251 58 30, E-Mail [verlag@dike.ch](mailto:verlag@dike.ch), [www.dike.ch](http://www.dike.ch)  
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

### Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:  
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post

herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

*La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.*

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

*Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.*

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).

*Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).*

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03751-994-3

Rehana C. Harasgama, Dr. iur.

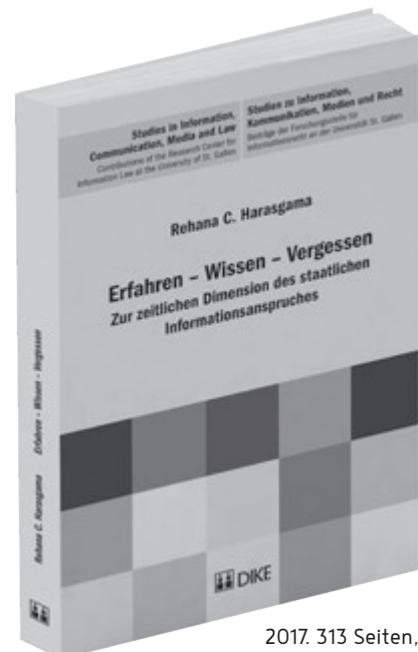
# Erfahren – Wissen – Vergessen

## Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches

Neue Technologien wie **Big Data Analytics, Cloud-Computing und das Internet der Dinge** gehören vermehrt zum Alltag. Diese Technologien können Datenschutzrisiken bergen, wie die Nutzung von Daten entgegen ihrem ursprünglichen Zweck oder unbefugte Zugriffe auf Daten. **Können und dürfen staatliche Behörden diese technologischen Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzen?** Bei der Beantwortung dieser Frage stehen der Datenschutz der Schweiz, der EU und der USA sowie die Analyse geltender Aufbewahrungs- und Lösungsfristen von Personendaten im Fokus. Die vorliegende Dissertation gibt Handlungsempfehlungen, damit Behörden Personendaten nach Erreichung der maximalen Aufbewahrungs- oder Lösungsfrist (weiter-)bearbeiten können, ohne den Datenschutz auszuhöhlen.

Die **Autorin** war Substitutin in einer renommierten Wirtschaftskanzlei und wird weiterhin im Bereich des Datenschutzrechts tätig sein.

**Zielgruppe** dieser Dissertation sind alle, die sich für die Schnittstelle von Datenschutz und neue Technologien im Staat interessieren.



2017. 313 Seiten,  
broschiert, CHF 78.–  
ISBN 978-3-03751-935-6



Dike Verlag AG · Weinbergstrasse 41 · 8006 Zürich · Tel. 044 251 58 30 · [www.dike.ch](http://www.dike.ch) · [verlag@dike.ch](mailto:verlag@dike.ch)

# Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

**Anstelle eines Vorworts: Nahrung als Recht? /  
En lieu et place d'avant-propos : L'alimentation  
comme droit ?** 1

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse  
eines wachsenden Food-Trends**  
CHARLOTTE BLATTNER 5

**Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?**  
SEBASTIAN REICHLER / ROMAN SCHISTER 19

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten  
und staatlichem Bildungsauftrag**  
Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimension  
des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche  
STEPHANIE BERNET 30

# Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag

Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimension des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche

STEPHANIE BERNET\*

SCHLAGWÖRTER	Bundesgericht – Bildung – Dispensation – Elternrechte – Glaubens- und Gewissensfreiheit – Kindeswohl – Schule – Schwimmunterricht – Sexualkundeunterricht – Verhältnismässigkeit
ZUSAMMENFASSUNG	Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Fälle von Dispensationen vom schulischen Schwimm- oder Sexualkundeunterricht zu beurteilen. Im Zuge der damit verbundenen Grundrechtsprüfung, welche feststellen soll, ob ein unzulässiger Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliegt, wägt das Bundesgericht die verschiedenen vorhandenen Interessen ab. Zu diesen Interessen gehört auch das Kindeswohl. Dieses verfügt über eine objektive wie eine subjektive Dimension. Während die objektive Dimension des Kindeswohls auch einem Programmauftrag entspricht und daher ein öffentliches Interesse darstellt, bezieht sich die subjektive Dimension auf die konkreten Auswirkungen des Entscheids im individuellen Einzelfall. Dieser Beitrag zeigt die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf diese Dispensationsfälle auf und hält fest, dass das Kindeswohl im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung als eigenständige Rechtsposition zu beachten ist und insbesondere der subjektiven Dimension des Kindeswohls im Rahmen der Abwägung vermehrt Bedeutung zuzumessen ist.
RÉSUMÉ	Le Tribunal fédéral a dû juger plusieurs cas de dispense pour les cours de natation et d'éducation sexuelle à l'école. Dans ce cadre, il a procédé à un examen des droits fondamentaux pour déterminer s'il y avait une atteinte illicite à la liberté de conscience et de croyance et effectué une pesée des intérêts en présence. Ces intérêts comprennent aussi le bien de l'enfant, qui revêt une dimension à la fois objective et subjective. Alors que la dimension objective du bien de l'enfant est également liée aux cours qui doivent être dispensés et constitue dès lors un intérêt public, la dimension subjective se réfère aux conséquences concrètes d'une décision dans un cas particulier. Cette publication présente l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de dispenses. Elle souligne que le bien de l'enfant doit être considéré comme un élément juridique autonome lors de l'examen de la proportionnalité et, plus particulièrement, que la dimension subjective du bien de l'enfant doit être mieux prise en compte lors de la pesée des intérêts.
ABSTRACT	On several occasions, the Swiss Supreme Court had to decide cases of dispensations from swimming lessons or sexual education classes. It had to assess whether such dispensations infringed on the freedom of religion and conscience. All restrictions on fundamental rights must be proportionate. When weighing the different interests against each other, one of the aspects to be considered is the best interest of the child, which has both an objective and a subjective dimension. The former demands that the state primarily consider the well-being of children on a general level, whereas the latter focuses on the specific consequences of a decision for the individual child. This article analyses the development of the Supreme Court's case law on that matter. It argues that the best interest of the child has to be an independent legal position in the weighing of interests, the subjective dimension being of particular importance.

---

\* MLaw, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, stephanie.bernet@unisg.ch.

## I. Einleitung

Immer wieder werden in den Medien Fälle aufgegriffen, in denen sich einzelne Personen gegen schulische Gepflogenheiten oder den Besuch einzelner Unterrichtsteile zur Wehr setzen und eine Dispensation verlangen, da die entsprechenden Unterrichtsinhalte oder die Ausgestaltung dieses Unterrichts als ungerechtfertigte Eingriffe in die persönlichen religiösen oder weltanschaulichen Vorstellungen erlebt werden. Besondere Aufmerksamkeit erweckten die Fälle von Dispensationsgesuchen für das Schwimmen im Rahmen des schulischen Sportunterrichts<sup>1</sup>, das Verweigern des Handschlags mit den Lehrpersonen<sup>2</sup> oder die Dispensation vom Sexualkundeunterricht.<sup>3</sup>

Die Schule als staatliche Instanz darf niemanden aufgrund seiner Konfession oder anderer religiöser Motive benachteiligen.<sup>4</sup> Das Schulobligatorium kann aber re-

ligiöse Feiertage einschränken oder der Unterricht selber kann zu religiösen Beeinträchtigungen führen. Aus Gründen der Religionsfreiheit muss daher eine Möglichkeit zur Aufhebung des Schulobligatoriums bestehen: Das geeignete Abwehrinstrument zur Vermeidung solcher religiöser Beeinträchtigungen bildet die Dispensation.<sup>5</sup>

Gelangen solche Fälle vor das Bundesgericht, so prüft dieses, ob eine unzulässige Einschränkung von Grundrechten (hauptsächlich der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV<sup>6</sup>) vorliegt und dem Dispensationsgesuch Folge geleistet werden muss. Ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist gemäss Art. 36 BV nur gerechtfertigt, wenn dieser auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, die Verhältnismässigkeit wahrt und nicht in den unantastbaren Kernbereich des Grundrechts eingreift.<sup>7</sup> Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs nimmt das Bundesgericht beim Kriterium der Zumutbarkeit eine Abwägung zwischen den privaten Interessen an der Zustimmung zu einem Dispensationsgesuch sowie den öffentlichen Interessen, wozu beispielsweise die Vermittlung des entsprechenden Schulstoffs gehört, vor. Die Zumutbarkeit des Eingriffs und damit die Verweigerung des Dispensationsgesuchs kann nur bejaht werden, wenn zwischen der konkreten Eingriffswirkung und den mit dem Eingriff konkret verfolgten Interessen ein vernünftiges Verhältnis besteht, das öffentliche Interesse also die privaten Interessen überwiegt.<sup>8</sup>

Bei dieser Abwägung hat das Bundesgericht insbesondere auch die Interessen des betroffenen Kindes zu berücksichtigen und in die Abwägung einzubeziehen. Die Güterabwägung bezieht sich in diesen Konstellationen auf drei gegeneinander abzuwägende Seiten. Es liegt ein tripolarer Grundrechtskonflikt vor, in welchem sich die Interessen von Kindern, Erziehungsberechtigten und dem Staat in einem Dreieck gegenüberstehen.<sup>9</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Interessen des Kindes auch konflikthaft zu denjenigen der Erziehungsberechtigten stehen können und dem Staat allenfalls i.S. einer Schutzpflicht die Aufgabe zukommt, ein Kind vor übermässigen Dispensationswünschen der Erziehungsberechtigten zu schützen.

Die Interessen des Kindes berücksichtigt das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls. Dieses hat eine Querschnittsfunktion und ist in alle Überlegungen zu integrieren, und zwar sowohl in seiner objektiven wie auch in seiner subjektiven Dimension.<sup>10</sup> Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Dispensationsgesuchen deutet darauf hin, dass das Bundesgericht den Fokus auf die objektive Dimension des Kindeswohls legt. Dadurch entsteht der Eindruck, dass eine schematische Lösung für schulische Dispensationsgesuche angestrebt wird. Eine Vernachlässigung der sub-

1 Vgl. z.B. BGE 135 I 79 oder Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013.

2 Vgl. z.B. <http://www.nzz.ch/schweiz/fall-therwil-kein-hand-schlag-trotz-rechtsgutachten-ld.112342>, abgerufen am 17.10.2017.

3 Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014.

4 HERBERT PLOTKE, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, 193; statt vieler BGE 125 I 347, 354, E. 3a. Das bedeutet aber nicht, dass ein Anspruch darauf besteht, nicht mit anderen religiösen Meinungen oder Haltungen konfrontiert zu werden (Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 5.3.2; 2C\_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.2).

5 CHRISTIAN R. TAPPENBECK/RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, AJP 2007, 1401 ff., 1408 m.w.H.

6 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101. Vgl. zur Glaubens- und Gewissensfreiheit hinten, Kap. IV. A.

7 Vgl. zur Prüfung der Einschränkung von Grundrechten etwa SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz. 14 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 93 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 29 ff.; THOMAS GÄCHTER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich 2011, § 30 Rz. 88 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 3ème éd., Berne 2013 Rz. 177 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 7 Rz. 91 ff.; sowie hinten, Kap. IV.

8 KIENER/KÄLIN (Fn. 7), 123.

9 JUDITH WYTENBACH/WALTER KÄLIN, Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP 2005 315 ff., 321; BRUNO MASCELLO, Elternrecht und Privatschulfreiheit, Dargestellt an der Volksschule in der Schweiz und in Deutschland, Diss., St. Gallen 1995, 64.

10 Vgl. zu dieser Terminologie hinten, Kap. III.

jektiven Auswirkung auf das betroffene Kind im Einzelfall wird der gesamtheitlichen Dimension des Kindeswohls jedoch nicht gerecht.

Dieser Beitrag soll zeigen, wieso es von essentieller Bedeutung ist, der vom Bundesgericht primär berücksichtigten objektiven Dimension des Kindeswohls eine subjektive Dimension gegenüberzustellen und sich vermehrt auf diese zu fokussieren. Dazu werden in einem ersten Teil konkrete Fallbeispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Dispensationsgesuchen aufgezeigt (II.) und anschliessend auf den Begriff und die Bedeutung des Kindeswohls eingegangen (III.), damit die Bedeutung der beiden Dimensionen des Kindeswohls bei der Verhältnis-mässigkeitsprüfung veranschaulicht werden kann. Nach einer Darstellung der einzelnen Schritte der Grundrechtsprüfung in Bezug auf die Schwimm- und Sexualkundeunterrichtsfälle<sup>11</sup> (IV.) wird ausgeführt, wieso dem subjektiven Kindeswohl in diesen Fallkonstellationen eine höhere Bedeutung zugemessen werden muss (V.). Die gewonnenen Erkenntnisse werden zuletzt in einem Fazit (VI.) zusammengefasst und gewürdigt.

## II. Konkrete Fallbeispiele

Die Fallkonstellation bei Dispensationsgesuchen gestaltet sich regelmässig wie folgt: Die Erziehungsberechtigten stellen bei der zuständigen schulischen Behörde<sup>12</sup> einen Antrag auf Befreiung von konkret bestimmten Unterrichtsinhalten eines Schulfachs für ihr minderjähriges Kind. In den vom Bundesgericht behandelten Fällen handelt es sich i.d.R. um Dispensationsgesuche vom Schwimm-<sup>13</sup> oder Sexualkundeunterricht<sup>14</sup>. Begründet wird ein solches Dispensationsgesuch meist mit der Unvereinbarkeit des Lerninhalts oder der Ausgestaltung des Unterrichts mit der persönlichen Glaubensvorstellung bzw. Weltanschauung.

1993 behandelte das Bundesgericht den Fall eines Mädchens, welches die zweite Primarschulklasse besuchte und aus religiösen Gründen vom Schwimmunterricht dispensiert werden sollte, da der islamische Glaube das gemeinsame Schwimmen beider Geschlechter verbiete. Dies gelte beim strengen islamischen Glauben aus religiös-erzieherischen Gründen im Hinblick auf die späteren Vorschriften bereits für Kinder vor der Geschlechtsreife.<sup>15</sup>

In einem Entscheid aus dem Jahre 2008 sollten zwei Knaben, welche die Primarschule besuchten, vom gemischten Schwimmunterricht befreit werden, da dieser nicht mit den religiösen Überzeugungen der muslimischen Familie vereinbar sei. Es gelte zu verhindern, dass Mädchen und Knaben «gegenseitig ihre Reize betrach-

teten»<sup>16</sup>. Gemäss Angaben der Beschwerdeführer dürfen Gläubige nach den muslimischen Geboten nicht den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts sehen und beim Schwimmen träfen die Knaben auf Mäd-

11 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Dispensationsgesuchen für religiöse Feiertage sowie deren Begründung wird in diesem Beitrag mitberücksichtigt. Die Fälle an sich hingegen werden nicht aufgenommen, da diese Dispensationsgesuche unabhängig vom Inhalt des Schulunterrichts gestellt werden.

12 Im Kanton Aargau beispielsweise sind Dispensationsgesuche an die Schulpflege zu richten (vgl. § 14 Kantonale Verordnung über die Volksschule vom 26. Februar 2012 [SchulV AG], SAR 421.313), im Kanton Solothurn ist der Klassenlehrer Adressat bei Absenzen von bis zu vier aufeinanderfolgenden Halbtagen bzw. der Schulleiter bei längeren Absenzen oder einer Dispensation von einzelnen Schulfächern (vgl. § 27 Abs. 2 Kantonale Vollzugsverordnung zum Volksschulgesetz vom 5. Mai 1970 [SchulV SO], BGS 413.121.1) und im Kanton Fribourg die Schulleitung (vgl. Art. 33 Abs. 5 Kantonales Reglement zum Gesetz über die obligatorische Schule vom 19. April 2016 [SchR FR], SGF 411.0.11).

13 Der *Schwimmunterricht* gemäss Lehrplan 21 bspw. setzt das Ziel, dass die Schülerinnen und Schüler sicher schwimmen können, technische Merkmale verschiedener Schwimmtechniken kennen und diese anwenden. Dazu gehört auch, dass sich die Kinder z.B. eine Minute an Ort über Wasser halten können (vgl. <http://v-ef.lehrplan.ch> => Bewegung und Sport => Bewegen im Wasser, abgerufen am 17.10.2017). Vgl. auch etwa den Lehrplan Volksschule Primarschule und Oberstufe des Kantons Aargau, Anhang 3 zur kantonalen Verordnung über die Volksschule vom 27. Juni 2012 (SchulV AG), SAR 421.313, S. 432, 437, 439 f., 442 f.

14 Unter *Sexualkundeunterricht* wird die schulische Vermittlung von Informationen zu Fakten und Zusammenhängen biologisch-medizinischer sowie sozialer und psychologischer Art zu den Themen der menschlichen Sexualität verstanden. Dabei werden sexualkundliche Themen auch in einem breiteren lebenskundlichen Kontext in Bezug auf Normen und Werte im Zusammenleben der Menschen generell und speziell in Bezug auf das Verhältnis der Geschlechter behandelt (Botschaft zur Volksinitiative «Schutz vor Sexualisierung in Kindergarten und Primarschule» vom 28. November 2014, BBl 2015 713 ff., 718). Davon abzugrenzen ist die *Sexualerziehung*. Diese bezeichnet den Bereich der Erziehung, welcher sich mit der Entwicklung von Einstellungen, Wissen, Werthaltungen und Fähigkeiten im Zusammenhang mit der Sexualität befasst und physische, psychische und emotionale Entwicklungen und das Erleben von Sexualität beinhaltet. Die primäre Verantwortung für die Sexualerziehung liegt bei den Eltern und wird von der Schule durch den Sexualkundeunterricht ergänzt (Botschaft Schutz vor Sexualisierung [Fn. 14], 718). Vgl. zum Sexualkundeunterricht etwa den Lehrplan Volksschule Primarschule und Oberstufe des Kantons Aargau, Anhang 3 zur kantonalen Verordnung über die Volksschule vom 27. Juni 2012 (SchulV AG), SAR 421.313, S. 232, 237 f., 243 f., 281, 285, 287, 350, 445, 447 f., 462.

15 BGE 119 Ia 178, 185 f., E. 4d.

16 BGE 135 I 79, 83, E. 4.2.

chen, die viel weniger bekleidet seien, als dies der Glaube erlaube.<sup>17</sup>

Im Urteil vom 7. März 2012 hatte das Bundesgericht ein Dispensationsgesuch für zwei Mädchen im Primarschulalter zu beurteilen, welche vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht befreit werden sollten. Begründet wurde dies von den Beschwerdeführern damit, dass die islamisch orientierte Schamerziehung gemäss dem strengen islamischen Glauben den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht bereits vor der Geschlechtsreife verbiete.<sup>18</sup>

Im Jahr 2013 befasste sich das Bundesgericht mit dem Fall eines muslimischen Mädchens, das vom geschlechtergetrennten Schwimmunterricht auf der Sekundarstufe I befreit werden sollte, da der Sportunterricht von einer männlichen Lehrperson erteilt wird, das Schwimmbad von aussen her durch ein Fenster einsehbar sei und so neben dem Sportlehrer auch fremde Männer den Schwimmunterricht beobachten könnten. Die Gestattung des Tragens eines Burkinis<sup>19</sup> vermöge den besonders strengen religiösen Anforderungen in diesem Fall nicht zu genügen.<sup>20</sup>

2014 wurde vom Bundesgericht der Fall beurteilt, in welchem Kinder auf Kindergarten- bzw. Primarschulstufe vom reaktiven Sexualkundeunterricht<sup>21</sup> befreit werden sollten, da dieser Unterricht den zentralen Grundvorstellungen von Moral und Ethik der Beschwerdeführer zuwiderlaufe und die Kinder vor Sexualisierung geschützt werden müssten.<sup>22</sup>

17 BGE 135 I 79, 83, E. 4.2.

18 Urteil des BGer 2C\_666/2011 vom 7. März 2012, E. 2.3. Dieser Fall wurde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen (EGMR *Osmanoğlu et Kobacabaş c. Suisse*, 29086/12 [2017]). Der EGMR schützte dabei die Entscheidung des Bundesgerichts.

19 Der sog. Burkini ist ein nicht eng am Körper anliegender Ganzkörperschwimmanzug mit integrierter Schwimmkappe (Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.4).

20 Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.4.

21 Der Begriff *reaktiver Sexualkundeunterricht* meint, dass die Lehrpersonen auf Fragen und Handlungen von Kindern eingehen, im Bewusstsein, dass die Sexualerziehung auf dieser Altersstufe primär Aufgabe der Eltern ist (Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 2.2.2). Zum Begriff der Sexualerziehung vgl. Fn. 14.

22 Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 4.1.

23 BGE 132 III 359, 373, E. 4.4.2; 129 III 250, 255, E. 3.4.2; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 4.

24 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention), SR 0.107. Vgl. zum Begriff der Bildung im Rahmen der KRK STEFANIE SCHMAHL, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden etc. 2017, Art. 28/29 Rz. 2. Bei Art. 28 KRK handelt es sich um ein originäres Recht des Kindes auf Bildung und Ausbildung (SCHMAHL [Fn. 24], Art. 28/29 Rz. 27).

25 BGE 126 II 377, 391, E. 5d. Vgl. ausführlich auch SCHMAHL [Fn. 24], Art. 3 Rz. 1 ff., 4 ff.

26 JUDITH WYTTENBACH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Diss. Bern 2005, Basel 2006, 138.

27 ALEXANDRA RUMO-JUNGO/MARC SPESCHA, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte, AJP 2009, 1103 ff., 1104; WYTTENBACH (Fn. 26), 138.

28 JOHANNES REICH, «Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht, Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 2012 I, 363 ff., 380 ff.

29 In diesem Sinne fungiert das Kindeswohl als «gruppenbezogenes Recht» (vgl. SCHMAHL [Fn. 24], Art. 3 Rz. 4).

### III. Der Begriff «Kindeswohl»

#### A. Objektive Dimension des Kindeswohls

Art. 11 BV hält fest, dass Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben. Durch diesen Artikel ist das Kindeswohl auf Stufe der Bundesverfassung geschützt und «gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn»<sup>23</sup>. Das Kindeswohl wird auch in Art. 3 Abs. 1 der KRK<sup>24</sup> für vorrangig erklärt: «Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist». Da die KRK für die Schweiz seit dem 26. März 1997 in Kraft ist, ist diese bei der Auslegung von Art. 11 BV beizuziehen.<sup>25</sup> Das Kindeswohl dient als Leitkriterium staatlicher Entscheidung<sup>26</sup> bei der Gewichtung entgegenstehender Interessen und als Auslegungsanweisung.<sup>27</sup> Im Sinne eines programmatischen Optimierungsgebotes wird der Staat dadurch in die Pflicht genommen, die Verwirklichung einer *objektiven Dimension* des Kindeswohls anzustreben und dies innerhalb der durch das anwendbare Gesetzes- und Verordnungsrecht gestreckten Grenzen als Entscheidungsmaßstab zu verwenden.<sup>28</sup> Das bedeutet, dass das Kindeswohl in Bezug auf seine objektive Dimension ein Gruppenrecht ist.<sup>29</sup>

Das Bundesgericht hat beispielsweise die Schulbildung und die Gesundheit des Kindes als wichtige Faktoren des

Kindeswohls qualifiziert.<sup>30</sup> Im Bildungsbereich ist diese Förderungspflicht auch Teil der Grundlage des staatlichen Bildungsauftrags, welcher zum Ziel hat, ein Mindestmass an Bildung zu garantieren.<sup>31</sup>

## B. Subjektive Dimension des Kindeswohls

Beim Begriff «Kindeswohl» handelt es sich um einen offenen Rechtsbegriff, der im Einzelfall konkretisiert werden muss. Angestrebt wird gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Kindeswohl namentlich «eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes<sup>32</sup> in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei in Beachtung *aller konkreter Umstände* [Hervorhebung durch die Autorin] nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist»<sup>33</sup>. Um dem Kindeswohl gerecht zu werden, müssen die rechtlichen und tatsächlichen Interessen des *individuellen Kindes* in einer *konkreten Situation* unter Beachtung der Umstände *so weit als möglich* gewahrt werden.<sup>34</sup> Daraus ergibt sich einerseits, dass das Kindeswohl nicht absolut gilt und nicht unter allen Umständen Vorrang beanspruchen kann<sup>35</sup> und andererseits, dass das Kindeswohl eine *subjektive Dimension* umfasst, indem alle konkret vorhandenen fallspezifischen Umstände Beachtung finden müssen. Das Kind ist damit ein «Individuum in der Gruppe».<sup>36</sup>

## IV. Grundrechtsprüfung

Nachdem die beiden Dimensionen des Kindeswohls erläutert wurden, soll im Zuge der nachfolgenden Darstellung der bundesgerichtlichen Grundrechtsprüfung einerseits aufgezeigt werden, welche grundsätzlichen Interessen in diesen Dispensationsfällen vorhanden sind, und andererseits wie das Bundesgericht diese im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung gegeneinander abwägt. Dabei wird insbesondere auf die objektive sowie die subjektive Dimension des Kindeswohls im Rahmen dieser Abwägung fokussiert.

### A. Eingriff

Bei einer Grundrechtsprüfung ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein Eingriff in das angerufene Grundrecht vorliegt bzw. ob die behauptete Verletzung in den Schutzbereich des angerufenen verfassungsmässigen Rechts fällt.<sup>37</sup> Im Falle von Dispensationsgesuchen von bestimmten Unterrichtsinhalten wird i.d.R. eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit geltend gemacht.

### 1. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Art. 15 BV und auch Art. 9 EMRK<sup>38</sup> schützen die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Diese umfasst einerseits die innere Freiheit, zu glauben, nicht zu glauben oder seine religiösen Anschauungen zu ändern, wie andererseits auch die äussere Freiheit, entsprechende Überzeugungen innerhalb gewisser Schranken zu praktizieren, zu äussern und zu verbreiten.<sup>39</sup> Die Glaubens- und Gewissensfreiheit enthält den Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren seines Glaubens auszurichten und seinen Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln.<sup>40</sup> Eine solche religiöse bzw. weltanschauliche Überzeugung liegt vor, wenn sie Ausdruck des Religiösen oder Transzendenten ist und eine Gesamtschau der Welt und des Lebens zum Gegenstand hat.<sup>41</sup> Konkret gehören zum individuellen Kult etwa das Tragen religiöser Kleidung wie z.B. eines Habits einer katholischen Ordensgemeinschaft und das Tragen einer islamischen Burka oder auch die Befolgung anderer Verhaltensvorschriften, welche Ausdruck der Glaubensüberzeugungen sind.<sup>42</sup> Die Frage, ob eine solche Manifestation religiösen

30 BGE 119 Ia 178, 194 f., E. 8a.

31 BERNHARD EHRENZELLER, Das Elternrecht auf religiöse Erziehung der Kinder im Spannungsfeld von staatlichem Bildungsauftrag und Kindeswohl am Beispiel des Sexualkundeunterrichtes, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), Beiträge zum liechtensteinischen Recht aus nationaler und internationaler Perspektive, Festschrift zum 70. Geburtstag von Herbert Wille, 201 ff., 211.

32 Gemeint sind damit Kinder und Jugendliche bis zur Volljährigkeit (vgl. KIENER/KÄLIN [Fn. 7], 453).

33 BGE 129 III 250, 255, E. 3.4.2; ähnlich auch die Formulierung in Art. 302 Abs. 1 ZGB. Vgl. zu den Thesen zum Kindeswohl und einer daran orientierten Kinderpolitik REUSSER/LÜSCHER, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV Rz. 9; vgl. weiter auch REICH (Fn. 28), 375 ff.

34 WYTENBACH (Fn. 26), 137.

35 vgl. dazu SCHMAHL (Fn. 24), Art. 3 Rz. 7 m.w.H.

36 WYTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 321.

37 Z.B. BGE 119 Ia 178, 183, E. 4a.

38 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

39 BGE 134 I 56, 60, E. 4.3; 123 I 296, 300, E. 2b/aa; 119 Ia 178, 184, E. 4c.

40 BGE 134 I 56, 60 E. 4.3; vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELLER (Fn. 7), Rz. 481.

41 BGE 119 Ia 178, 183, E. 4b; 119 IV 260, 263, E. 3b/aa; 116 Ia 252, 258, E. 5c. Während bei der *Religion* der Transzendenzbezug im Vordergrund steht, ist die *Weltanschauung* mehr durch eine nicht zu hinterfragende Überzeugung betreffend die existenzielle Aufgabe des Menschen in dieser Welt gekennzeichnet (JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 257 f.).

42 BGE 134 I 56, 61, E. 4.3; ANNE KÜHLER/FELIX HAFNER, Schuldispensationen zwischen Religionsfreiheit und «bürgerlichen Pflichten», AJP 2011, 913 ff., 914.

Charakter hat, entscheidet das Selbstverständnis des Individuums, denn der Staat ist nicht befugt, dies aus seiner Sicht heraus zu bestimmen.<sup>43</sup> Entscheidend ist, dass die religiöse Verhaltensweise auf den Glauben zurückgeführt werden kann.<sup>44</sup>

Die Religionsfreiheit nach Art. 15 BV schützt demgemäss in umfassender Weise vor jeder staatlichen Einmischung, welche geeignet ist, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu verletzen.<sup>45</sup> In Bezug auf den Schulunterricht hat das Bundesgericht festgehalten, dass die «Verpflichtung, im Rahmen der obligatorischen staatlichen Schulen an einem Unterricht teilzunehmen, der mit den eigenen (religiösen oder atheistischen) Weltanschauungen in Widerspruch steht, einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit» darstellt.<sup>46</sup> Geschützt ist damit beispielsweise das Einhalten religiöser Feiertage. Erfasst wird auch das Gebot von Moslems, nicht am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht

teilnehmen zu müssen, um die der religiösen Erziehung entsprechenden Nacktheitstabus zu wahren und sich bereits vor der Geschlechtsreife auf die späteren Verhaltensvorschriften vorzubereiten.<sup>47</sup> Ebenfalls von der Religionsfreiheit gedeckt ist die Dispensation vom Sexualkundeunterricht, wenn dieser gegen die persönlichen zentralen Grundvorstellungen von Moral und Ethik verstösst und der persönlichen religiösen Sittenlehre nicht entspricht.<sup>48</sup>

## 2. Elterliche Erziehungsrechte

Den Erziehungsberechtigten kommt das primäre Erziehungsrecht für ihre Kinder zu.<sup>49</sup> Dieses Erziehungsrecht ist Bestandteil der sogenannten Elternrechte, welche Ausfluss des verfassungsmässigen Schutzes der Familie gemäss Art. 13 Abs. 1 BV bilden.<sup>50</sup> Das Erziehungsrecht beinhaltet auch die religiöse Erziehung.<sup>51</sup> Diese ist zudem Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV (sowie nach Art. 13 Abs. 3 UNO-Pakt I<sup>52</sup> und Art. 18 Abs. 4 UNO-Pakt II<sup>53</sup>) der Erziehungsberechtigten.<sup>54</sup> Bis zum 16. Altersjahr des Kindes entscheiden die Erziehungsberechtigten in Glaubensfragen für ihre Kinder, danach sind die Kinder gemäss Art. 303 Abs. 3 ZGB<sup>55</sup> religionsmündig und können in Glaubensangelegenheiten ihre eigenen Entscheidungen treffen. Zu beachten ist, dass das elterliche Erziehungsrecht nicht nur Eigeninteressen dient, sondern sich am Wohlergehen des Kindes auszurichten hat und letztendlich das Ziel hat, sich selber überflüssig zu machen.<sup>56</sup>

Der religiös neutrale Staat überprüft Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit hin, sondern geht von der Bedeutung aus, welche die religiöse Norm für die Beschwerdeführenden hat.<sup>57</sup> In Bezug auf die Dispensationsgesuche heisst das, dass die Pflicht, die Kinder in den Schwimm- oder Sexualkundeunterricht zu schicken, als Eingriff in das religiöse elterliche Erziehungsrecht gewertet wird.<sup>58</sup>

## B. Interessen des Kindes

Der geltend gemachte Grundrechtseingriff betrifft sowohl die Grundrechte der Eltern (Erziehungsrecht) wie auch die Grundrechte des Kindes. Neben diesem geltend gemachten Grundrechtseingriff sind aber auch die weiteren Interessen des Kindes zu beachten. Diese Interessen des Kindes sind breit gefächert und umfassen neben der eigenen Religionsfreiheit auch weitere Belange. Einige dieser Aspekte werden auch durch die öffentlichen Interessen der Chancengleichheit oder des ausreichenden Grundschulunterrichts erfasst.

43 CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 15 BV Rz. 10; WYTTENBACH/KALIN (Fn. 9), 320. Der Staat hat von der Bedeutung auszugehen, die der Gläubige selber der Glaubensregel beimisst (vgl. BGE 135 I 79, 83 f., E. 4.4).

44 BGE 119 Ia 178, 184 f., E. 4c; 119 IV 260, 263, E. 3b/aa; 118 Ia 46, 52, E. 3b.

45 BGE 123 I 296, 300, E. 2b/aa; 118 Ia 46, 52, E. 3b; 116 Ia 252, 257, E. 5a.

46 Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 4.1; vgl. auch BGE 135 I 79, 84 f., E. 4.6 und E. 5.1; Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.2.

47 HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, Religionsfreiheit in der multi-kulturellen Schulrealität BGE 134 I 114 ff. und BGE 135 I 79 ff., recht 2009, 100 ff., 102 f.

48 Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 4.1.

49 Vgl. etwa die Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 714, 719, 732.

50 Vgl. Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 4.2.

51 VALENTINA BAVIERA, Elternrechte und Kindeswohl, in: Kaufmann/Ziegler (Hrsg.), Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich 2003, 143 ff., 145; MASCELLO (Fn. 9), 74 ff.

52 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

53 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

54 Vgl. z.B. BGE 129 III 689, 691 f., E. 1.2; 119 Ia 178, 181 f., E. 2.

55 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

56 WYTTENBACH/KALIN (Fn. 9), 322.

57 BGE 135 I 79, 84, E. 4.4; vgl. auch vorne Kap. IV. A. 1.

58 Vgl. BGE 135 I 79, 84, E. 4.6; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 4.1.

### 1. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit steht es den Erziehungsberechtigten offen, ihr religiöses Erziehungsrecht geltend zu machen. Bei anderen Ansprüchen im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit handelt es sich aber um die Religionsfreiheit des Kindes. Bis zur Religionsmündigkeit wird diese vertretungsweise durch die Erziehungsberechtigten ausgeübt.<sup>59</sup> In der Schule können hier gegensätzliche Interessen aufeinander treffen: Schüler und Schülerinnen wünschen sich eine möglichst selbstständige religiöse Entwicklung und die Erziehungsberechtigten wollen den religiösen Werdegang ihres Kindes mitbestimmen.<sup>60</sup> Die religiösen Interessen der Erziehungsberechtigten und der Kinder sind in der Tat wohl häufig deckungsgleich, dennoch ist die doppelte Rolle der Erziehungsberechtigten als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder sowie als Partei in eigener Sache mitunter ein Grund dafür, dass den subjektiven Interessen des Kindes gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht oft zu wenig Rechnung getragen wird.<sup>61</sup>

### 2. Schutz vor übermässigen Dispensationsgesuchen

Unter Umständen muss das Kind vor der eigenen Familie geschützt werden, z.B. dann, wenn Eltern eine Dispensation beantragen, die dazu führt, dass ihren Kindern zentrale Bildungsinhalte vorenthalten werden.<sup>62</sup> Gerade im Bereich der Prävention von sexuellem Missbrauch ist dies von Bedeutung: Alle Kinder und Jugendlichen können Opfer sexueller Gewalt werden. Umso wichtiger ist es, dass Präventionsmassnahmen in der Schule zum Thema werden, und zwar unabhängig von der Situation im Elternhaus, da gerade dort Risikofaktoren für die Entstehung sexueller Gewalt liegen können.<sup>63</sup> Aus diesem Grund muss im Rahmen von Dispensationsgesuchen auch die Sicht des Kindes einbezogen werden und seine Meinung ist entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.<sup>64</sup> Die Fähigkeit des Kindes, sich eine eigene Meinung zu bilden, ist dabei jeweils mit Bezug auf die konkrete Frage in der spezifischen Situation zu prüfen.<sup>65</sup> Im Rahmen schulischer Konflikte wird diese Fähigkeit regelmässig gegeben sein.<sup>66</sup>

### 3. Schutz vor Loyalitätskonflikten

Für ein Kind sind die Zugehörigkeit zur familiären Gemeinschaft und die Einbindung in das (religiöse) Familienleben von grosser Bedeutung.<sup>67</sup> Die Verweigerung einer Dispensation und die damit verbundene Auseinandersetzung zwischen Schule und Familie können beim Kind einen Gewissenskonflikt auslösen, da es vor der Wahl steht, entweder einem staatlichen oder einem religiösen Gebot

zuwiderhandeln zu müssen.<sup>68</sup> Der Schutz vor einem solchen unauflösbaren Gewissens- und Loyalitätskonflikt stellt ein zentrales Interesse des Kindes dar.<sup>69</sup>

### 4. Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht

Kinder und Jugendliche<sup>70</sup> haben gemäss Art. 19 BV einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss dieser Unterricht «für den Einzelnen angemessen und geeignet sein und genügen, um die Schüler angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten».<sup>71</sup> Der Schulstoff muss sich dabei an veränderte Anforderungen und Entwicklungen in der Gesellschaft im Allgemeinen wie auch in der Berufswelt anpassen.<sup>72</sup>

Dies bedeutet, dass das Kind einen Anspruch auf die Vermittlung der Lehrinhalte hat, die als unverzichtbar

59 Art. 304 Abs. 1 ZGB.

60 TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (Fn. 5), 1404.

61 Vgl. auch TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (Fn. 5), 1410.

62 KÜHLER/HAFNER (Fn. 42), 918.

63 Vgl. Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 733. Tragisch ist in diesem Zusammenhang daher besonders, dass die Volksinitiative zum Schutz vor Sexualisierung in Kindergarten und Schule bei der ersten Lancierung zurückgezogen werden musste, da bekannt wurde, dass ein Mitglied des Initiativkomitees aufgrund sexueller Übergriffe an Kindern verurteilt worden war (Botschaft Schutz vor Sexualisierung [Fn. 14], 733).

64 Vgl. auch Art. 12 KRK; KÜHLER/HAFNER (Fn. 42), 918 f.

65 Dazu RUMO-JUNGO/SPESCHA, (Fn. 27), 1103 ff. m.w.H.

66 KÜHLER/HAFNER (Fn. 42), 919; WYTTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 322.

67 StGH 2012/130 E. 3.2.4.

68 BGE 117 Ia 311, 318, E. 4b.

69 So auch StGH 2012/130 E. 3.2.4.

70 Gemäss Lehre und Rechtsprechung kommt das Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht nur Kindern und Jugendlichen zu (KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 BV Rz. 28). Nicht auf das Grundrecht berufen können sich hingegen Erwachsene, selbst wenn sie nie einen Grundschulunterricht besucht haben oder die entsprechenden Kenntnisse verloren haben (KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 Rz. 30; kritisch dazu MÜLLER/SCHEFER [Fn. 41], 788 f.). Die Beschränkung auf Kinder und Jugendliche ergibt sich aus Art. 62 Abs. 2 BV, mit welchem Art. 19 BV im Zusammenhang gelesen werden muss. Nach dieser Norm sorgen die Kantone für einen ausreichenden Grundschulunterricht für *alle Kinder*. Daraus ergibt sich auch, dass die Kantone die Altersgrenzen festlegen (KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 Rz. 29).

71 BGE 138 I 162, 164, E. 3.1.

72 BSK BV-WYTTENBACH, Art. 19 Rz. 11; vgl. auch hinten, Kap. IV. D. 1.

gelten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehört der Schwimmunterricht zu diesen unverzichtbaren Lehrinhalten.<sup>73</sup> In Bezug auf den Sexualkundeunterricht zählt der Bundesrat die entsprechende Wissensvermittlung zu den unverzichtbaren Lehrinhalten.<sup>74</sup> Dies wird auch durch die Lanzarote Konvention<sup>75</sup> bestätigt, welche für die Schweiz am 1. Juli 2014 in Kraft trat, denn diese garantiert in Art. 6 ein Recht auf altersgerechten Sexualkundeunterricht.

## 5. Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung

Das Schulobligatorium dient der Wahrung der Chancengleichheit aller Kinder.<sup>76</sup> Das Kind hat ein Recht darauf, dass seine Bildungschancen gewahrt werden und nicht aufgrund seiner Herkunft, Religion, Muttersprache, Gesundheit oder seines Geschlechts geschmälert werden.<sup>77</sup> Im Falle eines Dispensationsgesuches ist somit zu prüfen,

ob dem Kind im Vergleich zu den Mitschülerinnen und Mitschülern in Bezug auf die künftige berufliche und soziale Stellung ein beträchtlicher Nachteil erwächst. Das bedeutet, dass auch die längerfristigen rechtlichen und tatsächlichen Interessen des Kindes von Bedeutung sind.<sup>78</sup>

Das Kind hat zudem ein Anrecht auf Gleichbehandlung gegenüber den Mitschülerinnen und Mitschülern. Damit ist insbesondere gemeint, dass eine Diskriminierung gegenüber dem andern Geschlecht in der Klasse verboten und eine Gleichbehandlung gegenüber dem gleichen Geschlecht in der Klasse geboten ist.<sup>79</sup>

## C. Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs einer gesetzlichen Grundlage. Die Schülerinnen und Schüler befinden sich gegenüber dem Gemeinwesen – konkret in der Form der öffentlichen Schule – in einem Sonderstatusverhältnis. Ein Sonderstatusverhältnis liegt vor, wenn eine Person in einer besonders engen Beziehung zu einer öffentlichen Anstalt steht.<sup>80</sup> Die Anforderungen an Normstufe und Normdichte der Eingriffsgrundlage sind in diesem Fall weniger streng.<sup>81</sup> Die Begründung des Sonderstatusverhältnisses sowie der wesentliche Inhalt des Rechtsverhältnisses bedürfen einer formell-gesetzlichen Grundlage,<sup>82</sup> die Regelung der Einzelheiten hingegen kann auch an die Exekutive delegiert werden.<sup>83</sup> Im Kontext der Schule betrachtet das Bundesgericht das kantonale Schulgesetz zusammen mit den Lehrplänen, in welchen beispielsweise der Schwimmunterricht zum Bestandteil des Sportunterrichts erklärt wird, regelmässig als genügende gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit.<sup>84</sup>

## D. Öffentliches Interesse

Gemäss Art. 36 Abs. 2 BV bedarf ein Grundrechtseingriff zu seiner Rechtfertigung eines öffentlichen Interesses. Im öffentlichen Interesse liegt alles, das der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um seine Aufgaben zu erfüllen.<sup>85</sup> Allgemein anerkannte Eingriffsinteressen liegen im Schutz von Polizeigütern (öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit, öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) und in der Erfüllung von verfassungsrechtlich ausgewiesenen Staatsaufgaben.<sup>86</sup> Die öffentlichen Interessen werden in der Regel im politischen Prozess der demokratischen Rechtsetzung konkretisiert, die nicht in einer politischen Beliebigkeit, sondern im Lichte des Wertesystems der Gesamtrechtsordnung erfolgt.<sup>87</sup> Der Begriff des öffentlichen Interesses ist zudem zeitlich

73 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1; vgl. auch hinten, Kap. IV. D. 1.  
 74 Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 715; vgl. auch hinten, Kap. IV. D. 1. Auch der EGMR zählt den Sexualkundeunterricht zum staatlichen Bildungsauftrag (vgl. EGMR *Dojan and others v. Germany*, 319/08 [2011]; EGMR *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 5095/71 [1976]).  
 75 Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, SR 0.311.40.  
 76 BGE 135 I 79, 86, E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 5.4; vgl. auch hinten, Kap. IV. D. 4.  
 77 BSK BV-WYTENBACH, Art. 19 Rz. 13.  
 78 Vgl. WYTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 322.  
 79 Vgl. WYTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 321; vgl. auch hinten, Kap. IV. D. 4.  
 80 Z.B. BGE 139 I 280, 286, E. 5.3.1; 135 I 79, 85, E. 6.2. Zum Sonderstatusverhältnis siehe etwa PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 43 Rz. 22 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, § 6 Rz. 450 f.  
 81 Z.B. BGE 139 I 280, 286 f., E. 5.3.1.  
 82 BGE 115 Ia 277, 288, E. 7a; 99 Ia 262, 239, E. 4.  
 83 BGE 135 I 79, 85, E. 6.2; 115 Ia 277, 288, E. 7a.  
 84 Vgl. etwa BGE 135 I 79, 86, E. 6.5; 119 Ia 178, 188 f., E. 6c–e; Urteil des BGer 2C\_666/2011 vom 7. März 2012, E. 2.5.3; siehe auch hinten, Kap. IV. D. 1.  
 85 KELLER/BÜRLI (Fn. 47), 104; BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 49. Grundsätzlich zum öffentlichen Interesse vgl. MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?*, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Habil., Bern 2001.  
 86 Vgl. dazu im Detail etwa KIENER/KÄLIN (Fn. 7), 116; SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV Rz. 32*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 7), Rz. 217 ff.  
 87 BGE 142 I 49, 66, E. 8.1.

und örtlich variabel und unterliegt einer politischen Wertung.<sup>88</sup>

Im Schulbereich sind die öffentlichen Interessen breit gefächert: Schulobligatorium zur Verwirklichung der Ausbildungsziele und Vermittlung von Grundkenntnissen; geordneter und effizienter Schulbetrieb; Integration Angehöriger fremder Länder, Religionen und Kulturen; Sozialisation; Chancengleichheit; Geschlechtergleichstellung und Prävention.

Ein Teil dieser öffentlicheren Interessen deckt sich mit den grundlegenden Interessen des Kindes. Erfasst wird durch die öffentlichen Interessen somit die objektive Dimension des Kindeswohls – ob diese im konkreten Fall deckungsgleich mit dem subjektiven Kindeswohl sind, ist der Abwägung vorbehalten.

### 1. Öffentlicher Bildungsauftrag und Schulobligatorium

Die Interessen der Schulbehörden beziehen sich zur Hauptsache auf den Bildungsauftrag, welchen die Schule als öffentlich-rechtliche Anstalt der kantonalen Leistungsverwaltung zu erfüllen hat. Dieser Bildungsauftrag stützt sich auf verschiedene rechtliche Grundlagen: Gemäss Art. 62 Abs. 2 BV sind die Kantone verpflichtet, den Schülerinnen und Schülern einen ausreichenden Grundschulunterricht<sup>89</sup> zu ermöglichen, damit sie den grundrechtlichen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf ausreichenden Grundschulunterricht gemäss Art. 19 BV<sup>90</sup> zu erfüllen vermögen. Der Bildungsauftrag wird auch durch internationale Grundlagen (v.a. Art. 13 UNO-Pakt I und Art. 28 f. KRK) sowie interkantonale Grundlagen (z.B. das Schulkonkordat<sup>91</sup> oder das HarmoS-Konkordat<sup>92</sup>) normiert. Da den Kantonen bei der tatsächlichen Ausgestaltung des Grundschulunterrichts aufgrund ihrer Schulhoheit, welche in Art. 62 Abs. 1 BV bekräftigt wird, ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt,<sup>93</sup> ist für die konkrete Ausgestaltung des Grundschulunterrichts die kantonale Gesetzes-<sup>94</sup> und Verordnungsgebung<sup>95</sup> von zentraler Bedeutung. Dies insbesondere auch deshalb, da die übergeordneten Bestimmungen des internationalen Rechts und des Verfassungsrechts<sup>96</sup> zwar die Vorgaben für den öffentlichen Bildungsauftrag bilden, den unbestimmten Rechtsbegriff des «ausreichenden Grundschulunterrichts» jedoch nicht näher umschreiben. Die konkreten Lerninhalte werden daher zur Hauptsache in den Lehrplänen für die einzelnen Schulstufen und Unterrichtsfächer festgeschrieben.<sup>97</sup>

Zu diesen konkreten Lerninhalten gehören auch die in den Fallbeispielen genannten Unterrichtsteile zum Sexualkunde- und Schwimmunterricht.<sup>98</sup> Beim Sexualkundeunterricht ist insbesondere die Gewichtung nationaler

Präventionsziele zu erwähnen, denn zum Schutz vor sexuell übertragbarer Krankheiten und vor unerwünschten Schwangerschaften setzt sich die Volksschule das Ziel, dass alle Jugendlichen zu Beginn ihrer Pubertät über die wichtigsten Bereiche der Sexualität Bescheid wissen. Der Bundesrat hat festgehalten, dass ein ausreichender Grundschulunterricht, wie er in der heutigen Zeit definiert wird, ohne alters- und entwicklungsgemässen Sexualkundeunterricht nicht mehr oder nur noch partiell gewährleistet wäre.<sup>99</sup> Damit zählt der Bundesrat die Wissensvermittlung im Bereich der Sexualität und Sexualerziehung explizit zum Bildungsauftrag der Kantone und zum ausreichenden Grundschulunterricht.<sup>100</sup> Zum ausreichenden Sexualkundeunterricht gehört auch die Prävention vor sexuellem Missbrauch gemäss Art. 6 Lanzarote Konvention, wonach sichergestellt werden muss, «dass Kinder während ihrer Schulzeit in Grund- und weiterführenden Schulen ihrem Entwicklungsstand entsprechend über die Gefahren sexueller Ausbeutung und sexuellen Missbrauchs sowie über die Möglichkeiten, sich davor zu schützen, aufgeklärt werden». Ein besonderer

88 BGE 142 I 49, 66, E. 8.1; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 5.4.

89 Der Grundschulunterricht umfasst die Primar- und die Sekundarstufe sowie die Vorschule – sofern die Kantone diese für obligatorisch erklären.

90 Vgl. dazu vorne, Kap. IV. B. 4.

91 Konkordat über die Schulkoordination vom 29. Oktober 1970, SR-EDK 1.1.

92 Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule vom 14. Juni 2007, SR-EDK 1.2.

93 EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV Rz. 21; BGE 130 I 352, 354, E. 3.2; Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 725.

94 Vgl. etwa Kantonales Volksschulgesetz vom 19. März 1992 (VSG BE), BSG 432.210 oder kantonales Schulgesetz vom 17. März 1981 (SchulG AG), SAR 401.100.

95 Vgl. z.B. Kantonale Volksschulverordnung vom 10. Januar 2013 (VSV BE), BSG 432.211.1 oder kantonale Verordnung über die Volksschule vom 27. Juni 2012 (SchulV AG), SAR 421.313.

96 Dazu gehören neben den Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 auch weitere Bestimmungen wie Art. 67a (in Bezug auf den Musikunterricht), Art. 68 (in Bezug auf den Sportunterricht), Art. 11, Art. 41 Abs. 1 Bst. g und f sowie Art. 67 (alle in Bezug auf die Beachtung der besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnisse von Kindern und Jugendlichen), Art. 2 Abs. 3 (in Bezug auf die Gewährung der Chancengleichheit) sowie natürlich Art. 15 BV (in Bezug auf das Recht auf einen konfessionell neutralen Unterricht).

97 KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 Rz. 39; TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (Fn. 5), 1409.

98 Vgl. zu den Begriffen und deren Inhalten auch Fn. 13 und 14.

99 Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 732 f.

100 Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 715.

Fokus liegt dabei auf gefährlichen Situationen, welche insbesondere durch die Nutzung neuerer Informations- und Kommunikationstechnologien entstehen.<sup>101</sup> Auch den Schwimmunterricht zählt das Bundesgericht heute<sup>102</sup> zu den unverzichtbaren Lehrinhalten. Dies insbesondere, da immer mehr Kinder und Jugendliche (auch im Rahmen von Schulausflügen) Wassersportarten betreiben und es darum gehe, Ertrinkungsunfälle zu verhindern.<sup>103</sup>

Um die im Rahmen des Schwimm- und Sexualkundeunterrichts definierten Ziele flächendeckend zu erreichen, muss der entsprechende Unterricht Teil des regulären und obligatorischen Schulunterrichts sein.<sup>104</sup> Die Pflicht zur Teilnahme am Unterricht findet ohne weiteres eine gesetzliche Grundlage in den Bestimmungen der Schulgesetze.<sup>105</sup> Das Schulobligatorium wird zudem bereits auf Verfassungsebene in Art. 62 Abs. 2 BV festgehalten.<sup>106</sup> Diesem Obligatorium kommt daher grundsätzlich der Vorrang vor der Einhaltung religiöser Vorschriften zu.<sup>107</sup>

## 2. Geordneter und effizienter Schulbetrieb

Ist ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr gewährleistet, so ist die Grenze der Berücksichtigung ein-

zelner Religionsvorschriften erreicht.<sup>108</sup> Das öffentliche Interesse des geregelten Schulbetriebs ist auch im Interesse der Mitschülerinnen und Mitschüler zu beachten.<sup>109</sup>

Im Zusammenhang mit den Dispensationsgesuchen stellen sich verschiedene Fragen in Bezug auf den Schulbetrieb. So sind beispielsweise die Schwierigkeiten für die Schulorganisation umso grösser, je mehr Dispensationsgesuche gestellt werden und je mehr eine Glaubensauffassung von den in der Schweiz traditionell verankerten Bekenntnissen abweicht.<sup>110</sup> Zudem stellen sich auch rein praktische Probleme: Beim Schwimmunterricht scheinen diese noch nicht allzu gross, da sich dieser auf bestimmte Lektionen abschliessend erstreckt. Im Fall des Sexualkundeunterrichts gestaltet sich dies komplizierter: In der deutschsprachigen Schweiz etwa werden sexualkundliche Themen vielfach nicht in einem eigenen Fach behandelt, sondern sind Teil übergeordneter Fachbereiche und werden dort in einem biologischen wie auch in einem breiten lebenskundlichen Kontext behandelt.<sup>111</sup> Das würde bedeuten, dass die vom Sexualkundeunterricht dispensierten Schüler und Schülerinnen das Schulzimmer immer dann verlassen müssten, wenn sexualkundliche Themen angesprochen werden.

## 3. Integration und Sozialisation

Seit dem Entscheid im Jahr 2008 betont das Bundesgericht bei Dispensationsgesuchen die Wichtigkeit der Integration. Damit zeigt die bundesgerichtliche Rechtsprechung indes auch auf, dass die öffentlichen Interessen wandelbar sind. So war in BGE 119 Ia 178 im Jahr 1993 das Thema der Integration kein Argument für die Verweigerung einer Dispensation, denn obwohl sich Angehörige anderer Länder und Kulturen, welche sich in der Schweiz aufhalten, ebenfalls an die hiesige Rechtsordnung zu halten haben, bestehe keine Rechtspflicht, «dass sie darüber hinaus allenfalls ihre Gebräuche und Lebensweisen anzupassen haben»<sup>112</sup>. In nachfolgenden Urteilen, eingeleitet durch BGE 135 I 79, wurde der Aspekt der Integration und Sozialisation zu einem zentralen Thema: «Wer in ein anderes Land emigriert, muss regelmässig gewisse Einschränkungen und Änderungen seiner Lebensgewohnheiten in Kauf nehmen».<sup>113</sup> Spätestens seit der Inkraftsetzung des AuG<sup>114</sup> im Jahre 2008 gehört die Integration zu den staatspolitischen Aufgaben. Der Staat ist also gehalten, die Eingliederung ausländischer Personen aktiv zu fördern und dies ganz besonders bei Kindern und Jugendlichen.<sup>115</sup> Eine Integration in die Gesellschaftsstruktur ist nicht möglich ohne eine Öffnung gegenüber den grundlegenden Werten und Regeln dieser Gesellschaft. Dieser Prozess wird durch den Besuch einer öffentlichen Schule erleichtert.<sup>116</sup>

101 Art. 6 Lanzarote Konvention.

102 Das war nicht immer so, in BGE 119 Ia 178, 195, E. 8b zählte das Bundesgericht den Schwimmunterricht noch zu den verzichtbaren Inhalten.

103 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1.

104 Vgl. z.B. BGE 135 I 79, 89, E. 7.2.

105 BGE 117 Ia 311, 316, E. 3b.

106 Vgl. dazu im Detail BSK BV-HÄNNI, Art. 62 Rz. 24 ff.; EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV Rz. 25 ff.

107 BGE 135 I 79, 89, E. 7.2; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 5.1; 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.3; 2C\_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.4.1; EHRENZELLER (Fn. 31), 218.

108 BGE 119 Ia 178, 192 f., E. 7e; 117 Ia 311, 317 f., E. 4a; 114 Ia 129, 133, E. 3a; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014, E. 5.1. Der geordnete und effiziente Schulbetrieb wird etwa dann gestört, wenn eine Schülerin oder ein Schüler aufgrund einer Dispensation von bestimmten Unterrichtsinhalten, welche nicht in einem Block erteilt werden, das Schulzimmer in unregelmässigen Abständen verlassen muss (vgl. zu dieser Thematik StGH 2012/130 E. 4.2.4).

109 BGE 117 Ia 311, 318, E. 4b.

110 BGE 117 Ia 311, 318, E. 4a.

111 Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 720.

112 BGE 119 Ia 178, 196, E. 8d.

113 BGE 135 I 79, 89, E. 7.2.

114 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

115 Dazu KELLER/BÜRLI (Fn. 47), 102 f., 106 f.

116 Dazu WYTTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 323.

In Bezug auf die Sozialisierung hält das Bundesgericht zudem fest, dass es wichtig sei, dafür zu sorgen, dass die Schülerinnen und Schüler auch soziale Kompetenzen sowie verantwortungsvolles Verhalten gegenüber Mitmenschen erlernen.<sup>117</sup> Zudem solle verhindert werden, dass Kinder aufgrund ihres Glaubens in eine Aussenseiterrolle gedrängt werden, denn es liege nicht im Interesse der Kinder, von ihrer Klasse separiert zu werden.<sup>118</sup> Die Sozialisierungsfunktion kann die Schule gemäss Bundesgericht nur erfüllen, wenn der Unterricht gemeinsam stattfindet.<sup>119</sup> In der Schule lernen die Schülerinnen und Schüler mit anderen Kindern umzugehen, auch wenn diese einen anderen kulturellen oder religiösen Hintergrund haben. So üben sie sich in Toleranz und Zusammenleben und bauen allfällige Ängste gegenüber den für sie nicht vertrauten Kulturen ab.<sup>120</sup>

#### 4. Chancengleichheit und Geschlechtergleichstellung

In verschiedenen Urteilen betont das Bundesgericht auch die Bedeutung der Chancengleichheit der betroffenen Kinder gegenüber den Mitschülerinnen und Mitschülern. Diesbezüglich hält es relativ knapp jeweils fest, dass das Obligatorium des Schulbesuchs der Wahrung der Chancengleichheit aller Kinder diene.<sup>121</sup> Die Wahrung der Chancengleichheit ist durchaus ein gewichtiges öffentliches Interesse, ist es doch die Aufgabe des Staates, die in Art. 2 Abs. 3 BV geforderte möglichst breite Chancengleichheit für die Bevölkerung zu verwirklichen.<sup>122</sup> Ziel der Chancengleichheit ist v.a. die Einräumung gleicher oder vergleichbarer Startbedingungen.<sup>123</sup> Diese können insbesondere durch das Schulwesen vermittelt werden, da Ausbildung und Beruf für die Erreichung der persönlichen Stellung in prägendem Mass verantwortlich sind.<sup>124</sup>

Der Schwimmunterricht hat zwar keine prägende Auswirkung auf die späteren Berufsaussichten, spielt aber im sozialen Leben durchaus eine Rolle. Dies gerade bei Kindern, welche auf einem Schulausflug nicht mit ins Wasser dürfen, weil sie nicht schwimmen können, und dadurch in eine Aussenseiterrolle gedrängt werden. Der Sexualkundeunterricht vermittelt sexualkundliche Themen in einem breiten lebenskundlichen Kontext auch in Bezug auf Normen und Werte im Zusammenleben generell und ist daher für die persönliche und soziale Entwicklung des Kindes von entscheidender Bedeutung.<sup>125</sup>

Auch die Geschlechtergleichstellung ist ein gewichtiges, durch Art. 8 Abs. 3 BV postuliertes öffentliches Interesse, welches insbesondere auch in der Ausbildung zu beachten ist.<sup>126</sup> Diesem Aspekt ist insbesondere dann Beachtung zu schenken, wenn es um Dispensationsgesuche

für Mädchen geht und ein geschlechterspezifisches Motiv hinter dem Gesuch vermutet wird.<sup>127</sup>

#### 5. Prävention

Im Rahmen des Schwimm- und des Sexualkundeunterrichts kommt gesundheitspolizeilichen Interessen ein grosser Stellenwert zu. So geht es beim Schwimmunterricht insbesondere um die Vermeidung von Badeunfällen mit Ertrinkungstod, da gerade viele Wasseraktivitäten (Aquaparks, Thermalbad, Kanufahren, River Rafting, Windsurfing etc.) auch von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden.<sup>128</sup>

Beim Sexualkundeunterricht geht es vor allem um die Prävention von ungewollten Schwangerschaften und Geschlechtskrankheiten.<sup>129</sup> Zusätzlich spielt auch die

117 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.3; 2C\_666/2011 vom 7. März 2012, E. 2.6.4; vgl. auch StGH 2014/39 E. 4.2.3.

118 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1.

119 BGE 135 I 79, 89, E. 7.2.

120 Vgl. dazu StGH 2012/130 E. 3.2.3.

121 Z.B. BGE 135 I 79, 86 f., E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.3.

122 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 Rz. 32.

123 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 Rz. 32.

124 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 Rz. 34.

125 Vgl. in diesem Bereich die detaillierte Auseinandersetzung in StGH 2014/39 E. 4.2.3.

126 Dazu etwa BSK BV-WALDMANN, Art. 8 Rz. 95 ff.; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV Rz. 88 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 7), Rz. 1113 ff.

127 Die Geschlechterthematik wurde beispielsweise in BGE 119 Ia 178 komplett vernachlässigt, obwohl die von den Beschwerdeführern angeführten Verhaltensregeln in grossem Mass Bezug auf die erwartete Rolle der Frau nahmen (vgl. BGE 119 Ia 178, 185 f., E. 4d); vgl. dazu aber auch WYTTENBACH/KÄLIN (Fn. 9), 322 f., die es als verständlich betrachten, dass das Urteil gemischte Gefühle auslöst. Im Endeffekt sei das Urteil aus integrationspolitischen Überlegungen dennoch richtig, da das Mädchen ansonsten vielleicht auf eine Privatschule geschickt worden würde. Zur Rolle der Geschlechtergleichbehandlung in Bezug auf das Tragen eines islamischen Kopftuchs vgl. BGE 142 I 49, 68 f., E. 8.2.3.

128 Vgl. BGE 135 I 79, 86 f., E. 7.1. So sieht beispielsweise der Lehrplan 21 in Bezug auf den Präventionsunterricht vor, dass die Schülerinnen und Schüler eine Situation im, am und auf dem Wasser bezüglich Sicherheit einschätzen und in Gefahrensituationen verantwortungsbewusst handeln können (<http://v-ef.lehrplan.ch> => Bewegung und Sport => Bewegen im Wasser => Sicherheit im Wasser, abgerufen am 16.10.2017).

129 Dazu Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 730 ff.

130 Vgl. Botschaft Schutz vor Sexualisierung (Fn. 14), 719 f.; Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014,

Prävention von sexuellem Missbrauch eine Rolle.<sup>130</sup> Zudem soll generell ein verantwortungsbewusster Umgang mit dem eigenen Körper oder dem Körper von anderen erlernt werden.

## E. Verhältnismässigkeit

### 1. Die Verhältnismässigkeitsprüfung

Gemäss Art. 36 Abs. 3 BV muss ein Grundrechtseingriff verhältnismässig sein, damit er zulässig ist. Ein Eingriff gilt dann als verhältnismässig, wenn er geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeutet dies folgendes: «Allgemein wird unter diesem Gesichtspunkt verlangt, dass die vom Gesetzgeber gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und tauglich ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. zu den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen».<sup>131</sup>

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung bei Dispensationsgesuchen geht es also darum, zu klären, ob die Verweigerung der Dispensation zulässig ist, mitunter also die öffentlichen Interessen (Bildungsauftrag, Schulpflicht, Schulbetrieb, Integration, Sozialisation, Chancengleichheit, Geschlechtergleichstellung und Prävention) die privaten Interessen (elterliches Erziehungsrecht und religiöses Erziehungsrecht) überwiegen. Im Rahmen des vorliegenden Beitrags wird auf den Gesichtspunkt des Kindeswohls in dieser Abwägung fokussiert und keine vollständige Verhältnismässigkeitsprüfung angestrebt.

Das Bundesgericht äussert sich in seiner Verhältnismässigkeitsprüfung oft nicht ausdrücklich zu deren ein-

zelnen Schritten, sondern geht von einer Gesamtsicht aus, in der es eine Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen vornimmt.<sup>132</sup>

### 2. Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen der bundesgerichtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung

In der Abwägung des Bundesgerichts wird das Kindeswohl regelmässig angesprochen. Seine Gewichtung nimmt jedoch nicht in jedem Fall den gleichen Stellenwert ein. Im Entscheid BGE 119 Ia 178 im Jahre 1993 hielt das Bundesgericht in Bezug auf die Zulassung der Dispensation fest, dass den elterlichen Interessen an der religiösen Erziehung der Vorrang gegenüber dem Kindeswohl einzuräumen sei, da keine Gefährdung der Gesundheit, der Ausbildung oder Chancengleichheit erkennbar sei, wenn das Mädchen, welches die Primarschule besuche, nicht am Schwimmunterricht teilnehme.<sup>133</sup> Das Bundesgericht betonte in seiner Entscheidung insbesondere die Gefahr eines Konflikts, der sich ergeben könnte, wenn strenggläubige Anhänger einer Religion ein religiöses Gebot befolgen müssten, das im Widerspruch mit einem staatlichen Gebot stehe, denn darunter könne insbesondere das betroffene Kind leiden.<sup>134</sup> Bereits vor diesem Entscheid hatte das Bundesgericht – im Falle einer generellen Dispensation vom Schulunterricht an Samstagen – die belastenden Auswirkungen des Konflikts zwischen Schule und Familie auf das Kind für unzumutbar erachtet.<sup>135</sup> Die subjektiven Auswirkungen standen bei diesen Überlegungen somit im Vordergrund.

Im Jahre 2008 hielt das Bundesgericht in BGE 135 I 79 hingegen fest, dass das Kindeswohl – im Gegensatz zu 1993 – als vorrangig zu gelten habe, da die KRK am 26. März 1997 für die Schweiz in Kraft getreten sei.<sup>136</sup> Für das Wohl des Kindes sei es unerlässlich, dass dieses mit dem Element Wasser vertraut gemacht werde und schwimmen lerne, insbesondere da immer wieder Kinder und Jugendliche z.B. bei Schulanlässen ertrinken, weil sie nicht schwimmen können.<sup>137</sup> Zudem hielt es fest, dass Integration und Sozialisation von ausserordentlicher Bedeutung seien.<sup>138</sup> In diesem Entscheid argumentierte das Bundesgericht – im Gegensatz zu den früheren Urteilen – ausschliesslich mit der objektiven Dimension des Kindeswohls und ging nicht näher auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ein. In den nachfolgenden Entscheidungen<sup>139</sup> bestätigte das Bundesgericht seine Haltung in Bezug auf die Verweigerung der Dispensation und verwies grundsätzlich auf die in BGE 135 I 79 angebrachten Überlegungen und Gründe. Auch in diesen nachfolgenden Entscheiden ging das Gericht nur vereinzelt auf individuelle Umstände des

---

E. 5.4. Vgl. besonders detailliert auch StGH 2014/39 E. 4.2.3; SCHMAHL (Fn. 24), Art. 28/29 Rz. 15 m.w.H. Beachte auch die Lanzarote Konvention.

131 BGE 117 Ia 472, 483, E. 3g.

132 So etwa in BGE 119 Ia 178, 194, E. 8a.

133 BGE 119 Ia 178, 194 f., E. 8a. Vernachlässigt wurde in diesem Fall jedoch die Frage nach der Geschlechtergleichstellung.

134 BGE 119 Ia 178, 194 f., E. 8a.

135 BGE 117 Ia 311, 321, E. 5c.

136 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1.

137 BGE 135 I 79, 87, E. 7.1.

138 BGE 135 I 79, 86 ff., E. 7.

139 Urteil des BGer 2C\_132/2014 vom 15. November 2014; 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013; 2C\_666/2011 vom 7. März 2012.

Einzelfalls ein oder griff solche auf, um sie zu objektivieren<sup>140</sup>.

## V. Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche

### A. Ausgangslage

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass das Kindeswohl eine *objektive Dimension* beinhaltet, wonach dieses im Sinne eines programmatischen Optimierungsgebotes gestützt auf Art. 11 BV und Art. 3 KRK als Entscheidungsmaßstab zu verwenden ist. Gleichzeitig enthält das Kindeswohl auch eine *subjektive Dimension*, wonach bei der Bewertung einer Massnahme, welche ein Kind betrifft, die konkreten Umstände des Einzelfalls zu beachten sind. Wird in der Abwägung zwischen elterlichen Erziehungsrechten und staatlichem Bildungsauftrag ausgeführt, dass der staatliche Bildungsauftrag der Verwirklichung des Kindeswohls diene, wird zwar die objektive Dimension des Kindeswohls abgesichert, die subjektive Dimension aber vernachlässigt, da diese in bestimmten Fällen eben gerade nicht der objektiven Dimension entsprechen muss. Genauso bedeutsam wie die Erfüllung des Bildungsauftrags, die damit verbundenen weiteren öffentlichen Interessen (z.B. die Sozialisierungs- und Integrationsfunktion der Schule) sowie die elterlichen Rechte darauf, ihre Kinder gemäss ihren persönlichen Wertvorstellungen zu erziehen, sind die konkreten Auswirkungen der Situation auf das individuell betroffene Kind. Infolgedessen wird vorliegend Folgendes vorgeschlagen: Das Kind und sein Wohl sind im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung als eigenständige Rechtsposition zu behandeln und nicht nur um Rahmen der öffentlichen Interessen in seiner objektiven Dimension zu beachten.

Ausgangspunkt der Güterabwägung ist damit die Rechts- und Interessensposition des betroffenen Kindes und nicht diejenige der Erziehungsberechtigten oder des Staates.<sup>141</sup> Dabei gilt, dass das Interesse des Kindes nicht unter allen Umständen Vorrang beanspruchen kann, sondern in begründeter Art und Weise im Rahmen der Ermessensabwägung einzubeziehen ist.<sup>142</sup>

Betrachtet man aber die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>143</sup> zu den Dispensationsgesuchen, so entsteht der Eindruck, dass dieselbe Lösung für alle Dispensationsgesuche von bestimmten Unterrichtsteilen gelten müsse.<sup>144</sup> Die Haltung des Bundesgerichts, welche die öffentlichen Interessen am Bildungsauftrag und an der Integration sehr hoch gewichtet, aber damit nur die objektive Dimension des Kindeswohls beachtet, ist als kritisch einzustu-

fen. Es ist nicht sachgerecht, das Kindeswohl in jedem Fall mit den öffentlichen Interessen gleichzusetzen. Jeder Einzelfall ist gesondert zu betrachten und es ist auch nicht die Aufgabe des Bundesgerichts, eine «Musterlösung» für Dispensationsfälle zu kreieren, welche von den unteren Instanzen und Schulbehörden in jedem Fall gemäss einer Anleitung angewendet werden kann. Es ist die Aufgabe des Bundesgerichts, die Einzelfallgerechtigkeit zu wahren, ein schematisches Vorgehen ist daher unbedingt zu vermeiden. Zudem ist zu betonen, dass der Wegfall der Einzelfallgerechtigkeit unter Berücksichtigung der KRK sowie Art. 11 BV keinesfalls zulässig ist.

Da viele Dispensationsgesuche von muslimischen Glaubensangehörigen gestellt werden, besteht zusätzlich die Gefahr, dass die Dispensationsthematik und die diesbezügliche Strenge in punkto Integration bzw. Verweigerung von Dispensationen als grundsätzlicher «Konflikt mit dem Islam» beurteilt wird – auch wenn dies klarerweise nicht der Fall ist. Trotzdem verdeutlicht auch dieser Umstand die Bedeutung der Einzelfallabwägung.

### B. Seitenblick: Zum Ansatz des liechtensteinischen Staatsgerichtshofs

Einem Ansatz der ausgeprägten Einzelfallgerechtigkeit in Dispensationsgesuchen folgt etwa der Staatsgerichtshof Liechtenstein.<sup>145</sup> Er hat im Entscheid StGH 2012/130 vom 29. Oktober 2012 die Dispensation vom Schwimmunterricht zugelassen, da die Beschwerdeführer, welche der Christlich Palmarianischen Kirche angehören, vorbrachten, dass ihnen bei der Teilnahme am schulischen Schwimmunterricht die Exkommunikation aus der Religionsgemeinschaft drohe. Die damit verbundene *erhebliche Belastung*, die strikten Gebote der Religion nicht erfüllen zu können und sich der Drohung der Exkommunikation ausgesetzt zu sehen, qualifizierte das Gericht als

<sup>140</sup> So etwa in Urteil des BGer 2C\_1079/2012 vom 11. April 2013, E. 3.5.1: «Dass es ein Mädchen mit dem Erreichen der Geschlechtsreife allenfalls bevorzugen würde, von einer Frau unterrichtet zu werden, mag zutreffen, doch erscheint dieser Wunsch nicht ausschliesslich religiös motiviert, sondern auch als Ausdruck des persönlichen Entwicklungsstandes, welcher unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Glaubensgemeinschaft besteht».

<sup>141</sup> So auch WYTTEBACH/KÄLIN (Fn. 9), 322.

<sup>142</sup> SCHMAHL (Fn. 24), Art. 3 Rz. 7 m.w.H.

<sup>143</sup> Vgl. vorne, Kap. IV. E. 2.

<sup>144</sup> Diese Befürchtung äusserten bereits KELLER/BÜRLI (Fn. 47), 102 f., 108 im Jahre 2009 nach der Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie später auch KÜHLER/HAFNER (Fn. 42), 916.

<sup>145</sup> Dies wird in StGH 2012/130 E. 3.2.4. explizit erwähnt.

unzumutbar für die Beschwerdeführer.<sup>146</sup> Der Staatsgerichtshof sah in diesem Falle bei einer Verweigerung des Dispensationsgesuchs das Kindeswohl in Gefahr, da ein unauflösbarer Gewissens- und Loyalitätskonflikt für das Kind bestehe.<sup>147</sup>

Anders entschied der Staatsgerichtshof im Entscheid StGH 2014/39 vom 1. Juli 2014 in Bezug auf die Dispensation vom Sexualkundeunterricht. Hier hielt das Gericht unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls fest, dass sich gewisse Lernziele nur in einer sozialen Gemeinschaft von Gleichaltrigen vermitteln lassen.<sup>148</sup> Zudem sei dem betroffenen Kind eine Teilnahme am Sexualkundeunterricht nicht absolut verboten (im Gegensatz zum Schwimmunterricht), so dass die Widerhandlung mit einem geringeren Loyalitätskonflikt verbunden sei, da keine Exkommunikation drohe.<sup>149</sup> Als besonders wichtig für das Kindeswohl betonte das Gericht zudem, dass der Sexualkundeunterricht breite Bereiche des menschlichen Lebens und damit auch der Persönlichkeitsentwicklung erfasse.<sup>150</sup> Der Staatsgerichtshof sah in diesem Falle das Kindeswohl bei einer Zulassung der Dispensation in Gefahr, wenn dem Kind die Erfahrungen in Bezug auf die Lernziele, welche nur in einer sozialen Gemeinschaft von

Gleichaltrigen vermittelt und erreicht werden können, vorenthalten werden.<sup>151</sup>

Die Rechtsprechung des StGH legt den Fokus der Abwägung auf die konkreten Auswirkungen der Verweigerung des Dispensationsgesuchs auf den Lebensalltag aller Betroffenen sowie die mit dem Entscheid verbundenen Konsequenzen für diese. Der Gerichtshof argumentiert mit den *konkreten Umständen*, um die bestmögliche Lösung für das direkt betroffene Kind zu finden. Die vorhandenen öffentlichen Interessen werden zudem entsprechend ihrer konkreten Bedeutung für die vorliegende Situation gewertet und nicht nur in einer verallgemeinerten, objektiven Weise beachtet.<sup>152</sup>

### C. Konsequenzen

Vergleicht man die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs Liechtenstein in Bezug auf Dispensationsgesuche von Unterrichtsteilen mit derjenigen des Bundesgerichts, fällt auf, dass sich der Staatsgerichtshof intensiver mit den konkreten Umständen des Einzelfalls befasst und diese Umstände wie auch die vorliegenden öffentlichen Interessen situationsbezogen auswertet. Dies führt denn auch dazu, dass in vermeintlich gleichgelagerten Abwägungsfragen gewisse Aspekte eine andere Gewichtung erhalten und schlussendlich zu einem anderen Ergebnis führen. Die Herangehensweise des Staatsgerichtshofs Liechtenstein ist in Bezug auf die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls in seiner gesamtheitlichen Dimension überzeugend.

Auch das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung grundsätzlich fest, dass bei der Feststellung des Kindeswohls *alle konkreten Umstände* zu beachten sind und nach der für *das Kind bestmöglichen Lösung* zu suchen ist.<sup>153</sup> Die Ausgangslage ist somit in der Schweiz die gleiche wie in Liechtenstein. Auch hat sich das Bundesgericht in seinen frühen Entscheiden bei Dispensationsgesuchen<sup>154</sup> jeweils mit den konkreten Umständen und den Auswirkungen des Entscheides auf das betroffene Kind auseinandergesetzt. Auch bedeutet die Praxisänderung von 2008 nicht, dass in der Verhältnismässigkeitsprüfung auf die Einzelfallabwägung verzichtet werden soll. Viel mehr bedeutet dies, dass das Kindeswohl seit Inkrafttreten der KRK (sowie durch die Einführung des Art. 11 BV) bei der Abwägung als *vorrangiges* Kriterium einzubeziehen ist und der objektiven Dimension des Kindeswohls i.S. des programmatischen Optimierungsgebotes besondere Beachtung zu schenken ist – womit mitunter ein zusätzliches öffentliches Interesse in die Abwägung einfließt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist denn auch nicht in ihrem Ergebnis zu kritisieren, wohl aber in Bezug auf die Vorgehensweise bei der Abwägung. Das staatliche

146 StGH 2012/130 E. 3.2.4: «Der mit der Grundrechtseinschränkung angestrebte Zweck – nämlich die Sozialisierung und Integration der Kinder der Beschwerdeführer im Rahmen des Schwimmunterrichts – ist nicht derart gewichtig, als dass sich dadurch die aufgezwungene psychische Belastung und das seelische Dilemma der Kinder im Falle eines Zwangs zur Teilnahme am Schwimmunterricht rechtfertigen liess.»

147 StGH 2012/130 E. 3.2.4; vgl. zum Loyalitätskonflikt auch WYTENBACH/KALIN (Fn. 9), 322; TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (Fn. 5), KELLER/BÜRLI (Fn. 47), 106.

148 StGH 2014/39 E. 4.2.4.

149 StGH 2014/39 E. 4.2.4.

150 StGH 2014/39 E. 4.2.3: «Der Sexualkundeunterricht als Teil des Fachbereiches Mensch und Umwelt leistet durch die Erörterung von Themen, welche die eigene Entwicklung wie auch die Beziehung untereinander betreffen, einen wesentlichen Beitrag zur Erfüllung des Bildungsauftrages. Sexualkundeunterricht ist deshalb für die persönliche und soziale Entwicklung des Kindes in der heutigen Gesellschaft erforderlich, ebenso wie für ein von Achtung und Toleranz geprägtes Zusammenleben». Vgl. dazu auch EHRENZELLER (Fn. 31), 215 f.

151 StGH 2014/39 E. 4.2.4.

152 So wird etwa zwischen den Auswirkungen auf den Schulbetrieb unterschieden (StGH 2014/39 E. 4.2.4) und die Fragen der Integration differenziert behandelt, da es sich nicht um eine Familie mit Migrationshintergrund handelte (StGH 2012/130 E. 3.2.4).

153 BGE 129 III 250, 255 E. 3.4.2.

154 Vgl. BGE 119 Ia 178, 194 f., E. 8, insb. 8a; ferner BGE 117 Ia 311, 318, E. 4a; 114 Ia 129, 137 f., E. 5b.

Bildungs- und Erziehungskonzept, das sich am verfassungsrechtlichen Auftrag der Geschlechtergleichstellung, der Chancengleichheit, dem Schulobligatorium mit zugehörigem Bildungsauftrag und effizientem und geordnetem Schulbetrieb wie auch am gesetzlich verankerten Integrationsauftrag der Schule orientiert, betrifft in offensichtlicher Weise verschiedene gewichtige öffentliche Interessen, die einer Dispensation entgegenstehen. Gleichzeitig kollidiert dieses Erziehungs- und Bildungskonzept mit den religiösen oder weltanschaulichen Vorstellungen der Betroffenen. Auch diese Beweggründe verdienen eine angemessene Würdigung und insbesondere gebietet der Vorrang des Kindeswohls eine angemessene Abwägung und einen konkreten Einbezug der individuellen Auswirkungen des Entscheids im Einzelfall: Droht einem Kind beispielsweise bei der Teilnahme am Schwimmunterricht die Exkommunikation und damit der Ausschluss aus der Glaubensgemeinschaft,<sup>155</sup> welcher die Erziehungsberechtigten und damit das familiäre Umfeld des Kindes angehören, so hat dies für das Kind weitreichende Auswirkungen und bewirkt einen enormen Loyalitätskonflikt. Anders liegt der Fall beispielsweise dann, wenn dem Kind eine Teilnahme an einem Schwimmunterricht grundsätzlich gestattet ist, aber die Form der Erteilung (z.B. beim gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht auf Primarstufe) nicht den religiösen Vorstellungen entspricht. Die Auswirkungen auf das Kind, wenn es dennoch an diesem Schwimmunterricht teilnehmen muss, sind erheblich geringer als bei einem absoluten Schwimmverbot und drohender Exkommunikation. Diese fallbezogenen Unterschiede müssen bei der Abwägung beachtet werden und können dazu führen, dass je nach den konkreten Umständen eine andere Beurteilung i.S. einer anderen Gewichtung der verschiedenen vorhandenen Interessen vorzunehmen ist.

## VI. Fazit

Aus dem Erarbeiteten ergibt sich, dass das Bundesgericht seit seiner Praxisänderung im Jahr 2008 im Rahmen der Beurteilung schulischer Dispensationsgesuche für konkrete Unterrichtsinhalte die subjektive Dimension des Kindeswohls vernachlässigt. Stattdessen setzt das Bundesgericht die Interessen des Kindes mit den öffentlichen Interessen an Bildungsauftrag, Integration, Sozialisation und Schulobligatorium gleich. Durch diese öffentlichen Interessen wird denn regelmässig auch die objektive Dimension des Kindeswohls abgedeckt. Der subjektiven Dimension des Kindeswohls ist aber im Rahmen der Abwägung entsprechend Rechnung zu tragen, damit der

Entscheid der gesamtheitlichen Dimension des Kindeswohls im Einzelfall gerecht wird und den konkreten Umständen gebührend Rechnung trägt.

Diesem Ansatz ist der Staatsgerichtshof Liechtenstein in den Entscheiden StGH 2012/130 und StGH 2014/39 konsequent gefolgt. Dies überzeugt als ausgewogene und angemessene Rechtsprechung.

Es wäre daher begrüssenswert, wenn das Bundesgericht wieder vermehrt auf die subjektiven Auswirkungen im Einzelfall fokussieren und nicht eine Anleitung für untergeordnete Instanzen zur Behandlung sämtlicher Dispensationsgesuche erstellen würde. Schliesslich ist es die Aufgabe des Bundesgerichts, im Rahmen der Einzelfallgerechtigkeit ein an die konkreten Umstände angepasstes Urteil zu fällen und gemäss diesen qualifiziert zu differenzieren.

---

<sup>155</sup> Wie z.B. in StGH 2012/130.