

gleichen Reifegrad erreicht haben. Andererseits zeigt die Umfrage, dass in einer Mehrheit der Kantone und Gemeinden noch ein erhebliches Entwicklungspotenzial im Bereich des Risikomanagements besteht. Insbesondere haben die meisten Kantone und Gemeinden kein integriertes Risikomanagement, das die gesamte Risikoexposition der Verwaltung bzw. des Gemeinwesens zu erfassen versucht. Über die Gründe hierfür gibt die Umfrage jedoch keine Auskunft.

## 5. Schlusswort

Risikomanagement ist in der öffentlichen Verwaltung zwar noch nicht Standard, aber auch keine exotische Erscheinung mehr. Dies zeigt nicht nur das Ergebnis der vorliegenden Umfrage, sondern auch die Zunahme wissenschaftlicher Literatur zum Risikomanagement im öffentlichen Bereich<sup>71</sup>. Auch die Beratungsbranche hält inzwischen Angebote für das Risikomanagement in der öffentlichen Verwaltung bereit<sup>72</sup>. Allerdings bleibt die Frage, ob die Risiken der öffentlichen Hand ein ausgebautes Risikomanagement, das ja immer auch mit Kosten verbunden ist, rechtfertigen. Die Frage kann hier nicht geklärt werden. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Existenz eines Risikomanagement-Systems das Rating eines Unternehmens und damit dessen Kapitalkosten positiv beeinflusst<sup>73</sup>. Dasselbe dürfte für das Rating von öffentlichen Gemeinwesen zutreffen<sup>74</sup>.

Einen Entwicklungsschub für das Risikomanagement der öffentlichen Verwaltung könnte die Weiterentwicklung des Harmonisierten Rechnungsmodells, das HRM2<sup>75</sup>, mit sich

<sup>71</sup> Neben dem mehrfach zitierten Sammelband von SCHOLZ/SCHULER/SCHWINTOWSKI (FN 10) sind hier etwa auch PFNÜR/SCHETTER/SCHÖBENER (FN 37) sowie N. HÄRTSCH/R. MÜLLER, Risk Management an Hochschulen, Ein Praxishandbuch für Universitäten, Fachhochschulen und weitere Bildungsinstitutionen, Zürich/St.Gallen 2009, zu erwähnen.

<sup>72</sup> Vgl. z.B. [http://www.zurich.ch/site/pool/fkmu.Par.0049.LangItems.de.File.tmp/Risikomanagement\\_d.pdf](http://www.zurich.ch/site/pool/fkmu.Par.0049.LangItems.de.File.tmp/Risikomanagement_d.pdf).

<sup>73</sup> MERBECKS/STEGEMANN/FROMMEYER (FN 53), 38.

<sup>74</sup> Bei der aktuellen Zinssituation sind die Auswirkungen allerdings bescheiden. Zum Beispiel würde für den Kanton St.Gallen eine Verbesserung des Ratings von AA+ zu AAA bei der aktuellen Finanzmarktlage nach Einschätzung des Amtes für Vermögensverwaltung einen Unterschied von weniger als 0.1 % ausmachen.

<sup>75</sup> HRM2 ist das «Harmonisierte Rechnungsmodell» des Öffentlichen Sektors. Es wurde von der kantonalen Finanzdirektorenkonferenz in die Vernehmlassung bei den Kantonen geschickt. Eine Verbreitung von HRM2 wird in den kommenden Jahren erwartet. In den dazugehörigen Fachempfehlungen werden nähere Angaben gemacht, so zum Beispiel in der Fachempfehlung Nr. 1, Elemente des Rechnungsmodells. Der Anhang enthält «weitere Angaben, die für die Beurteilung der Finanz-, Vermögens- und Ertragslage sowie der Risikosituation wichtig sind.» oder in Nr. 16 Anhang zur Jahresrechnung: Der Anhang zur Jahresrechnung enthält «zusätzliche Angaben, die für die

bringen<sup>76</sup>. Es wird allerdings noch einige Zeit dauern, bis Risikomanagement in der öffentlichen Verwaltung überall als wertschöpfendes Führungsinstrument und laufende Aufgabe der Leitung wahrgenommen wird und Risikomanagement-Systeme flächendeckend eingerichtet und betrieben werden. Eine angemessene Risikokultur stellt sich nicht über Nacht ein, sie entsteht vielmehr in einem längeren Prozess, der aktiv von der Leitung getragen werden muss und ein Risikobewusstsein auf allen Hierarchiestufen voraussetzt. Wir konnten aus unserer Umfrage erkennen, dass die ersten Schritte überall eingeleitet sind, aber grosse Unterschiede bezüglich des Reifegrads bestehen.

*Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der finanziellen Risiken von Bedeutung sind (Leasingverträge, Verzeichnis der Verpflichtungskredite, usw.)».*

<sup>76</sup> Diese Vermutung äusserten allerdings auch schon BENZI/STERCHI (FN 37), 47, vor rund zehn Jahren.

L'article examine si les administrations publiques pratiquent la gestion des risques. On entend par risque le danger d'écart par rapport aux objectifs de performance. Cette définition démontre que l'activité administrative est, elle aussi, exposée à des risques.

Les risques rattachés au secteur public présentent toutefois certaines particularités. L'activité étatique est soumise à des objectifs conflictuels. Un écart par rapport à certains objectifs est donc inhérent au système. Par ailleurs, les effets liés aux risques qui n'ont pas une portée financière ont une grande importance, l'Etat ne cherchant pas à faire du profit. Enfin, l'Etat dispose d'une capacité à supporter les risques quasiment illimitée car il peut lui-même fixer ses recettes. Malgré ces particularités, les méthodes de gestion des risques développées pour l'économie privée peuvent en principe aussi être appliquées au secteur public.

Une enquête par questionnaires menée auprès de tous les cantons et auprès des dix plus grandes communes germanophones de Suisse a permis d'établir que la plupart des cantons et communes sondés pratiquaient une gestion des risques dans certains secteurs de leur administration. Six cantons présentent même des éléments de gestion intégrée des risques. L'enquête démontre toutefois qu'il existe encore, dans la majorité des cantons et communes, un important potentiel de développement.

(trad. LT LAWYANK, Berne)

# Schuld dispensationen zwischen Religionsfreiheit und «bürgerlichen Pflichten»

## Verfassungsrechtliche Kriterien für die Beurteilung religiös bedingter Schuld dispensationen im Licht der bundesgerichtlichen Praxis



ANNE KÜHLER  
Dr. iur., LL.M., Basel/Bern



FELIX HAFNER  
Prof. Dr. iur., Ordinarius für  
Öffentliches Recht an der  
Universität Basel

Unvereinbarkeit des Lehrinhalts bzw. der Ausgestaltung des Unterrichts mit deren Glaubensvorstellungen<sup>2</sup>. Es ist heute unbestritten, dass die Verweigerung einer religiös begründeten Dispensation vom Schulunterricht einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV bedeutet, wird einem Gesuchsteller doch dadurch verunmöglicht, seinen Glaubensregeln nachzuleben<sup>3</sup>. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt nebst der inneren Freiheit grundsätzlich auch die äussere Freiheit, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu äussern und zu praktizieren<sup>4</sup>. Dazu gehört gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur das Recht, kultische Handlungen vorzunehmen und religiöse Gebräuche zu beachten, sondern auch die Freiheit des Einzelnen, grundsätzlich sein Verhalten nach den Lehren des Glaubens auszurichten und seinen inneren Glaubensüber-

### Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Religionsfreiheit vs. bürgerliche Pflichten im Kontext religiös bedingter Schuld dispensationen: die Praxis des Bundesgerichts
  - a. BGE 66 I 157
  - b. BGE 114 Ia 129
  - c. BGE 117 Ia 311
  - d. BGE 119 Ia 178
  - e. BGE 134 I 114
  - f. BGE 135 I 79
  - g. Zwischenergebnis
3. Berührte Interessen und Kriterien für die Abwägung
  - a. Betroffene Gehalte der Religionsfreiheit und Vorbemerkung zur Interessenabwägung
  - b. Ausbildungsziele der öffentlichen Schule
  - c. Kindeswohl
  - d. Rechte der anderen Schülerinnen und Schüler
  - e. Integration
  - f. Insbesondere zum «Vorrang bürgerlicher Pflichten»
    - a. Die Problematik der Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV
    - b. «Vorrang staatlichen Rechts» im Zusammenhang mit der Schulpflicht
  - g. Fazit

### 1. Einleitung

Religiöse Vorschriften können mit der in der Verfassung verankerten Schulpflicht<sup>1</sup> kollidieren, sei es aufgrund von inhaltlichen Überschneidungen religiöser Aktivitäten mit schulischen Verpflichtungen der Kinder, sei es wegen der

<sup>1</sup> Vgl. Art. 62 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101).

<sup>2</sup> Im folgenden Aufsatz steht die Dispensation von schulischen Verpflichtungen im Zentrum, die, anders als beispielsweise der Religionsunterricht, inhaltlich keinen direkten Bezug zu religiösen Überzeugungen haben. Zur Dispensation vom Religionsunterricht und zu Art. 15 Abs. 4 BV vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 273; FELIX HAFNER/ADRIAN LORÉTAN/ALEXANDRA SCHWANK, Gesamtschweizerische Rahmenbedingungen des Religionsunterrichts, in: Helga Kohler-Spiegel/Adrian Lorétan (Hrsg.), Religionsunterricht an der öffentlichen Schule, Zürich 2000, 59 ff. Siehe dazu auch das Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 1993 in: ZBI 1993, 219 ff.

<sup>3</sup> Siehe etwa BGE 135 I 79 E. 4.6, 84; 119 Ia 178 E. 4.e, 186 f. Vgl. hierzu REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 271 f. und 279 f.; MÜLLER/SCHNEIDER (FN 2), 261, 266 f. und 274 f.; HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität, recht 2009, 103 ff.; CHRISTIAN R. TAPPENBECK/RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, AJP/PJA 2007, 1408 ff.; JUDITH WYTENBACH/WALTER KÄLIN, Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP/PJA 2005, 315 ff.; HAFNER/LORÉTAN/SCHWANK (FN 2), 68. Siehe zum Konzept des Grundrechtseingriffs MARKUS SCHEFER, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, § 208, Rz. 29 ff. m.w.H.

<sup>4</sup> MÜLLER/SCHNEIDER (FN 2), 261; YVO HANGARTNER, Religionsfreiheit, AJP/PJA 2010, 442 ff.; FELIX HAFNER, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Georg Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 5 ff.; KONRAD SAHLFELD, Aspekte der Religionsfreiheit im Lichte der Rechtsprechung der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und nationaler Gerichte, Diss. Luzern 2003, Zürich 2004, 129 ff.; PETER KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 1987, Zürich 1988, 226 ff.

zeugungen gemäss zu handeln<sup>5</sup>. Darunter fällt auch die Befolgung von Bekleidungs- und anderen Verhaltensvorschriften, welche Ausdruck der Glaubensüberzeugung sind<sup>6</sup>.

Das Thema der religiös bedingten Schuldspensationen hat jüngst insbesondere anlässlich der Debatte über die Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht zu heftigen öffentlichen Kontroversen geführt. Das staatliche Erziehungs- und Bildungskonzept, das sich am verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Auftrag der Geschlechtergleichstellung und dem gesetzlich verankerten Integrationsauftrag der Schule orientiert, kollidiert in dieser Situation mit den religiösen Vorstellungen der Geschlechterseparation, wie sie namentlich von gewissen islamischen Denominationen vertreten werden. Das Bundesgericht gewichtete die tangierten Interessen im bekannten zweiten Schwimmunterrichts-Entscheid aus dem Jahr 2008 denn auch mit Blick auf die Integrationspflicht von Muslimen anders<sup>7</sup>. Die öffentliche Kontroverse wurde nicht zuletzt deshalb geschürt, weil die Medien diese Frage als Teil der aktuellen, diffusen Debatte über den Islam verhandelten<sup>8</sup>. Zu Recht wird in der Literatur aber immer wieder betont, dass die Schule bei der Dispensationsproblematik nicht grundsätzlich in Konflikt mit «dem Islam» gerät, sondern, je nach Festlegung der zentralen Bildungsinhalte, mit den Strenggläubigen unterschiedlichster religiöser Erkenntnisse.

Im folgenden Aufsatz soll das verfassungsrechtliche Regime für die Beurteilung von religiös bedingten Schuldspensationen nachgezeichnet, analysiert und gewürdigt werden. Dabei wird insbesondere auch das Konzept des Vorrangs bürgerlicher Pflichten im Licht der grundlegenden Frage nach dem Vorrang staatlichen Rechts untersucht.

## 2. Religionsfreiheit vs. bürgerliche Pflichten im Kontext religiös bedingter Schuldspensationen: die Praxis des Bundesgerichts

### a. BGE 66 I 157

Die Praxis des Bundesgerichts zu den religiös bedingten Schuldspensationen orientierte sich unter der Bundesverfas-

<sup>5</sup> BGE 135 I 79 E. 5.1, 84 f.; 123 I 296 E. 2.b/aa, 300; 119 Ia 178 E. 4.c, 184.

<sup>6</sup> Der Staat hat dabei von der Bedeutung auszugehen, die der Gläubige selber der Glaubensregel beimisst (vgl. BGE 135 I 79 E. 4.4, 83 f.).

<sup>7</sup> BGE 135 I 79. Vgl. die Besprechung von AXEL TSCHENTSCHER in ZBJV 2009, 748 f.

<sup>8</sup> LILO ROOST VISCHER bezeichnet das Thema deshalb als medial ausgefochtenen «Stellvertreterkampf». Vgl. LILO ROOST VISCHER, Alle Kinder sollen schwimmen lernen, Anmerkungen zum Spannungsfeld schulischer Schwimmunterricht, in: Christoph Merian Stiftung (Hrsg.), Basler Stadtbuch 2010, Basel 2011, 127.

sung von 1874 am Konzept des «Vorbehalts der bürgerlichen Pflichten»<sup>9</sup>. Art. 49 der Bundesverfassung von 1874 (aBV) garantierte im ersten Absatz die Glaubens- und Gewissensfreiheit, hielt aber im fünften Absatz fest: «Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten.» Dieser Vorbehalt war auch das ausschlaggebende Argument in BGE 66 I 157.

Das Bundesgericht hatte die Beschwerde eines Adventisten zu beurteilen, welcher vorbrachte, seine Tochter sei vom Schulbesuch am Samstag zu befreien, da die Familie den Sabbat als von Gott eingesetzten Ruhetag feiern würde. Es hielt fest, dass der obligatorische Schulbesuch – und somit auch der Schulbesuch am Samstag – eine bürgerliche Pflicht sei. Eine solche könne gemäss Art. 49 Abs. 5 der Bundesverfassung nicht durch Berufung auf eine religiöse Anschauung umgangen werden<sup>10</sup>. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

### b. BGE 114 Ia 129

In BGE 114 Ia 129 prüfte das Bundesgericht erstmals eingehend die Zulässigkeit des mit der Ablehnung des Dispensationsgesuchs verbundenen Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit eines Beschwerdeführers.

Ein Anhänger der Weltweiten Kirche Gottes hatte das Gesuch gestellt, seine siebenjährige Tochter vom Besuch der Primarschule am Samstag und für fünf Tage während des Laubhüttenfestes zu dispensieren. Die Primarschulpflege hatte die Dispensation vom Schulbesuch nur teilweise bewilligt. Die dagegen erhobenen Rekurse wurden abgewiesen. Das Bundesgericht führte aus, diese Dispensationsgewährung nütze dem Beschwerdeführer praktisch nichts, da sie es ihm nicht erlaube, mit seiner Tochter dem religiösen Gebot

<sup>9</sup> Der bis zur Revision des Verfahrensrechts im Jahr 1893 für Beschwerden wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit allein zuständige Bundesrat verfolgte eine restriktive Praxis und räumte dem Schulobligatorium den apriorischen Vorrang vor individuellen Glaubensgeboten ein. Vgl. bezüglich Konflikten zwischen dem allgemeinen Schulobligatorium und religiösen Feiertagen etwa den Bundesbeschluss vom 8. Dezember 1874 in Sachen *Guggenheim* betreffend den Schulbesuch am Sabbat. Der Bundesrat wies im Jahre 1881 auch das Gesuch um Dispensation vom Schulbesuch an einem katholischen Feiertag ab (Bundesratsbeschluss vom 3. Juni 1881 in Sachen *Chappuis*). Vgl. auch den Bundesratsbeschluss vom 22. Januar 1895 in Sachen *Meyrat* betreffend das Gesuch um Befreiung vom Schulbesuch am Samstag für Adventisten sowie VEB 7/1933 N 14 und N 26.

<sup>10</sup> BGE 66 I 157 E. 1, 157 f. Das Argument, dass die Adventisten im Militärdienst am Samstag frei bekämen, half dem Beschwerdeführer nicht. Darin komme – so das Gericht – nur zum Ausdruck, dass diese Rücksichtnahme auf die religiöse Überzeugung als mit der Erfüllung der Militärdienstpflicht vereinbar angesehen werde. Es folge daraus nicht, dass die Befreiung vom Militärdienst an Samstagen aus verfassungsrechtlichen Gründen anzuordnen sei.

nachzuleben, das Laubhüttenfest an allen acht Tagen in der Gemeinschaft zu feiern<sup>11</sup>. Die Verweigerung der Dispensation vom Unterricht für einen Schultag stelle die Einhaltung des Festes als Ganzes in Frage, was die Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit des Beschwerdeführers schwer beeinträchtigte. Das Gericht wies insbesondere auf die Situation der Tochter hin, welche durch die Auseinandersetzung mit den Schulbehörden «stark betroffen und unweigerlich in den Konflikt zwischen Schule und Elternhaus mit einbezogen» werde. Die staatsrechtliche Beschwerde wurde gutgeheissen.

### c. BGE 117 Ia 311

Auch in BGE 117 Ia 311 hatte das Bundesgericht eine Beschwerde der Anhänger der Weltweiten Kirche Gottes zu beurteilen. Die Beschwerdeführer hatten bei der Kantonschule Glarus eine generelle Dispensation ihres Sohnes vom Schulunterricht an Samstagen beantragt und sich dabei auf die Glaubensgebote der Weltweiten Kirche Gottes berufen, welche ihre Anhänger anweise, sich an Samstagen weltlicher Betätigung zu enthalten.

Das Bundesgericht hatte sich in diesem Fall, anders als in BGE 114 Ia 129, mit einer kantonalen Regelung zu befassen, die kaum Dispensationsmöglichkeiten vorsah und auf die religiös bedingten Anliegen der Schüler und Eltern nicht einging. Das Gericht führte indessen an, dass unabhängig von der jeweiligen kantonalen Regelung am Vorrang bürgerlicher Pflichten nicht absolut festgehalten werden könne, weshalb es sich veranlasst sah, seine Rechtsprechung zu Art. 49 Abs. 5 aBV zu präzisieren<sup>12</sup>. Der in dieser Bestimmung statuierte Vorrang von Bürgerpflichten entbinde nicht davon, diese Bürgerpflichten verfassungsmässig auszugestalten. Die Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit setze vielmehr eine gesetzliche Grundlage sowie die Wahrung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit voraus. Das Gericht beurteilte den Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht zuletzt wegen der Gefahr eines Gewissenskonflikts und aufgrund der belastenden Auswirkungen eines Konflikts zwischen Schule und Familie auf das Kind als unzumutbar und damit als unverhältnismässig<sup>13</sup>.

BGE 114 Ia 129 E. 5.a, 137. Die Behörde hatte zwar die Dispensation vom Schulbesuch am Samstag gewährt, jedoch nicht mehr als vier zusammenhängende schulfreie Tage für das Laubhüttenfest bewilligt, was der Dispensationspraxis für die – diesbezüglich meistbegünstigten – Angehörigen der jüdischen Religion entsprach.

BGE 117 Ia 311 E. 2.b, 315.

BGE 117 Ia 311 E. 5.c, 321. Das Gericht bemängelte insbesondere, dass die Vorinstanz die erforderliche Verhältnismässigkeitsprüfung gar nicht erst vorgenommen hatte.

### d. BGE 119 Ia 178

Das Bundesgericht hatte in diesem Fall zu beurteilen, ob die Verweigerung eines Dispenses vom Schwimmunterricht zulässig sei.

Die Eltern einer neunjährigen muslimischen Schülerin hatten geltend gemacht, dass die Verweigerung der Dispensation vom Schwimmunterricht ihre Lebensgestaltung nach der religiösen Überzeugung verunmögliche, da der islamische Glaube das gemeinsame Schwimmen beider Geschlechter verbiete. Im Vordergrund stand hierbei das Gebot, den eigenen Körper zu bedecken. Das Gericht hielt fest, dass die rechtsanwendenden Behörden stets im Einzelfall zu prüfen hätten, ob das Beharren auf einer Bürgerpflicht im überwiegenden öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei<sup>14</sup>. Auch in diesem Fall ging das Gericht von gewichtigen privaten Interessen aus. Es betonte insbesondere die Gefahr eines Konflikts, welcher sich ergeben könne, wenn strenggläubige Anhänger einer Religion ein religiöses Gebot befolgen müssten, das im Widerstreit mit einem staatlichen Gebot stehe. Darunter könne insbesondere das betroffene Kind leiden. Diese privaten Interessen würden das öffentliche Interesse überwiegen, weshalb der Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit unzulässig sei.

### e. BGE 134 I 114

In BGE 134 I 114 beurteilte das Bundesgericht die Verweigerung eines religiös bedingten Dispensationsgesuchs erneut als unverhältnismässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Beschwerdeführers. Das Gericht erwähnte in diesem Kontext den Begriff der bürgerlichen Pflichten nicht mehr.

Ein der Gemeinschaft der Adventisten angehörender Schüler des «liceo cantonale» von Lugano hatte das Gesuch gestellt, drei auf einen Samstag fallende Maturitätsprüfungen an jeweils anderen Tagen abzulegen, um den Sabbat einhalten zu können. Die kantonalen Behörden lehnten sein Gesuch ab. Das Bundesgericht hielt fest, dass angesichts des Ziels, alle Schüler gleich zu behandeln, ein erhebliches Interesse daran bestehe, ihnen die gleiche Prüfung vorzulegen. Es bedeute zudem einen zusätzlichen Vorbereitungs- und Präsenzaufwand, eine Prüfung für einzelne Kandidaten zu verschieben und an einem anderen Tag durchzuführen. Schliesslich habe die Schule ein Interesse daran, Prüfungen an einem Samstag abzunehmen, da an diesem Tag, an dem kein sonstiger Schulbetrieb stattfindet, ruhige und günstige Bedingungen herrschten. Der damit verbundene organisatorische Mehraufwand sei vorliegend aber nicht übermässig hoch, zumal die Zahl der Gesuche begrenzt sei<sup>15</sup>. Deshalb überwiege das Interesse des Schülers, seine religiösen Feiertage einzuhalten.

<sup>14</sup> BGE 119 Ia 178 E. 7.a, 190.

<sup>15</sup> BGE 134 I 114 E. 6.3, 121.

## f. BGE 135 I 79

In BGE 135 I 79 entschied das Bundesgericht, dass die Verweigerung der Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht an der Unterstufe der öffentlichen Grundschule im Kanton Schaffhausen einen zulässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der beiden betroffenen Schüler darstelle<sup>16</sup>.

Ein tunesischer Staatsangehöriger hatte um Dispensation seiner beiden Söhne vom obligatorischen Schwimmunterricht nachgesucht, da deren Teilnahme am Schwimmunterricht das islamische Gebot verletze, wonach Gläubige den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts nicht sehen dürfen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, nicht ohne sich ausführlich mit den tangierten öffentlichen Interessen auseinanderzusetzen. Im Vordergrund der Argumentation stand das Anliegen der Integration. Dieses habe seit dem Schwimmunterrichts-Entscheid aus dem Jahr 1993 an Gewicht gewonnen. Denn der Anteil der muslimischen Bevölkerung sei stark gewachsen und die religiöse Zusammensetzung der Schweizer Bevölkerung habe sich entsprechend verändert. Das Gericht betonte die Bedeutung der Schule für die Integration von Ausländerinnen und Ausländern<sup>17</sup>. Das öffentliche Interesse am obligatorischen gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht für alle Kinder überwiege das individuelle Interesse der Beschwerdeführer, ihren Glaubensvorstellungen nachzuleben<sup>18</sup>.

## g. Zwischenergebnis

Das Bundesgericht relativierte in BGE 117 Ia 311 die Bedeutung des zuvor strikt verstandenen Vorrangs der bürgerlichen Pflichten, um eine grosszügigere Dispensationspraxis einzuleiten. Dieses Urteil kann im Licht der allgemeineren Fragestellung nach dem Vorrang staatlichen Rechts als eigentlicher Paradigmenwechsel angesehen werden. Das Bundesgericht setzte sich seither in einer Reihe von Entscheidungen mit den verschiedenen berührten Interessen jeweils eingehend auseinander und unterzog diese einer umfassenden Interessenabwägung. In BGE 135 I 79 wies das Gericht eine entsprechende Beschwerde erstmals wieder ab und erklärte die Praxis kantonaler Behörden, Primarschüler nicht mehr generell vom Schwimmunterricht zu dispensieren, für zulässig<sup>19</sup>. Das Gericht nahm dabei wieder ausdrücklich Bezug auf das Konzept des Vorrangs bürgerlicher Pflichten. Es wog

<sup>16</sup> BGE 135 I 79 E. 7.3, 91.

<sup>17</sup> BGE 135 I 79 E. 7.2, 89 f.

<sup>18</sup> Das Gericht hielt zudem fest, aufgrund der gängigen Bekleidungsformen bliebe es Schülerinnen und Schülern im Alltagsleben ohnehin nicht erspart, entgegen dem religiösen Verbot, bestimmte Teile des weiblichen Körpers zu sehen (BGE 135 I 79 E. 7.2, 90).

<sup>19</sup> Die Behörden des Kantons Schaffhausen waren bis dahin der Praxis gefolgt, Dispensationen generell zu gewähren.

zwar ausführlich zwischen den öffentlichen Interesse und dem Interesse der Beschwerdeführer, ihre Glaubensregeln einzuhalten, ab<sup>20</sup>. Die Ausführungen des Gerichts könnten jedoch dahingehend verstanden werden, dass bei der Beurteilung von solchen Dispensationsbegehren in Zukunft nicht mehr im Einzelfall zwischen den konkret in Frage stehenden öffentlichen und individuellen Interessen abzuwägen ist, sondern dass die Pflicht, am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht im Rahmen des obligatorischen Unterrichts an der öffentlichen Schule teilzunehmen, generell den individuellen Glaubens- und Gewissensüberzeugungen vorgeht<sup>21</sup>. Wenn dies tatsächlich die Auffassung des Gerichts war, hätte es damit eine Praxisänderung eingeleitet<sup>22</sup>.

## 3. Berührte Interessen und Kriterien für die Abwägung

## a. Betroffene Gehalte der Religionsfreiheit und Vorbemerkung zur Interessenabwägung

Nebst dem aus Art. 15 Abs. 1 BV fließenden individuellen Recht, seinen Glaubensregeln nachzuleben, ist bei religiös bedingten Dispensationsgesuchen auch das religiöse Erziehungsrecht der Eltern betroffen<sup>23</sup>. Die religiöse Erziehung von Kindern unter 16 Jahren steht gemäss Art. 303 ZGB den Eltern zu. Dieses Erziehungsrecht ist Bestandteil der elterlichen Religionsfreiheit<sup>24</sup>. Sowohl das Kind (allerdings mit beschränkter Fähigkeit zur selbstständigen Geltendmachung) als auch die Eltern sind somit Träger der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit fließt sodann das Gebot des religiös neutralen Unterrichts an staatlichen Schulen (Art. 15 Abs. 4 BV)<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> BGE 135 I 79 E. 7.2, 87.

<sup>21</sup> BGE 135 I 79 E. 7.3, 90 f.

<sup>22</sup> Die Praxisänderung läge diesfalls nicht darin, dass die Interessenabwägung zu Lasten der Beschwerdeführer ausfiel, sondern darin, fortan keine Einzelfallabwägung mehr vorzunehmen. Vgl. zur Frage der Praxisänderung die unterschiedlichen Beurteilungen durch KELLER/BÜRLI (FN 3), 100 und 108; TSCHENTSCHER (FN 7), 748 f.; WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Religiöse Freiheit und ihre Grenzen in der Einwanderungsgesellschaft, in: Mathias Tanner et. al. (Hrsg.), Streit um das Minarett, Zürich 2009, 281. Vgl. hierzu auch YVO HANGARTNER, AJP/PJA 2009, 1053 f.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu und für die folgenden Ausführungen grundlegend WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 321 ff. und JUDITH WYTTENBACH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung, Diss. Bern, Basel 2006, 259.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 119 Ia 178 E. 2, 181 f.; KARLEN (FN 4), 254 ff.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu auch Art. 62 Abs. 2 BV. Siehe zur Neutralität der staatlichen Schule etwa BGE 123 I 296 E. 4.b, 305 ff.; 116 Ia

Gemäss den in Art. 36 BV festgehaltenen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten ist eine Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Dem aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit fließenden Recht jedes Menschen, seinen Glaubensregeln nachzuleben, stehen bei einem Gesuch um Dispensation vom Schulunterricht verschiedene öffentliche und auch individuelle Interessen entgegen<sup>26</sup>. Diese Interessen sind gegeneinander abzuwägen<sup>27</sup>. Im Folgenden werden die bei den religiös begründeten Dispensationsbegehren tangierten, den individuellen Interessen zum Teil entgegenstehenden Interessen näher beleuchtet.

## b. Ausbildungsziele der öffentlichen Schule

Die Einhaltung des Schulobligatoriums – worauf der Einzelne im Rahmen des Grundschulunterrichts auch ein Recht hat<sup>28</sup> – stellt, wie das Bundesgericht zu Recht stets betont hat, ein gewichtiges öffentliches Interesse dar. Das Schulobligatorium dient der Verwirklichung der von der Verfassung vorgegebenen Ausbildungsziele und gewährleistet die Vermittlung von Grundkenntnissen<sup>29</sup>. Alle Kinder sollen eine genügende, ihren individuellen Fähigkeiten angemessene Grundausbildung erhalten, die ihre intellektuelle und soziale Persönlichkeitsentwicklung fördert und sie auf ein selbstverantwortliches Leben vorbereitet<sup>30</sup>. Betonte das Bundesgericht in Entscheiden zu Schuldspensationen wegen kollidierender Feiertagsordnungen eher den «formalen» Aspekt eines geordneten und effizienten Schulbetriebs, hob es in den beiden Schwimmunterrichts-Urteilen deutlicher die inhaltlichen Ausbildungsziele der öffentlichen Schule und deren Bedeutung für das Wohl des Kindes hervor. Die Schulpflicht soll die Chancengleichheit aller Kinder<sup>31</sup>, die in Art. 8 BV verankerte Gleichstellung von Mann und Frau in Familie, Ausbildung und Arbeit sowie den diskriminie-

rungsfreien Zugang zur Ausbildung für Mädchen und Jungen ermöglichen<sup>32</sup>. Dispensationsbegehren sind insbesondere auch im Hinblick auf den Umstand sorgfältig zu prüfen, dass Freistellungen eine geschlechtsspezifische Dimension aufweisen können. Die Gewährleistung der Religionsfreiheit darf nicht dazu beitragen, Kinder bezüglich ihrer Ausbildung zu benachteiligen und damit ihre Chancen auf ein erfülltes und selbstbestimmtes Leben einzuschränken<sup>33</sup>. Deshalb sind bei der Beurteilung von Dispensationen, wie WYTTENBACH/KÄLIN zu Recht betonen, stets auch die längerfristigen Interessen des Kindes zu berücksichtigen<sup>34</sup>. Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Interessenabwägung ist hierbei die Bedeutung des Lehrinhalts. Das Bundesgericht unterscheidet zwischen unverzichtbaren und weniger zentralen Lehrinhalten. In BGE 119 Ia 178 bezeichnete es den Schwimmunterricht, der nur einen kleinen Teil des Turnunterrichts ausmache, nicht als unverzichtbaren Lehrinhalt<sup>35</sup>. Deshalb stelle die Dispensation vom Schwimmunterricht auch keine Einschränkung der Ausbildung der Schülerin dar, welche die Chancengleichheit beeinträchtigen oder das Kindeswohl gefährden würde<sup>36</sup>. In BGE 135 I 79 qualifizierte es den Schwimmunterricht demgegenüber als ein zentrales Schulfach<sup>37</sup>. Das Schwimmen sei – nachdem inzwischen die UN-Kinderrechtskonvention mit ihrer Maxime des Kindeswohls für die Schweiz in Kraft getreten sei – für die Sicherheit des Kindes zunehmend von Bedeutung, da immer mehr Kinder und Jugendliche Wassersport betreiben<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 135 I 79 E. 7.1, 86 f. («Chancengleichheit aller Kinder und Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen in der Ausbildung»); 119 Ia 178 E. 7.c, 192 f. Siehe zum Gleichstellungsauftrag der öffentlichen Schule auch JUDITH WYTTENBACH, Religionsfreiheit, Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsauftrag: eine Übersicht über aktuelle Rechtsfragen, in: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF) (Hrsg.), Frauenfragen 2010, 32 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu auch SUSAN MENDUS, Choice, Chance and Multiculturalism, in: Paul Kelly (Hrsg.), Multiculturalism Reconsidered, Culture and Equality and Its Critics, Malden 2002, 40 ff.; SUSAN MOLLER OKIN, Konflikte zwischen Grundrechten, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1998, 338 ff.

<sup>34</sup> Siehe hierzu WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 322 f.; JUDITH WYTTENBACH, Zwischen Gleichstellungsrechten und kulturell-religiöser Tradition, Grund- und Menschenrechte von Mädchen aus Einwanderungsfamilien, in: EKF (Hrsg.), Frauenfragen 2006, 22 ff. sowie das Positionspapier der EKF, in: Frauenfragen 2010 (FN 32), 12 ff.

<sup>35</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8.b, 195.

<sup>36</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8.a, 194 f.

<sup>37</sup> Vgl. die u.E. zutreffende Kritik von KELLER/BÜRLI (FN 3), 105 f. und 108. Siehe hierzu auch MARTINA CARONI, Religion und Integration – Gedanken zum Umgang mit religiösen Minderheiten, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Religion und Integration aus Sicht des Rechts, Zürich/Basel/Genf 2010, 33 ff.

<sup>38</sup> Es gelte – so das Bundesgericht – auch zu vermeiden, dass die Kinder islamischen Glaubens in der Schule in eine Aussenseiterrolle gedrängt würden (BGE 135 I 79 E. 7.1, 87).

252 E. 6, 260 f. Vgl. dazu auch KIENER/KÄLIN (FN 3), 270 f.; EHRENZELLER/SCHOTT, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 19; HAFNER/LORETAN/SCHWANK (FN 2), 66; TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (FN 3), 1404 ff.

Vgl. zur Güterabwägung in schulischen Konfliktfällen grundlegend WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 321 ff.

Siehe zur Abwägung auch MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 9 f.

Art. 19 BV hält fest: «Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gewährleistet.» Vgl. hierzu REGULA KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 BV, Rz. 16 ff.

Vgl. BGE 135 I 79 E. 7.1, 86 f.; 119 Ia 178 E. 7.c, 191 und E. 7.e, 193; 114 Ia 129 E. 3.a, 133.

Siehe BGE 129 I 16 E. 4.2., 16; 119 Ia 178 E. 7.c, 191.

Siehe BGE 135 I 79 E. 7.1, 87 f. Siehe hierzu auch BGE 119 Ia 178 E. 8.a S. 194 f.; WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 315 ff.; TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (FN 3), 1410.

Erziehung und Bildung sind zudem in staatspolitischer Hinsicht unabdingbare Voraussetzungen für die politische Partizipation und das Funktionieren eines demokratischen Gemeinwesens<sup>39</sup>.

### c. Kindeswohl

Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) bezeichnet das Kindeswohl als oberste Richtschnur in allen für das Kind rechtlich relevanten Belangen<sup>40</sup>. Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung gewährt Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Der Begriff des Kindeswohls, der im Licht der internationalen und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zu sehen ist, bedarf der Konkretisierung<sup>41</sup>. Der Kernbereich des Kindeswohls liegt in der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung des Kindes<sup>42</sup>. Das Bundesgericht qualifizierte die Schulausbildung und die Gesundheit des Kindes deshalb zu Recht als wichtige Faktoren des Kindeswohls<sup>43</sup>. In BGE 135 I 79 betonte es insbesondere die Bedeutung des Schwimmunterrichts für das Kindeswohl, fördere dieser doch die Sicherheit (Schutz vor Badeunfällen), die Sozialisation und die Integration des Kindes<sup>44</sup>. In Bezug auf die Teilnahme am schulischen Leben ist festzuhalten, dass Kinder nicht «anders» sein wollen als ihre Mitschülerinnen und Mitschüler. Es liegt nicht in ihrem Interesse, von der Klasse separiert zu werden. Es erscheint aber im Kontext von religiös begründeten Dispensationsbegehren nicht sachgerecht, das Kindeswohl mit der Schulbildung und der schulischen Integration gleichzusetzen<sup>45</sup>. Denn zum einen sind nicht alle Fächer gleichermassen zentral. Zum anderen erweisen sich die Zugehörigkeit zur familiären Gemeinschaft und die Einbindung in das religiöse Familienleben für ein Kind ebenfalls als sehr bedeutsam<sup>46</sup>. Auch die UN-Kinderrechtskonvention hebt die Bedeutung der Familie für das Kind hervor und statuiert den Schutz

<sup>39</sup> KIENER/KÄLIN (FN 3), 387.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). Siehe hierzu näher WYTTENBACH (FN 23), 136 ff. und 264 ff.

<sup>41</sup> WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 322.

<sup>42</sup> Vgl. INGBORG SCHWENZER, Art. 301 N 4 ff. ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 3. A., Basel/Genf/München 2006.

<sup>43</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8.a, 194 f.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 135 I 79 E. 7.1, 87.

<sup>45</sup> Vgl. WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 322.

<sup>46</sup> Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK sowie Art. 17 und 23 UNO-Pakt II garantieren den Schutz des Familienlebens. Siehe auch Art. 16 und 18 KRK. Art. 14 Abs. 2 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, die Rechte und Pflichten der Eltern zu achten, das Kind bei der Ausübung des Rechts auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise zu leiten.

dieser Familienbeziehungen als massgebliches Mittel zur Verwirklichung des Kindeswohls<sup>47</sup>. Aus der Sicht des Kindes bedeutet dies, dass der Schutz vor einem unauf lösbaren Gewissens- und Loyalitätskonflikt ebenfalls einen zentralen Gesichtspunkt des Kindeswohls darstellt, dem im Rahmen der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit Rechnung zu tragen ist<sup>48</sup>. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt die Integrität und letztlich das Wohlergehen der einzelnen Person, für die staatliche Vorgaben im Zusammenhang mit der Schulpflicht zu einem Gewissens- und Loyalitätskonflikt führen können. Auf dieses Anliegen ging das Bundesgericht in BGE 119 Ia 178 zu Recht ein, indem es in der Sache mit einer «personalen» Begründung der Glaubens- und Gewissensfreiheit argumentierte. Es wies dabei auf die aussergewöhnliche, spezifische Konfliktsituation hin, in welche die betroffenen Schüler geraten könnten, wenn sie vor die Alternative gestellt würden, «entweder einem staatlichen oder einem religiösen Gebot zuwiderhandeln zu müssen»<sup>49</sup>. In BGE 135 I 79 vernachlässigte das Bundesgericht unseres Erachtens die Situation der Grundrechtsträger und trug insbesondere dem Problem der intensiven Loyalitäts- und Gewissenskonflikte zu wenig Rechnung<sup>50</sup>.

Es ist allerdings zu bedenken, dass Kinder unter Umständen auch vor der eigenen Familie geschützt werden müssen. Dies kann im Kontext der religiös begründeten Schuldispensationen dann der Fall sein, wenn Eltern eine Dispensation beantragen, die dazu führt, dass ihren Kindern zentrale Bildungsinhalte vorenthalten werden<sup>51</sup>. Da sich in diesem Zusammenhang die Eltern sowohl im Namen ihrer Kinder als auch in ihrem eigenen Namen auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen können, muss zudem stets auch die Sicht des Kindes einbezogen werden. Gemäss dem in der Schweiz direkt anwendbaren Art. 12 KRK steht dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen die eigene Person berührenden Angelegenheiten frei zu äussern. Die Meinung des Kindes ist entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen. Hierzu wird das Kind in allen es selbst betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar, durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle

<sup>47</sup> Vgl. die Erwägungen in der Präambel der KRK und dazu auch die Hinweise bei REGULA GERBER JENNI, Das Zusammenleben von Kindern und Eltern: Anmerkungen zu einer – nicht nur rechtspolitischen – Diskussion, in: Regula Gerber Jenni et al. (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel 2001, 153 f. (FN 3), 322 f.

<sup>48</sup> Siehe TSCHENTSCHER (FN 7), 749; WYTTENBACH/KÄLIN (FN 3), 322 f.

<sup>49</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8.a, 194.

<sup>50</sup> So auch KELLER/BÜRLI (FN 3), 208; TSCHENTSCHER (FN 7), 749.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 119 Ia 178 E. 7.d, 192 («Die dabei verfolgten Ziele bilden [...] Faktoren des Kindeswohls, aus welchem Grund der Schulbesuch [...] auch gegen den Willen der Eltern durchge-

<sup>52</sup> Vgl. BGE 124 III 90 E. 3.a, 92.

gehört<sup>53</sup>. Die Fähigkeit des Kindes, sich eine eigene Meinung zu bilden, ist dabei jeweils mit Bezug auf die konkrete Frage und die spezifische Situation zu prüfen<sup>54</sup>. Sie wird im Kontext schulischer Konflikte aber wohl regelmässig gegeben sein. Schulkinder, deren Eltern um eine Befreiung vom Schulunterricht ersuchen, sollten deshalb angehört werden, und ihrer Einstellung zur Dispensation sollte grundsätzlich Rechnung getragen werden. Dabei ist nicht nur auf das Ergebnis der Anhörung abzustellen, vielmehr ist die Bedeutung der Teilnahme des Kindes am Prozess der Entscheidung überhaupt in den Blick zu nehmen<sup>55</sup>. Gibt es Anzeichen eines Konflikts zwischen Eltern und Kind, ist das Gespräch zwischen Lehrpersonen, Eltern und Vermittlern zu suchen<sup>56</sup>. Im Interesse des Kindeswohls ist zudem an eine Befristung der Dispensation und an eine mit der Dispensation verbundene Verpflichtung zu denken, privat und auf eigene Kosten einen Schwimmkurs zu besuchen<sup>57</sup>.

### d. Rechte der anderen Schülerinnen und Schüler

Die Rücksichtnahme auf religiöse Verpflichtungen einzelner Schüler findet dort eine Grenze, wo ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr gewährleistet werden kann<sup>58</sup>. Im Interesse der anderen Schülerinnen und Schüler muss die Vermittlung des lehrplanmässigen Stoffes gesichert bleiben. Eine Dispensation darf keine ernsthaften organisatorischen Probleme oder einen massgeblichen Mehraufwand für die Schule verursachen<sup>59</sup>. Der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist andernfalls dadurch Rechnung zu tragen, dass der obligatorische Primarschulunterricht an einer privaten Schule absolviert wird<sup>60</sup>. Ebenso sind die religiösen Gefühle der anderen Schülerinnen und Schüler zu beachten<sup>61</sup>.

Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). Vgl. hierzu SHARON DETRICK, A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Den Haag etc. 1999, 221 ff.; WYTTENBACH (FN 23), 323.

Vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO/MARC SPESCHA, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, AJP/PJA 2009, 1103 ff. m.w.H.; BGE 133 III 553 E. 1.1., 554.

MICHELLE COTTIER, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren, Eine rechtssoziologische Untersuchung aus der Geschlechterperspektive, Diss. Basel 2005, Bern 2006, 33 ff.

Vgl. ROOST VISCHER (FN 8), 127.

Dabei ist zu bedenken, dass flankierende Massnahmen wie beispielsweise das Tragen eines «Burkini» (Ganzkörperbadeanzug für muslimische Frauen) oftmals schwierig umzusetzen sind.

Siehe BGE 134 I 114 E. 3.2, 117; 119 Ia 178 E. 7.e, 193; 117 Ia 311 E. 4.a, 317; 114 Ia 129 E. 3.a, 133.

Vgl. BGE 119 Ia 178 E. 8.c, 195 f.

BGE 114 Ia 129 E. 3.a, 133.

Vgl. BGE 119 Ia 178 E. 8.c, 196.

### e. Integration

Das Bundesgericht hob in BGE 135 I 79 hervor, dass die Schule, und insbesondere auch der Sportunterricht, in hohem Masse der Integration und Sozialisierung der Schülerinnen und Schüler dienen<sup>62</sup>. Es gewichtete dabei das öffentliche Interesse an der Integration ausländischer Schülerinnen und Schüler (der «Angehörigen anderer Länder, Kulturen und Religionen») erstmals höher als das individuelle Interesse, die Glaubens- und Gewissensfreiheit auszuüben<sup>63</sup>. Die Integrationsanliegen hätten an Gewicht gewonnen, das belege nicht zuletzt der Umstand, dass sie Eingang in das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer gefunden hätten<sup>64</sup>. Das Problem der Dispensation vom Schwimmunterricht sei angesichts der Veränderung der religiösen Zusammensetzung der schweizerischen Bevölkerung nun vor allem als ein Problem der Ausländerintegration zu beurteilen<sup>65</sup>. Es seien vermehrte Anstrengungen zur «Angewöhnung und Einbindung» der Kinder und Jugendlichen aus anderen Kulturen in die hier geltenden gesellschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen nötig. In BGE 119 Ia 178 hatte das Gericht noch festgehalten: «Angehörige anderer Länder und anderer Kulturen, die sich in der Schweiz aufhalten, haben sich zwar zweifellos genauso an die hiesige Rechtsordnung zu halten wie Schweizer. Es besteht aber keine Rechtspflicht, dass sie darüber hinaus allenfalls ihre Gebräuche und Lebensweisen anzupassen haben. Es lässt sich daher aus dem Integrationsprinzip nicht eine Rechtsregel ableiten, wonach sie sich in ihren religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen Einschränkungen auferlegen müssten, die als unverhältnismässig zu gelten haben.»<sup>66</sup>

Die in der Schule vermittelten Fähigkeiten und Kenntnisse sollen es allen Kindern ermöglichen, am sozialen, kulturellen und später am wirtschaftlichen Leben der Gesellschaft teilzunehmen<sup>67</sup>. Die Schule fördert damit zweifellos die Sozialisierung und die Integration im Sinne der Einbeziehung und Teilhabe aller Schülerinnen und Schüler, nicht nur der ausländischen. Eine gewisse Integration im Sinne des Zusammenhalts der verschiedenen religiösen, politischen, kulturellen und gesellschaftlichen Gruppen ist grundsätzlich notwendig für das Zusammenleben in einem politischen Gemeinwesen<sup>68</sup>. Gleichzeitig ist aber religiöse und weltanschauliche Vielfalt ein zentrales Merkmal eines demokrati-

<sup>62</sup> BGE 135 I 79 E. 7.2, 89 f.

<sup>63</sup> BGE 135 I 79 E. 7.1 und 7.2, 87 f.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 1, Art. 4 und 53–58 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

<sup>65</sup> BGE 135 I 79 E. 7.2, 88.

<sup>66</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8.d, 196.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 135 I 79 E. 7.2, 88. Vgl. hierzu auch KÄLIN/WYTTENBACH (FN 22), 262.

<sup>68</sup> Vgl. CARONI (FN 37), 17.

schen Gemeinwesens, das nicht zuletzt auch durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit ermöglicht werden soll<sup>69</sup>. Ein Verfassungsstaat, der eine offene Gesellschaft garantieren will, ist darüber hinaus auch verpflichtet, den individuellen Anspruch auf Verschiedenheit und deren Manifestationen anzuerkennen<sup>70</sup>. Wie in der Literatur mit Recht angemerkt wird, fehlt es dem Begriff der Integration zudem an klaren Konturen<sup>71</sup>. Jedenfalls ist darauf zu achten, diesen Begriff nicht im Sinne einer Assimilationspflicht auszulegen<sup>72</sup>. Das Bundesgericht betonte denn auch in anderen Zusammenhängen, dass das Integrationsprinzip keine über die gesetzlichen Gebote hinausgehende Assimilationspflicht bedeute, die eine umfassende Anpassung an die hiesigen Gebräuche und Lebensweisen verlangt<sup>73</sup>. Die Anforderungen, welche an die Integration ausländischer Personen gestellt werden, haben wiederum das Verfassungsrecht zu wahren und müssen somit auch verhältnismässig sein<sup>74</sup>.

In Bezug auf BGE 135 I 79 stellt sich die Frage, ob die Teilnahme am stundenmässig eher unbedeutenden Schwimmunterricht im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV erforderlich ist, um das «öffentliche Interesse der Integration» zu verwirklichen. Unseres Erachtens würden dazu auch mildere Mittel als die Verweigerung der Dispensation vom Schwimmunterricht (nicht jedoch des Sportunterrichts ins-

<sup>69</sup> Vgl. etwa den Entscheid des EGMR, *Refah Partisi u.a. c. Türkei*, Rep. 2003-II, Ziff. 90 ff. Vgl. zum Spannungsfeld zwischen Assimilation und Differenz KÄLIN/WYTENBACH (FN 22), 260 ff. sowie WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000, 18 ff. und 164 ff.

<sup>70</sup> ULRICH PREUSS, «Kein Ort, nirgends. Die vergebliche Suche nach der deutschen Leitkultur», Blätter für deutsche und internationale Politik Nr. 6/2010, auszugsweise abgedruckt in: Widerspruch 59/2010, 7 ff. Dies bedeutet freilich nicht, dass Gewalt, Unterdrückung, Ehrenmorde, Zwangsheiraten oder weibliche Genitalverstümmelung im Namen der Religionsfreiheit zulässig sind.

<sup>71</sup> ALBERTO ACHERMANN, Integrationsverpflichtungen, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, 107 ff.; MARTIN PHILIPP WYSS, Ausländische Personen und Integration, in: Peter Uebersax et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2009, Rz. 26.1. m.w.H.; PETER UEBERSAX, Der Begriff der Integration im schweizerischen Migrationsrecht – eine Annäherung, Asyl 2006, 3 ff. Vgl. dazu auch DORIS BIANCHI, Die Integration der ausländischen Bevölkerung, Diss. Zürich, Zürich 2003.

<sup>72</sup> Vgl. WYSS (FN 71), Rz. 26.1. Zu Recht bringen VON BÜREN/WYTENBACH vor, dass die Integrationsverpflichtung der muslimischen Bevölkerung nur so weit verbindlich sein kann, als es um die Einhaltung der Rechtsordnung geht (vgl. LUCIE VON BÜREN/JUDITH WYTENBACH, Integrationsverpflichtungen und Integrationsvereinbarungen aus rechtlicher Sicht, in: Esteban Piñero/Isabelle Bopp/Georg Kreis [Hrsg.], Fördern und Fordern im Fokus. Leerstellen des schweizerischen Integrationsdiskurses, Zürich/Genf 2009, 61 ff.).

<sup>73</sup> Vgl. BGE 134 II 1; 134 I 49.

<sup>74</sup> UEBERSAX (FN 71), 11.

gesamt) taugen<sup>75</sup>. Das Gericht betonte in diesem Zusammenhang insbesondere die Bedeutung des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts für das in der hiesigen Gesellschaft «übliche natürliche» Zusammensein der beiden Geschlechter. Es besteht jedoch in vielen anderen Schulfächern die Möglichkeit, den Umgang mit dem anderen Geschlecht, wie er in der Schweiz «üblich» ist, zu thematisieren und zu erlernen. Es erscheint nicht erforderlich, Personen anderen Geschlechts in Badeanzügen zu sehen, um ihre Würde und Gleichberechtigung respektieren zu lernen.

Zentral ist in diesem Zusammenhang zudem der Gedanke, dass staatliche Schulen allen, auch frommen Kindern, zur Verfügung stehen sollen (Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität der staatlichen Schule). Eine zu starke Assimilationspflicht an staatlichen Schulen trägt dazu bei, dass solche Kinder an religiöse Privat- und Sonderschulen abwandern, was letztlich dazu führt, dass der Ausbildungs- und Integrationsauftrag der öffentlichen Schule so auch nicht erfüllt werden kann<sup>76</sup>. Nicht zuletzt hat die öffentliche Schule die Rechte der nicht öffentlich-rechtlich anerkannten religiösen Minderheiten zu schützen; dies folgt aus dem Gebot des religiös neutralen Unterrichts.

#### 4. Insbesondere zum «Vorrang bürgerlicher Pflichten»

##### a. Die Problematik der Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV

In BGE 135 I 79 nahm das Bundesgericht wieder Bezug auf das Konzept des Vorrangs bürgerlicher Pflichten und hielt in E. 7.2 fest: «Glaubensansichten entbinden (...) nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten. Diese in der bisherigen Bundesverfassung (Art. 49 Abs. 5 aBV) noch ausdrücklich verankerte Regel muss als Grundsatz weiterhin gelten.» Das Gericht verzichtete darauf anzufügen, dass die bürgerlichen Pflichten und das Freiheitsrecht auf der gleichen rechtlichen Ebene stehen.

Was bedeutet der Begriff «bürgerliche Pflichten»? Welche Pflichten sind damit gemeint? Das Bundesgericht definierte den Begriff nicht und bezog auch nicht umfassend Stellung zum Konzept der bürgerlichen Pflichten. Diese wurden in der Literatur zum einen den «Grundpflichten» gleichgesetzt, die als sich aus der Verfassung ergebende, besonders

<sup>75</sup> Das Bundesgericht diskutierte in BGE 135 I 79 nicht, ob die Verweigerung der Dispensation einen schweren Eingriff in das Freiheitsrecht darstellt oder nicht. In BGE 119 Ia 178 liess es diese Frage offen (vgl. BGE 119 Ia 178 E. 6.a, 188). In BGE 114 Ia 135 qualifizierte es die Verweigerung der Dispensation als schweren Eingriff (vgl. BGE 114 Ia 129 E. 4.b und 5.b, 135).

<sup>76</sup> Vgl. auch CARONI (FN 37), 33; WYTENBACH/KÄLIN (FN 3), 321 f.

<sup>77</sup> BGE 135 I 79 E. 7.2, 89.

wichtige staatsbürgerliche Pflichten bezeichnet werden<sup>78</sup>. So hält KLEY fest, die Begriffe «Bürgerpflichten» und «Grundpflichten» seien thematisch weitgehend äquivalent<sup>79</sup>. Er versteht unter Grundpflichten die in der Verfassung angelegten, grundlegenden Rechtspflichten von Menschen, die sie gegenüber dem Staat zu erfüllen haben<sup>80</sup>. Im Vordergrund des Konzepts der «bürgerlichen Pflichten» stehe die Bedeutung der jeweiligen Pflicht für das Gemeinwesen<sup>81</sup>.

Die Grundpflichten werden von einem Teil der Lehre eher kritisch beurteilt<sup>82</sup>. Verschiedene Autoren beziehen sich zwar nicht auf den Begriff «Grundpflichten», zählen zu den «bürgerlichen Pflichten» aber doch auch nur «ganz bestimmte staatsbürgerliche Aufgaben»<sup>83</sup>. Abgesehen von der Militärdienstpflicht und der Pflicht zum Schulbesuch herrscht in der Literatur jedoch keine Einigkeit darüber, welche in der Verfassung vorgesehenen Pflichten des Einzelnen besonders wichtig sind<sup>84</sup>.

Zum andern wurden über die spezifisch in der Verfassung statuierten Pflichten hinaus auch weitere allgemein verbindliche rechtliche Regelungen als «bürgerliche Pflichten» bezeichnet. Das Bundesgericht qualifizierte beispielsweise die gesetzlich verankerte Pflicht des Arbeitslosen, eine vom Arbeitsamt zugewiesene zumutbare Arbeit anzunehmen<sup>85</sup> oder die Befolgung der strafrechtlichen Gesetze<sup>86</sup> als bürgerliche

<sup>78</sup> Vgl. hierzu ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Wil 1989, 3, 6 f. und 12; WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/THOMAS GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, 4. A., Zürich 2008, 306.

<sup>79</sup> KLEY (FN 78), 12.

<sup>80</sup> Vgl. KLEY (FN 78), 4 ff. m.w.H.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu auch RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2009, Rz. 1196. Vgl. auch OTTO LUCHTERHANDT, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Berlin 1988, 580.

<sup>82</sup> Siehe FELIX HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Freiburg/Schweiz 1992, 46 ff.

<sup>83</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, 3. A., Bern 1999, 95 («spezifische Anliegen des säkularen Staates bezüglich seines inneren Zusammenhalts»); ULRICH HÄFELIN, Art. 49, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, Loseblattsammlung, Stand Juni 1991, Rz. 147 ff.

<sup>84</sup> HÄFELIN zählt auch die Amtspflichten und die gerichtlichen Mitwirkungspflichten zu den bürgerlichen Pflichten (vgl. HÄFELIN [FN 83], Rz. 148–158). J. P. MÜLLER erwähnt überdies die gerichtlichen Mitwirkungspflichten (vgl. J. P. MÜLLER [FN 83], 95). KLEY zählt dazu u.a. den Rechtsgehorsam, die Stimmpflicht, die Nebenämterpflicht und die Steuerpflicht (KLEY [FN 78], 4 f.). HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (FN 78), 306 nennen zusätzlich zur Wehr- und Schulpflicht das Stimmrecht. RHINOW/SCHNEIDER (FN 81), Rz. 1197, führen auch die Militärdienstersatzabgabepflicht, die Zivilschutzpflicht, die obligatorischen Sozialversicherungen und die Steuerpflicht an.

<sup>85</sup> Vgl. das unpublizierte Urteil des Bundesgerichts C 145/94 Vr vom 27. September 1996, E. 3.b.  
<sup>86</sup> BGE 101 Ia 172, E. 6 181. Vgl. auch die Hinweise in BGE 119 IV 260 E. 1.b, 261 (Einhaltung der Strassenverkehrsvorschriften).

Pflichten. Es ging somit offenbar von einem weiten Verständnis der bürgerlichen Pflichten aus, das in die Nähe einer allgemeinen Rechtsbefolgungspflicht rückt. Der Begriff «bürgerliche Pflichten» steht inhaltlich jedenfalls nicht fest, und es ist ungeklärt, ob von einem weiten oder engen Verständnis der «bürgerlichen Pflichten» auszugehen ist. Wird der Begriff unter der Verfassung von 1999, wie neuerdings in BGE 135 I 79, wieder aufgenommen, ist zu klären, ob hier vom «Vorrang» der allgemeinen Gesetze gegenüber der individuellen Religionsfreiheit die Rede ist oder von jenem einiger besonders wichtiger staatsbürgerlicher Pflichten, die sich aus der Verfassung ergeben.

Mit der Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV sollte im Sinne des Rechtsgleichheitsprinzips sichergestellt werden, dass religiöse Normen, und damit waren damals vor allem kirchliche Normen gemeint, im Staat nicht zur Bevorzugung führen<sup>87</sup>. Allen Bürgern, «Genossenschaften» und Korporationen sei ungeachtet ihrer jeweiligen religiösen Überzeugung oder religiösen Ausrichtung «gleiches Recht» zu gewähren<sup>88</sup>.

Die Problematik der Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV wurde mit folgender Frage prägnant zum Ausdruck gebracht: «Wenn (der Staat) sein Gebiet, das er selbst abgrenzt, ohne Rücksicht auf die religiösen Überzeugungen der Bürger ordnen kann, was gewährt denn die Verfassung dem Bürger für einen Schutz gegenüber dem Staat?»<sup>89</sup> Die Lehre plädierte deshalb bereits unter der alten Verfassung zu Recht dafür, den in Art. 49 Abs. 5 aBV strikt gesetzten Primat staatlicher Ordnung vor den religiösen Anschauungen abzuschwächen. Die Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV wurde, wie andere aus der Zeit des Kulturkampfes stammende Verfassungsbe-

<sup>87</sup> Vgl. FELIX HAFNER, Staat und Kirche in ihren Rechtsbeziehungen, in: Rudolf Dellsperger et al. (Hrsg.), Kirche – Gewissen des Staates, Bern 1991, 251 f.; DERS. (FN 82), 323 f.

<sup>88</sup> So hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zur Bundesverfassung im Zusammenhang mit dem Vorrang der bürgerlichen Pflichten fest: «Der Staat (...) kann nicht Jedem das Recht nach seinem religiösen Glaubensbekenntnis zuschneiden: den Einen vom Militärdienst aus religiösen Skrupeln entbinden; dem Geistlichen einen Ausnahmegerichtsstand anweisen; das Kirchengut ausnahmsweise von der Steuer befreien; die Gesetze über den Erwerb von Gütern zu toter Hand zu Gunsten der Kirche modifizieren; ihr die Gründung von Korporationen und Stiftungen auf Bedingungen, die dem gemeinen Recht nicht entsprechen, bewilligen (...). Es sollen für die Kirche keine Ausnahmegesetze, weder zu ihren Gunsten, noch zu ihren Ungunsten, gemacht werden. (...) Das Recht für die Kirche soll in jeder Beziehung dem gemeinen Rechte konform sein; sie soll nicht als ausser dem Staate stehend betrachtet werden, nicht als eine ihm fremde Macht gegenüberstehen; sie sei nicht ein Fremdling im Hause des Staates, noch ein Unterthan desselben, sondern mit und neben den anderen Bürgern dessen freie und gleichberechtigte Bürgerin.» Vgl. Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung (vom 17. Juni 1870), BBl 1870 II, 691 f.

<sup>89</sup> WALTER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931, 447.

stimmungen, anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung denn auch nicht mehr in den Text der Bundesverfassung von 1999 aufgenommen<sup>90</sup>. Ihr Gegenstand wird heute als Voraussetzung der zulässigen Einschränkung des Grundrechts angesehen und wird demgemäss von Art. 36 BV geregelt<sup>91</sup>.

Die Anknüpfung an die alte Verfassungsbestimmung erscheint insbesondere angesichts des Umstands unglücklich, als diese vor dem Hintergrund des zwischen 1870 und 1874 besonders virulenten Kulturkampfes entstanden ist. Dieser Konflikt zwischen der römisch-katholischen Kirche und dem Staat eskalierte nach der Verkündigung des päpstlichen Primates und der päpstlichen Unfehlbarkeit durch das Erste Vatikanische Konzil von 1870. Der noch junge Bundesstaat hatte sich dabei aufgrund der Erfahrungen mit dem Sonderbundskrieg nicht unberechtigterweise in seinem Zusammenhalt gefährdet gesehen. Man befürchtete ein Überhandnehmen der kirchlichen bzw. religiösen Macht gegenüber staatlichen Institutionen. Die Terminologie von Art. 49 Abs. 5 der Bundesverfassung von 1874 geht somit auf eine konkrete politische Krise in einem bestimmten geschichtlichen Zusammenhang zurück. Es liegt heute indessen kein vergleichbares Szenario vor, auch wenn man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, ein solches sei etwa im Zusammenhang mit der Initiative für ein Minarettbauverbot heraufbeschworen worden.

#### b. «Vorrang staatlichen Rechts» im Zusammenhang mit der Schulpflicht

Die rechtsanwendenden Behörden sind verpflichtet, die Gesetze verfassungskonform und damit auch im Einklang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit auszulegen<sup>92</sup>. Dem Vorrang der bürgerlichen Pflichten kam damit bereits unter der alten Verfassung, wie HUBER/BÄUMLIN bemerkten, keine «allzugrosse Bedeutung» mehr zu, da das Prinzip einer «harmonisierenden Verfassungsinterpretation» ohnehin zu

<sup>90</sup> Siehe die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BB1 1997 I 1 ff.), Separatdruck, 157.

<sup>91</sup> Vgl. etwa ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2001, 26 ff.; UELI FRIEDERICH, Zur neuen schweizerischen Religionsverfassung, SJKR 1999, 98 f. Siehe hierzu auch die Formulierung in der bundesrätlichen Botschaft zur Reform der Bundesverfassung vom 20. November 1996, Separatdruck, 157.

<sup>92</sup> So betont JÖRG PAUL MÜLLER: «Art. 49 Abs. 5 BV enthebt den Gesetzgeber (...) nicht von der Verpflichtung, bei der Rechtsetzung die Anforderungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit zu beachten; die rechtsanwendenden Behörden haben Gesetze verfassungskonform, d.h. auch im Lichte der Glaubensfreiheit auszulegen. Das Bundesgericht ist hierin zu wenig differenziert.» (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, 61). Vgl. auch HÄFELIN (FN 83), Rz. 147; KARLEN (FN 4), 310 ff.

beachten ist<sup>93</sup>. Das Grundrecht und die von der Verfassung vorgesehenen Gemeinschaftsaufgaben sowie die mit ihnen verbundenen bürgerlichen Pflichten sind «zusammenzusehen und zur Konkordanz zu bringen»<sup>94</sup>. Allgemeiner formuliert bedeutet dies, dass es in einem Konflikt zwischen dem Freiheitsrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit und gesetzlichen Pflichten keinen absoluten Vorrang der Pflichten mehr geben kann. Die Bedeutung dieser Einsicht, die mit BGE 117 Ia 311 Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts fand, ist nicht hoch genug einzuschätzen. Ist der grundrechtliche Schutzbereich berührt, lässt sich erst aufgrund der Voraussetzungen von Art. 36 BV ermitteln, ob die gesetzlichen Pflichten und die darin geregelten öffentlichen Interessen oder die individuelle Freiheit im Ergebnis Vorrang hat. Im Fall eines Konflikts zwischen Glaubensgeboten und der allgemeinen Schulpflicht muss deshalb stets in einer einzelfallbezogenen Abwägung bestimmt werden, ob ein solcher Konflikt für das betroffene Individuum zumutbar ist oder nicht<sup>95</sup>.

#### 5. Fazit

Religiös motivierte Gesuche um Dispensation vom Schulunterricht können komplexe Konfliktsituationen hervorrufen, die nur durch eine sorgfältige Abwägung der auf dem Spiel stehenden individuellen und öffentlichen Interessen gelöst werden können. Daher ist ein schematisches Vorgehen zu vermeiden. Dies gilt auch für die Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht, die diesbezüglich nicht anders zu beurteilen ist als jene zur Teilnahme an anderen Schulaktivitäten. Mit seiner Neubeurteilung der Pflicht, am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht teilzunehmen, hat das Bundesgericht in seinem jüngsten Entscheid (BGE 135 I 79) gewisse Unklarheiten geschaffen, die nicht zuletzt mit dem Rückgriff auf die in Art. 49 Abs. 5 aBV verwendete Terminologie des Vorrangs von «bürgerlichen Pflichten» vor

<sup>93</sup> Vgl. HANS HUBER/RICHARD BÄUMLIN, Gutachten vom 6. Januar 1962, in: Bundesverfassung und Militärdienstverweigerung, Zürich 1964, 15. Besonders kontrovers wurde in diesem Zusammenhang das Problem der Militärdienstverweigerung diskutiert.

<sup>94</sup> Vgl. a.a.O., m.w.H. Mehr als ein Hinweis auf die Sozialbindung der Freiheit des Einzelnen könne ihm – so HUBER/BÄUMLIN – nicht entnommen werden. Damit ist nicht gesagt, dass der Staatsbürger und die Staatsbürgerin keine Verantwortung für das Gemeinwesen zu tragen haben. Art. 6 BV («Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung») hält in diesem Zusammenhang fest: «Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.» Vgl. zum normativen Gehalt dieser Bestimmung RHINOW/SCHEFER (FN 81), Rz. 1197 und 2645 ff.

<sup>95</sup> Siehe hierzu auch KELLER/BÜRLI (FN 3), 108.

«Glaubensansichten» zusammenhängen. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass das Gericht damit die mit BGE 117 Ia 311 begründete Praxis der Relativierung von Art. 49 Abs. 5 aBV ändern wollte. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn es der Pflicht zum Schwimmunterricht losgelöst vom Einzelfall den apriorischen Vorrang vor den Glaubensüberzeugungen eingeräumt hätte. Es hat jedoch auch in BGE 135 I 79 eine – wenngleich nicht in jeder Hinsicht überzeugende – Güterabwägung vorgenommen und damit zumindest implizit aufgezeigt, dass es von der bisherigen Praxis nicht abzuweichen wollte.

Certaines prescriptions religieuses peuvent entrer en conflit avec le principe de scolarité obligatoire inscrit dans la Constitution, que ce soit lorsque les activités religieuses se chevauchent dans le temps avec les obligations scolaires des enfants ou lorsqu'il est impossible de concilier le contenu didactique ou l'organisation de l'enseignement avec leurs croyances. Il est aujourd'hui incontesté que le refus d'une dispense de l'enseignement scolaire pour motifs religieux constitue une atteinte à la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). De telles demandes de dispenses peuvent faire naître des situations de conflit complexes, qui ne peuvent être résolues que par une pesée méticuleuse des intérêts individuels et publics en jeu. Il convient dans ce cadre de tenir compte des objectifs de formation de l'école publique, du bien-être des enfants, des droits des autres élèves ainsi que de leur intégration. Par son nouveau jugement relatif à l'obligation de participer au cours de natation mixte, le Tribunal fédéral a toutefois fait naître dans l'ATF 135 I 79 quelques ambiguïtés, notamment liées à l'utilisation de la terminologie de la primauté des devoirs civiques (art. 49 al. 5 aCst). Le terme « devoirs civiques » n'est en effet pas précisément défini et la disposition de l'art. 49 al. 5 aCst semble poser problème d'un point de vue méthodique et dogmatique. Il n'y a toutefois pas lieu de supposer que le Tribunal fédéral ait, par cet arrêt récent, eu l'intention de modifier sa pratique et de conférer à l'obligation du cours de natation la priorité a priori sur les croyances religieuses individuelles. Il a en effet également procédé à une pesée des biens juridiques dans l'ATF 135 I 79, bien que celle-ci ne soit pas convaincante sur tous les plans.

(trad. LT LAWYER, Berne)