

# Rechtsprechung

Helen Keller und Nicole Bürli

## Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität

BGE 134 I 114 ff. und 135 I 79 ff.

*Das Bundesgericht hat in zwei jüngeren Entscheiden zu den aus der Religionsfreiheit fließenden Ansprüchen im Schulunterricht Stellung genommen. Im Falle einer Prüfungsdispensation an religiösen Feiertagen hat sich das Bundesgericht für ein grosszügiges Verständnis der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausgesprochen, weil der geordnete und effiziente Schulbetrieb nicht gefährdet war. Im Entscheid um die Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht vertrat das Bundesgericht eine restriktivere Haltung. Dies scheint auf den ersten Blick widersprüchlich, erklärt sich jedoch daraus, dass im letzteren Fall das Kindeswohl und die Integration auf dem Spiel standen. Zu bedauern ist allerdings, dass sich das Bundesgericht bei der Interessenabwägung zu wenig mit der Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffes für die Integration und das Kindeswohl auseinander gesetzt hat.*

- A. Einleitung
- B. Zusammenfassung der Bundesgerichtentscheide
  - I. Prüfungsdispensation am Samstag
  - II. Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht
- C. Analyse der Entscheide
  - I. Grundbegriffe
    - 1. Praxisänderung
    - 2. Sonderstatusverhältnis
    - 3. Schuldspensation
  - II. Prüfung der Verfassungsmässigkeit
    - 1. Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV
      - a Sachlicher Schutzbereich
      - b Persönlicher Schutzbereich
    - 2. Eingriff
    - 3. Gesetzliche Grundlage Art. 36 Abs. 1 BV
    - 4. Öffentliches Interesse Art. 36 Abs. 2 BV
    - 5. Verhältnismässigkeit Art. 36 Abs. 3 BV
      - a Verfassungsrechtliche Vorgaben
      - b Kindeswohl
      - c Integration und sozioökonomische Verhältnisse
      - d Geordneter und effizienter Schulbetrieb
- D. Schlussbemerkungen

Helen Keller ist ordentliche Professorin für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Zürich, Nicole Bürli ist wissenschaftliche Assistentin an ihrem Lehrstuhl.

## A. Einleitung

Das Bundesgericht hat in zwei jüngeren Entscheiden zu den aus der Religionsfreiheit fließenden Ansprüchen im Schulunterricht Stellung genommen. Die Ergebnisse erscheinen auf den ersten Blick widersprüchlich, entscheidet sich doch das Bundesgericht einmal für eine der Glaubens- und Gewissensfreiheit gegenüber grosszügigen Haltung und das andere Mal für ein restriktiveres Verständnis, das vorsieht, dass die Religionsfreiheit zugunsten der Integration der Kinder in den Schulalltag zurückweichen muss. Letzteres stellt eine Praxisänderung gegenüber früheren Entscheiden dar.

Nachfolgend sollen die beiden Entscheide in den Kontext der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Glaubens- und Gewissensfreiheit gestellt werden. Die Entscheide sind nicht zuletzt deshalb interessant, weil sie verschiedene Grundbegriffe des Staatsrechts (Praxisänderung, Sonderstatusverhältnis und Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit) aufnehmen. Schliesslich stellen die Entscheide auch Paradebeispiele für die Tatsache dar, dass die Rechtsauffassung in einem bestimmten Gebiet wandelbar ist.

## B. Zusammenfassung der Bundesgerichtentscheide

### I. Prüfungsdispensation am Samstag<sup>1</sup>

Der Beschwerdeführer A ist Angehöriger der Freikirche der Siebenten-Tages-Adventisten. Er besucht die letzte Klasse des Gymnasiums. Da drei der fünf Maturitätsprüfungen an einem Samstag stattfinden sollten, stellte er bei der Schuldirektion ein Gesuch um Verschiebung der Prüfung, damit er den Sabbat einhalten kann. Das Gesuch wurde abgewiesen, ebenso die dagegen erhobenen Beschwerden. Im Mai 2007 gelangte A mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und rügte die Verletzung der Glaubens- und

<sup>1</sup> BGE 134 I 114 ff. (Staatsrat des Kantons Tessin), (übersetzt in: Pra 97[2008] 717 ff.).

<sup>2</sup> Das Bundesgericht ist auf die Sache in der Form einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten, und zwar obwohl A nicht mehr über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse verfügte. Es bestätigte damit seine Praxis, dass ausnahmsweise auf das aktuelle Rechtsschutzinteresse verzichtet werden kann, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte, BGE 134 I 114 (Fn. 1) E. 1.2 S. 115 (Erwägung nicht in der Amtl. Sammlung publiziert).

Gewissensfreiheit.<sup>2</sup> Das Bundesgericht prüfte, ob das Interesse der Schule, dass alle Prüfungskandidaten die Prüfungen am Samstag ablegen, oder das Interesse von A, die Prüfungen an einem anderen Tag zu schreiben, überwiegt. Das Bundesgericht sprach sich einerseits für eine restriktive Handhabung von Nachholprüfungen aus, weil ein öffentliches Interesse daran besteht, dass alle Schüler die gleiche Prüfung an demselben Tag ablegen und eine Nachholprüfung einen Mehraufwand darstellt. Andererseits seien Nachholprüfungen nichts Aussergewöhnliches und würden bei Krankheit, Unfall oder Todesfall in der Familie auch regelmässig gewährleistet. Da solche Gesuche zudem in ihrer Anzahl begrenzt sind, dürften sie den effizienten Schulbetrieb und den ordentlichen Prüfungsverlauf nicht beeinträchtigen. In der Interessenabwägung nahm das Interesse von A an der Einhaltung des religiösen Ruhetages ein grösseres Gewicht ein als das öffentliche Interesse an der Durchführung aller Prüfungen am Samstag.

## II. Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht<sup>3</sup>

Im Oktober 2006 ersuchte der tunesische Staatsangehörige A den Stadtschulrat der Stadt Schaffhausen darum, seine Söhne X und Y vom obligatorischen Schwimmunterricht der Primarschule zu befreien, weil der gemischtgeschlechtliche Schwimmunterricht nicht mit den religiösen Überzeugungen der muslimischen Familie vereinbar sei. Der Stadtschulrat wies das Gesuch ab. Die kantonalen Rechtsmittel waren alle erfolglos. Im Dezember 2007 gelangte der Beschwerdeführer mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht und machte einen Anspruch auf Dispensation vom Besuch des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts gestützt auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV geltend. In der Interessenabwägung hielt das Bundesgericht fest, dass das Obligatorium des Schulbesuches, einschliesslich des Schwimmunterrichts, für die Chancengleichheit, das Kindeswohl sowie für die Integration von Angehörigen fremder Länder, Kulturen und Religionen ein gewichtiges öffentliches Interesse darstellt. Dem Aspekt der Integration verlieh das Bundesgericht besondere Gewichtung. Es ist der Ansicht, dass eine Befreiung vom Schwimmunter-

richt den Integrationsbemühungen zuwiderläuft. Dabei seien vor allem zwei Aspekte zu berücksichtigen. Erstens hat die Zahl muslimischer Ausländer in der Schweiz zugenommen, was zusätzliche Anstrengungen zur Einbindung der Kinder in die geltenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen verlange. Zweitens würde eine Dispensation das Erlernen des natürlichen und in der hiesigen Gesellschaft üblichen Zusammenseins mit dem andern Geschlecht erheblich erschweren. Aus diesen Gründen gelangte das Bundesgericht zur Überzeugung, dass sich die äusseren Verhältnisse derart geändert haben, dass gegenüber früheren Entscheiden eine Praxisänderung angezeigt ist.

## C. Analyse der Entscheide

### I. Grundbegriffe

#### 1. Praxisänderung

Eine Änderung der Praxis ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wenn ernsthafte und sachliche Gründe dafür vorliegen. Diese Gründe müssen umso gewichtiger sein, je länger die als nicht mehr richtig erkannte Praxis befolgt wurde.<sup>4</sup> Eine Praxisänderung kommt nur in Frage, wenn die neue Lösung einer besseren Erkenntnis der ratio legis entspricht, sich die äusseren Verhältnisse oder Rechtsanschauung derart geändert haben, dass die bisherige Praxis nicht mehr beibehalten werden kann.<sup>5</sup> Eine Praxisänderung bedingt somit immer eine Interessenabwägung. Einerseits erfordert das Gebot der richtigen Rechtsanwendung, eine als unrichtig erkannte Praxis zu ändern. Andererseits erfordert das Gebot der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, eine einmal begründete Praxis beizubehalten, sodass sich alle Bürger auf die Auslegung einer Norm verlassen können.<sup>6</sup>

Die Vorinstanz hatte in bewusster Abweichung zur bisherigen Bundesgerichtspraxis entschieden. Ihre Praxisänderung begründete sie mit den veränderten soziokulturellen Verhältnissen und den erheblichen und überwiegenden Interessen an der gesellschaftlichen Integration. Diese Argumentation wird im Rahmen der Verhältnismässigkeit genauer analysiert werden (vgl. hinten C. II. 5).

<sup>3</sup> BGE 135 I 79 ff.; auch publiziert in EuGRZ 36 (2009) 121 ff.

<sup>4</sup> BGE 127 I 49 E. 3c S. 52.

<sup>5</sup> BGE 135 I 79 (Fn. 3) E. 3 S. 82.

<sup>6</sup> Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller: Schweizerisches Bundesstaatsrecht (7. A. Zürich/Basel/Genf 2008) Nr. 768.

## 2. Sonderstatusverhältnis

In beiden Entscheiden weist das Bundesgericht auf das Sonderstatusverhältnis der Schüler gegenüber der Schule hin.<sup>7</sup> Von einem Sonderstatusverhältnis spricht man, wenn eine Person in einer besonders engen Beziehung zum Staat oder zu einer öffentlichen Anstalt steht. Als Beispiel zu nennen wären Strafgefangene, Soldaten und Schüler.<sup>8</sup> Aus einem solchen speziellen Verhältnis zwischen Person und Staat ergeben sich besondere Pflichten und Einschränkungen der Freiheitsrechte wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Die Begründung eines Sonderstatusverhältnisses und der wesentliche Inhalt des Rechtsverhältnisses bedürfen immer einer gesetzlichen Grundlage.<sup>9</sup> Regelungen von Einzelheiten hingegen können auch an die Exekutive delegiert werden.<sup>10</sup> Im Kontext der Schule bildet meist ein kantonales Schulgesetz die gesetzliche Grundlage. So auch in den vorliegenden Fällen. Das Tessiner Schulgesetz begründet nicht nur das Sonderstatusverhältnis der Schüler zur Schule, sondern sieht auch die Möglichkeit vor, die Maturitätsprüfung an einem Samstag abzuhalten.<sup>11</sup> Ähnliches gilt auch für das Schaffhauser Schulgesetz, welches die Begründung des Sonderstatusverhältnisses regelt und besagt, dass Knaben und Mädchen Anspruch auf gleiche Ausbildung haben.<sup>12</sup>

Auch Personen, die in einem Sonderstatus zum Staat stehen, haben Anspruch auf die Verwirklichung ihrer Freiheitsrechte.<sup>13</sup> Grundrechtseinschränkungen, die sich aus dem Sonderstatusverhältnis ergeben, müssen gestützt auf Art. 36 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.<sup>14</sup>

## 3. Schuldispensation

Obwohl der Schulbesuch obligatorisch ist, gibt es zahlreiche Absenzen aus diversen Gründen. Diese sind zum Teil unvorhersehbar (z.B. bei Krankheit) oder voraussehbar (z.B. bei Gesuchen um Dispensationen an religiösen Feiertagen oder vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen).<sup>15</sup> In

welchem Ausmass Dispensationen zu erteilen sind, bestimmt sich in erster Linie aufgrund der kantonalen Gesetzgebung.<sup>16</sup> Dies ist entweder im Schulgesetz oder in der Schulordnung geregelt. Die Schaffhauser Schulordnung besagt, dass für voraussehbare Schulversäumnisse beim Klassenlehrer bzw. bei der Schulbehörde bei längerem Fernbleiben eine Bewilligung einzuholen ist. Eine Dispensation wird dann auf Vorliegen eines ärztlichen Zeugnisses oder anderer stichhaltiger Gründe bewilligt.<sup>17</sup> Die Dispensation aus religiösen Gründen wird nicht explizit erwähnt. Im Kanton Tessin enthält weder das Schulgesetz noch die Schulordnung<sup>18</sup> eine Regel über Absenzen oder Dispensationen. Daher werden Dispensationsgesuche aus religiösen Gründen regelmässig aufgrund der Glaubens- und Gewissensfreiheit beurteilt. Ein Schüler hat demnach Anspruch auf eine Dispensation, wenn sein Anliegen in den sachlichen und persönlichen Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit fällt und eine Verweigerung der Dispensation nicht verfassungskonform wäre.

## II. Prüfung der Verfassungsmässigkeit

### 1. Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV

#### a Sachlicher Schutzbereich

Art. 15 BV gewährleistet die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Geschützt ist sowohl die innere Freiheit zu glauben, nicht zu glauben oder seine religiösen Anschauungen zu ändern, wie auch die äussere Freiheit, entsprechende Überzeugungen zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten.<sup>19</sup> Zur derart gewährleisteten Religionsausübung zählt auch das Einhalten religiöser Feiertage.<sup>20</sup> Folglich ist das Gebot der Siebenten-Tages-Adventisten, das die Einhaltung des Sabbats an Samstagen vorschreibt, durch Art. 15 BV geschützt. Art. 15 BV gewährleistet auch, dass jeder nach seinen religiösen Überzeugungen leben und Glaubensregeln befolgen kann. Geschützt ist somit auch das Ge-

<sup>7</sup> BGE 134 I 114 (Fn. 1) E. 6.2 S. 120; BGE 135 I 79 (Fn. 3) E. 6.5 S. 86.

<sup>8</sup> Häfelin/Haller/Keller (Fn. 6) Nr. 328.

<sup>9</sup> BGE 99 Ia 262 E. 4 S. 269; BGE 115 Ia 277 E. 7a S. 288.

<sup>10</sup> BGE 115 Ia 277 E. 7a S. 288.

<sup>11</sup> Art. 1, 2 und 15 Abs. 8 Legge della Scuola (nachfolgend SchG/TI) vom 1. Februar 1990 (RL 5.1.1.1).

<sup>12</sup> Art. 1, 2, 19 Abs. 1 und 22 Abs. 3 Schulgesetz des Kantons Schaffhausen (nachfolgend SchG/SH) vom 27. April 1981 (SHR 410.100).

<sup>13</sup> Regina Kiener/Walter Kälin: Grundrechte (Bern 2007) 272.

<sup>14</sup> Häfelin/Haller/Keller (Fn. 6) Nr. 333.

<sup>15</sup> Zur Kasuistik der unerwarteten und voraussehbaren Absenzen vgl. Herbert Plotke: Schweizerisches Schulrecht (2. A. Bern/Stuttgart/Wien 2003) 399–403.

<sup>16</sup> Peter Hänni/Eva Maria Belser: Die Rechte der Kinder. Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 7 (1998) 146.

<sup>17</sup> §§ 14–16 Verordnung des Erziehungsrates betreffend die Schulordnung der Primar- und Orientierungsschulen des Kantons Schaffhausen vom 31. März 1988 (SHR 411.101).

<sup>18</sup> Regolamento della legge della scuola vom 19. Mai 1992 (RL 5.1.1.1.1).

<sup>19</sup> BGE 134 I 56 E. 4.3 S. 60.

<sup>20</sup> Für eine Liste geschützter religiöser Tätigkeiten vgl. Urs Josef Cavelti/Andreas Kley, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (nachfolgend St. Galler Kommentar) (2. A. Zürich/St. Gallen 2008) Art. 15 BV N 10.

bot von Moslems, am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht nicht teilnehmen zu müssen.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit vermittelt sowohl Abwehransprüche wie auch Gewährleistungs- und, in besonderen Fällen spezielle Leistungsansprüche gegenüber dem Staat.<sup>21</sup> Die Religionsfreiheit als Abwehrrecht verpflichtet den Staat zu religiös neutralem Verhalten.<sup>22</sup> Dies bedeutet, dass der Staat sich nicht mit einer Religion identifizieren und sich nicht zu Fragen theologischer Richtigkeit und Legitimität äussern darf.<sup>23</sup> Der Staat muss zudem auch für die Verwirklichung der Grundrechte sorgen. Aus dieser Gewährleistungspflicht kann der Anspruch auf Dispensation aus religiösen Gründen abgeleitet werden.<sup>24</sup> Einen positiven Leistungsanspruch kann die Glaubens- und Gewissensfreiheit in Sonderstatusverhältnissen gewähren.<sup>25</sup>

Auch religiöse Minderheitenmeinungen und Überzeugungen, die stark vom Landesüblichen abweichen, fallen in den sachlichen Schutzbereich von Art. 15 BV.<sup>26</sup> Das Obergericht des Kantons Schaffhausen wollte die religiöse Minderheitenmeinung zwar nicht vom Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausnehmen, ihr aber in der Interessenabwägung ein deutlich weniger grosses Gewicht einräumen, weil das Verbot des gleichgeschlechtlichen Schwimmunterrichts nicht zu den zentralen Forderungen des muslimischen Glaubens gehöre, sondern lediglich einer sehr streng dogmatischen Auffassung entspreche, welche von nur wenigen Muslimen geteilt werde.<sup>27</sup> Das Bundesgericht kritisierte diese Auffassung zu Recht.<sup>28</sup> Die Religionsfreiheit und das damit verbundene Gebot der religiösen Neutralität wollen gerade auch religiöse Minderheiten schützen. Das gilt ebenso für Minderheitenmeinungen innerhalb einer Minderheitenreligion.<sup>29</sup>

## b Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich von Art. 15 BV erfasst alle natürlichen Personen, auch Kinder und Jugendliche.<sup>30</sup> Bis zum 16. Lebensjahr bestimmen

jedoch die Eltern die religiöse Erziehung der Kinder (Art. 303 Abs. 1 ZGB). Das heisst, die Rechte, die aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit fließen, werden durch die Eltern wahrgenommen (Art. 304 Abs. 1 ZGB).<sup>31</sup>

Dies bedeutet, dass der Gymnasiast A als natürliche Person unter den persönlichen Schutzbereich von Art. 15 BV fällt und sich selbstständig darauf berufen kann. Die Kinder X und Y sind ebenfalls vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Mangels Religionsmündigkeit werden ihre Rechte jedoch von den Eltern wahrgenommen.

## 2. Eingriff

Wenn immer eine staatliche Massnahme einen grundrechtlich geschützten Anspruch reduziert, sprechen wir von einem Grundrechtseingriff.<sup>32</sup> In den hier besprochenen Fällen besteht der Grundrechtseingriff in der Verweigerung der Dispensation vom Schulunterricht, denn dieser verhindert, dass sowohl A als auch X und Y ihren religiösen Geboten, welche in den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit fallen, nachgehen können. Das Vorliegen eines Eingriffes war in beiden Entscheiden unbestritten. Ebenso die Tatsache, dass jeweils die zuständige Behörde entschieden hatte.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit bietet keinen absoluten Schutz. Vielmehr sind Einschränkungen bzw. Eingriffe möglich, sofern die Voraussetzungen von Art. 36 BV kumulativ erfüllt sind.

## 3. Gesetzliche Grundlage Art. 36 Abs. 1 BV

Art. 36 Abs. 1 BV besagt, dass Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Einschränkungen müssen demzufolge in einer generell-abstrakten Norm geregelt sein. Bei schweren Grundrechtseinschränkungen verlangt die Verfassung, dass diese in einem Gesetz vorgesehen sind (Art. 36 Abs. 1 BV Satz 2).<sup>33</sup> In beiden Entscheiden stützten sich die Schulbehörden auf die kantonalen Schulgesetze, d.h. auf einen Erlass, der vom Gesetzgeber im ordentlichen Verfahren verabschiedet worden ist. Die qualifizierten Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV Satz 2 BV sind somit erfüllt. Im Fall der Dispensation von der Maturitätsprüfung bestimmt Art. 15 Abs. 8 SchG/TI, dass Maturitätsprüfungen auch am Samstagmorgen stattfinden dürfen. Folglich genügt die gesetzliche Grundlage bezüglich Normstufe und Be-

<sup>21</sup> Zum Inhalt einzelner Ansprüche vgl. *Kiener/Kälin* (Fn. 13) 31–37.

<sup>22</sup> Vgl. *Urs Josef Cavelti/Andreas Kley* in *St. Galler Kommentar* (Fn. 20) Art. 15 BV N 17.

<sup>23</sup> *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*: *Grundrechte in der Schweiz* (4. A. Bern 2008) 269.

<sup>24</sup> Vgl. *Rainer J. Schweizer* in *St. Galler Kommentar* (Fn. 20) Art. 35 N 9; vgl. auch *Kiener/Kälin* (Fn. 13) 271.

<sup>25</sup> *Kiener/Kälin* (Fn. 13) 272.

<sup>26</sup> BGE 119 Ia 178 E. 7e S. 193.

<sup>27</sup> Urteil des Schaffhauser Obergerichts OGE 60/2007/24 vom 14. Dezember 2007 E. 2d.ff. (Internetpublikation).

<sup>28</sup> BGE 135 I 79 (Fn. 3) E. 4.4 und 4.5 S. 83–84.

<sup>29</sup> Vgl. *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*: *Droit constitutionnel suisse II* (2<sup>e</sup> éd. Bern 2006) No. 474.

<sup>30</sup> Ebenda No. 461.

<sup>31</sup> Ebenda No. 462.

<sup>32</sup> *Kiener/Kälin* (Fn. 13) 80.

<sup>33</sup> Für die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vgl. *Auer/Malinverni/Hottelier* (Fn. 29) No. 189–193.

stimmtheit. Im Fall des Gesuches um eine Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Unterricht stützten sich die Behörden auf verschiedene Bestimmungen des kantonalen Schulgesetzes. Art. 19 Abs. 1 SchG/SH besagt, dass beide Geschlechter Anspruch auf gleiche Bildungsmöglichkeit haben. Art. 22 Abs. 3 SchG/SH verlangt weiter, dass Knaben und Mädchen die gleiche Ausbildung anzubieten ist. Das Gesetz sieht somit auf der Grundschulstufe keine Trennung nach Geschlechtern vor, auch nicht für den Schwimmunterricht. Das Bundesgericht argumentiert, dass der gemischtgeschlechtliche Unterricht, auch Sport- und Schwimmunterricht, der Wahrung der Chancengleichheit dient, was gerade dem Ziel von Art. 19 und 22 SchG/SH entspricht. Auch in diesem Fall konnten sich die Schulbehörden deshalb auf eine genügende gesetzliche Grundlage für den koeduktiven Schwimmunterricht stützen.

#### 4. Öffentliches Interesse Art. 36 Abs. 2 BV

Neben dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage muss ein Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 36 Abs. 2 BV einem öffentlichen Interesse dienen. Im öffentlichen Interesse liegt das, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um seine Aufgaben zu erfüllen. Drunter fallen polizeiliche Interessen (öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) sowie Interessen, deren Wahrnehmung durch Aufgabennormen der Bundesverfassung, kantonale oder eidgenössische Gesetze oder völkerrechtliche Normen vorausgesetzt oder vorgeschrieben ist (Raumplanung, Umweltschutz).<sup>34</sup> In den vorliegenden zwei Fällen zählt das Bundesgericht folgende Aspekte zu den öffentlichen Interessen, die einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit rechtfertigen können: den geordneten und effizienten Schulbetrieb, das Schulobligatorium, die Integration von Angehörigen fremder Länder, Religionen und Kulturen, das Kindeswohl sowie die Chancengleichheit.

#### 5. Verhältnismässigkeit Art. 36 Abs. 3 BV

##### a Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die in Art. 36 Abs. 3 BV genannte Verhältnismässigkeit erfordert, dass der staatliche Eingriff in die Religionsfreiheit (vorliegend die Verweigerung einer Dispensation) geeignet und erforderlich ist, um das öffentliche Interesse zu verwirklichen, und zudem ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem

öffentlichen Interesse (Eingriffszweck) und den privaten Interessen (Eingriffswirkung) besteht. Unverhältnismässig sind demnach Eingriffe, die für die betroffene Person viel schwerer wiegen, als es ein allenfalls nicht realisiertes öffentliches Interesse rechtfertigen würde.<sup>35</sup>

In der Verhältnismässigkeit liegt häufig die eigentliche Krux von Grundrechtsfällen. Deshalb ist gerade in diesem Punkt ein methodisch sauberes Vorgehen von zentraler Bedeutung. Das Bundesgericht äussert sich oft nicht ausdrücklich zu den einzelnen Schritten der Verhältnismässigkeit, sondern geht von einer Gesamtsicht aus, in der es private und öffentliche Interessen gegeneinander abwägt.<sup>36</sup> So ging es auch in den vorliegenden Fällen vor. Immerhin schälte es verschiedene Elemente der Verhältnismässigkeitsprüfung heraus.

##### b Kindeswohl

Im Schaffhauser Entscheid um die Dispensation vom Schwimmunterricht stützt sich das Bundesgericht massgeblich auf das Kindeswohl. Dies steht in einem gewissen Gegensatz zu seinem Entscheid aus dem Jahre 1993, welcher ein Dispensationsgesuch eines Mädchens vom koeduktiven Schwimmunterricht betraf.<sup>37</sup> Damals vertrat das Bundesgericht die Meinung, dass die Interessen des Kindes erst dann über die Interessen der Eltern gestellt werden dürfen, wenn das Kindeswohl in massgeblicher Weise belastet würde. Als massgebliche Belastung erachtete das Bundesgericht etwa eine Gefährdung der Gesundheit, der Ausbildung oder der Chancengleichheit.<sup>38</sup> Wenn keine Anzeichen für eine Gefährdung erkennbar waren, wurde den Interessen der Eltern an der richtigen religiösen Erziehung gegenüber dem Kindeswohl Vorrang eingeräumt. Von dieser Argumentation distanzierte sich das Bundesgericht im Schaffhauser Fall, indem es das Kindeswohl ins Zentrum seiner Überlegungen stellte. Gemäss Bundesgericht ist es für das Wohl des Kindes unerlässlich, dass es mit dem Element Wasser vertraut gemacht wird und schwimmen lernt. Das Bundesgericht weist auch darauf hin, dass immer wieder Kinder und Jugendliche ertrinken, weil sie nicht schwimmen können. Entgegen seiner früheren Auffassung<sup>39</sup> ist das Bundesgericht heute der Meinung, dass Schwimmen zum unverzichtbaren Lerninhalt gehört.<sup>40</sup> Das Bundesgericht

<sup>35</sup> Vgl. Häfelin/Haller/Keller (Fn. 6) Nr. 320–323.

<sup>36</sup> So z.B. im BGE 119 Ia 178 (Fn. 26) E. 8a S. 194.

<sup>37</sup> BGE 119 Ia 178 ff. (Fn. 26).

<sup>38</sup> Ebenda E. 8a S. 194–195.

<sup>39</sup> Ebenda E. 8b S. 195.

<sup>40</sup> BGE 135 I 79 (Fn. 3) E. 7.1. S. 86–87.

stützt sich dabei zur Begründung auf Art. 3 Ziff. 1 der UNO-Kinderrechtskonvention, wonach «bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist».<sup>41</sup>

Das Kindeswohl wird in der Kinderrechtskonvention nicht näher definiert. Die Auslegung dieses Begriffes ist vielmehr Aufgabe der nationalen Rechtsprechungsorgane.<sup>42</sup> In der Bundesverfassung ist das Kindeswohl in Art. 11 BV verankert. Art. 11 BV vermittelt Kindern und Jugendlichen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Laut Bundesgericht verleiht Art. 11 BV dem Kindeswohl damit Verfassungsrang und gilt als oberste Maxime des Kindesrechts.<sup>43</sup> Gestützt auf die Garantien der Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention müssen für die Bestimmung des Kindeswohles die Bildungsrechte des Kindes, das Recht auf Privat- und Familienleben, das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung durch die Schulbehörden, das Recht auf Anhörung und die Achtung der Glaubens- und Gewissensfreiheit beachtet werden.<sup>44</sup> Jedes staatliche Handeln muss somit diese Garantien berücksichtigen. Angewandt auf die Dispensationsgesuche wegen der Glaubens- und Gewissensfreiheit müssen somit folgende Kriterien berücksichtigt werden: Bedeutung des Bildungsinhaltes, die weiteren Bildungs- und Berufschancen, die Integration des Kindes in den Schulbetrieb, der mögliche Loyalitätskonflikt mit den Eltern, die Meinung und Einstellung des Kindes sowie die Auswirkungen der Dispensation auf die Stellung des Kindes in der Klasse.<sup>45</sup>

Die Bedeutung des Bildungsinhaltes ist somit ein Element bei der Beurteilung von Dispensationen. Im Bereich des Turn- und Sportunterrichts

ist als bundesrechtliche Vorgabe die eidgenössische Bundesverordnung über die Förderung von Turnen und Sport zu berücksichtigen. Diese schreibt den Kantonen vor, für qualitativ guten Sportunterricht, der die koordinativen und konditionellen Fähigkeiten sowie die soziale Kompetenz der Schülerinnen und Schüler entwicklungspezifisch fördert, zu sorgen.<sup>46</sup> Im Übrigen legen die Kantone mittels Schulgesetz und Bildungsplänen die Bildungsziele im Bereich Sport selber fest.<sup>47</sup> Der Kanton Schaffhausen hat die praktisch-körperliche Erziehung in die Bildungsziele des Schulgesetzes aufgenommen.<sup>48</sup> Der konkrete Inhalt des Turn- und Sportunterrichts wird jedoch weder von der Verordnung noch vom kantonalen Schulgesetz umschrieben. Im kantonalen Recht weist nichts darauf hin, dass Schwimmen als zentraler oder gar zwingender Lernstoff angesehen wird. Dass die Meinungen zur Bedeutung des Schwimmunterrichts auseinanderfallen, zeigt die Tatsache, dass Schwimmen nur in wenigen Kantonen zum obligatorischen Unterricht zählt. Tatsächlich äussern sich nur wenige kantonale Erlasse und Lehrpläne zur Verbindlichkeit des Schwimmunterrichts. Eine Umfrage des Dachverbandes der Schwimmverbände «swimsports» hat ergeben, dass in 17 Kantonen<sup>49</sup> zwar eine Bestimmung zur Erteilung von Schwimmunterricht existiert, diese jedoch häufig als unverbindlich angesehen wird. «Swimsports» schätzt, dass ein Drittel der Kinder nie Schwimmunterricht in der Schule geniessen.<sup>50</sup> Ähnliche Ergebnisse liefert eine Studie der pädagogischen Hochschule Zürich. Diese Studie weist zudem darauf hin, dass Lehrpläne, die Bestimmungen zum Schwimmunterricht enthalten, die Verbindlichkeit relativieren, indem sie Kann- bzw. Sollformulierungen verwenden oder auf örtliche Gegebenheiten Rücksicht nehmen.<sup>51</sup>

Schwimmen ist zweifelsohne eine unerlässliche Fähigkeit für den Besuch von Schwimmbädern etc., jedoch dient der Besuch von Schwimmbädern im Erwachsenenalter lediglich der Freizeitbeschäftigung. Versäumter Schwimmunterricht versperrt

<sup>41</sup> Art. 3 Ziff. 1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK) vom 20. November 1989, 1577 U.N.T.S. 3 [1989], SR 0.107, ratifiziert durch 193 Staaten (Stand April 2009), in Kraft seit dem 2. September 1990, für die Schweiz seit dem 26. März 1997.

<sup>42</sup> *Beatrice Früh*: Die UNO-Kinderrechtskonvention (Diss. Zürich 2007) 33. Zum Kindeswohl der KRK vgl. auch *Stephan Wolf*: Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 134 (1998) 118–119 und 132. Zum zivilrechtlichen Begriff des Kindeswohls vgl. etwa *Ingeborg Schwenzler*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (3. A. Basel 2006) Art. 301 ZGB N 4–6; *Regula Gerber Jenni*: Das Zusammenleben von Kindern und Eltern, in: *Regula Gerber Jenni/Christina Hausammann* (Hrsg.): Die Rechte des Kindes (Basel/Genf/München 2001) 155–156.

<sup>43</sup> BGE 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373. Für Art. 11 BV vgl. auch *Giovanni Biaggini*: Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt?, in: *Jenni/Hausammann* (Fn. 4) 25 ff.; *Müller/Schefer* (Fn. 23) 801 ff.

<sup>44</sup> *Judith Wyttenbach/Walter Kälin*: Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP 14 (2005) 322.

<sup>45</sup> Ebenda.

<sup>46</sup> Art. 1 Abs. 2 Verordnung über die Förderung von Turnen und Sport vom 21. Oktober 1987 (SR 415.01).

<sup>47</sup> Vgl. *Plotke* (Fn. 15) 5.

<sup>48</sup> Art. 3 Abs. 4 SchulG/SH (Fn. 12).

<sup>49</sup> Nach eigenen Angaben der kantonalen Erziehungsdepartemente haben neun Kantone keine Bestimmungen für die Erteilung von Schwimmunterricht. Der Kanton Jura fehlt in dieser Erhebung.

<sup>50</sup> Vgl. Übersicht über die Antworten der kantonalen Erziehungsdepartemente auf die Umfrage der Schwimmsportverbände und J+S zum Thema Sicherheit und Qualität im Schwimmunterricht 2005 (<http://www.swimsports.ch/pdf/de/EzD-Übersicht-Antw.pdf>) [zuletzt besucht am 7. April 2009].

<sup>51</sup> Vgl. *Anna-Verena Fries/Jürg Baumberger/Bruno Eglhoff*: Volksschullehrpläne der Deutschschweiz für «Bewegung und Sport», Schlussbericht der Pädagogischen Hochschule Zürich vom 20.8.2008 S. 24–25 ([http://www.phzh.ch/dotnetscripts/ForschungsDB/Files/309/Bericht\\_8Aug08.pdf](http://www.phzh.ch/dotnetscripts/ForschungsDB/Files/309/Bericht_8Aug08.pdf)) [zuletzt besucht am 7. April 2009].

aber weder den Zugang zu weiterer Bildung, noch schmälert er die künftigen Berufschancen im Allgemeinen. Die Argumentation des Bundesgerichts, dass der Besuch des Schwimmunterrichts für das Wohl des Kindes unerlässlich sei, überzeugt daher nicht vollumfänglich.

Ein weiterer Aspekt, den es bei der Ermittlung des Kindeswohls zu beachten gilt, ist der mögliche Loyalitätskonflikt des Kindes gegenüber seiner Familie.<sup>52</sup> Dies ist ein gewichtiges Argument, das sowohl von den kantonalen Behörden als auch vom Bundesgericht unerwähnt blieb. Durch die Teilnahme am Schwimmunterricht kann das Kind in einen Gewissenskonflikt geraten, weil es etwas tun muss, das seine Eltern verbieten. Aus der Sachverhaltsschilderung im Bundesgerichtsentscheid geht nicht hervor, ob ein solcher Gewissenskonflikt vorlag und wie sehr der Besuch des Schwimmunterrichts das Verhältnis der Kinder zu den Eltern belasten würde.<sup>53</sup> Die kantonalen Behörden hätten den möglichen Loyalitätskonflikt durch die Befragung der Kinder eruieren müssen.<sup>54</sup>

#### c Integration und sozioökonomische Verhältnisse

Basis für den Entscheid des Bundesgerichtes und eng mit dem Kindeswohl verbunden ist der Aspekt der Integration. Bei der Beurteilung eines Gesuchs um Schuld dispensation aus religiösen Gründen hat sich das Bundesgericht erstmals im BGE 119 Ia 178 mit der Integration auseinandergesetzt. Damals erklärte das Bundesgericht, dass sich aus dem Integrationsprinzip keine Rechtsregel ableiten lässt, wonach sich Angehörige fremder Länder und Kulturen in ihren religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen Einschränkungen auferlegen müssen, die als unverhältnismässig gelten.<sup>55</sup> Die religiösen Interessen des muslimischen Mädchens an der Dispensation vom gemischt-geschlechtlichen Schwimmunterricht nahmen deshalb ein grösseres Gewicht als die In-

tegrationsinteressen ein. Im vorliegenden Schaffhauser Entscheid setzte sich das Bundesgericht bei der Interessenabwägung intensiv mit dem Aspekt der Integration auseinander. Das Bundesgericht argumentiert, dass seit dem Jahre 1993 die Integrationsanliegen in der Öffentlichkeit vermehrt an Gewicht gewonnen haben, was vor allem auf die veränderten sozioökonomischen Verhältnisse zurückzuführen sei.

Die Integration ist spätestens seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)<sup>56</sup> im Jahre 2008 eine staatspolitische Aufgabe. Art. 4 AuG besagt, dass das Ziel der Integration «das Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitige Achtung und Toleranz» ist. Zudem soll die Integration den «längerfristig und rechtmässig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern ermöglichen, am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben der Gesellschaft teilzunehmen».<sup>57</sup> Die eidgenössische Kommission für Migration unterstreicht, dass es Aufgabe des Staates ist, Rahmenbedingungen zu schaffen, um die Integration im Sinne von Partizipation und der Realisierung von Gleichberechtigung zu gewährleisten.<sup>58</sup> Der Staat ist also gehalten, die Eingliederung von ausländischen Personen in die Gesellschaft aktiv zu fördern, ganz besonders bei Kindern und Jugendlichen. Einerseits ist die Chance einer erfolgreichen Integration bei Kindern speziell gross, andererseits ist das Scheitern der Integration bei Kinder und Jugendlichen aber auch besonders gravierend, weil sie bei einem Misserfolg weder in die hiesige noch in die angestammte Gesellschaft integriert sind. Der Staat ist somit auch aufgrund des Kindeswohls verpflichtet, für eine Integration zu sorgen. Damit wird die Integration zu einem zentralen öffentlichen Interesse.<sup>59</sup>

Ob die Dispensation vom Schwimmunterricht bzw. deren Verweigerung für die Integration erforderlich ist, wird seit dem Bundesgerichtsentscheid von 1993<sup>60</sup> in der Literatur unterschiedlich bewertet. Einerseits wurde argumentiert, dass die Geschlechtergleichstellung und Ausländerintegration einen nicht geschlechtergetrennten Schwimmunterricht erfordert. Ins Feld geführt wurde etwa, dass der aufkommende Islamismus die Bereitschaft schmälert, sich der hiesigen staatlichen

<sup>52</sup> Vgl. *Christian R. Tappenbeck/René Pahud de Mortanges: Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, AJP 16 (2007) 1410.*

<sup>53</sup> Auf einen möglichen Loyalitätskonflikt deutet die Tatsache, dass die Kinder X und Y auch nach dem Bundesgerichtsurteil dem Schwimmunterricht fernblieben; vgl. dazu «Trotz Lausanner Urteil – Muslime nicht im Schwimmunterricht», *Tages-Anzeiger* vom 31.1.2009, (<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/TrotzLausanner-Urteil-Muslime-nicht-im-Schulschwimmen/story/24848914>) [zuletzt besucht am 8. April 2009].

<sup>54</sup> Die Befragung der Kinder bzw. die Berücksichtigung des Kindeswillens ist auch aufgrund von Art. 11 Abs. 2 BV und der KRK geboten. Urteilsfähige Kinder haben Mitentscheidungsbefugnisse bei persönlichkeitsnahen Grundrechten wie der Religionsfreiheit. Vgl. dazu *Judith Wyttenbach: Wer definiert das Kindeswohl?*, in: *Claudia Kaufmann/Franz Ziegler* (Hrsg.): *Kindeswohl* (Zürich/Chur 2003) 43–44; *Konrad Sahlfeld: Aspekte der Religionsfreiheit* (Diss. Luzern 2004) 339.

<sup>55</sup> BGE 119 Ia 178 (Fn. 26) E. 8d S. 196.

<sup>56</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

<sup>57</sup> Ebenda Art. 4 Abs. 4.

<sup>58</sup> [http://www.ekm.admin.ch/de/themen/integration.php\\_ein](http://www.ekm.admin.ch/de/themen/integration.php_ein) [zuletzt besucht am 8. April 2009].

<sup>59</sup> Für eine Auseinandersetzung mit dem Begriff Integration vgl. *Doris Bianchi: Die Integration der ausländischen Bevölkerung* (Diss. Zürich 2003) 11–17.

<sup>60</sup> BGE 119 Ia 178 (Fn. 26).

Ordnung und des Schulwesens unterzuordnen, und so die Integration gefährden würde.<sup>61</sup> Schon Sonderbewilligungen im Schulbereich können den Effekt haben, Kinder in eine Aussenseiterrolle zu drängen und Fremdenfeindlichkeiten zu schüren.<sup>62</sup> Die Integration verlange zwar keine Assimilation, Ausländer müssten sich aber in einer fremden Gesellschaft zurechtfinden und auch gewisse Anpassungsleistungen vornehmen. Dazu würde auch die Akzeptanz der grundlegenden Regeln des Zusammenlebens gehören.<sup>63</sup>

Andererseits wurde die Meinung vertreten, dass die Integration eine grosszügige Dispensationspraxis geradezu erfordere. Denn Einschränkungen in die Glaubens- und Gewissensfreiheit durch die Schule könnten Eltern veranlassen, ihr Kind in eine Privatschule oder in das Heimatland zu schicken.<sup>64</sup> Zudem können schwere Einschränkungen in die Glaubens- und Gewissensfreiheit einem Assimilierungszwang gleichkommen, was Minderheiten an den Rand der Gesellschaft und in Subkulturen drängen könnte.<sup>65</sup>

Wie oben erwähnt, begründet das Bundesgericht die Erforderlichkeit mit den veränderten sozio-ökonomischen Verhältnissen. Da sich die Zahl der muslimischen Ausländer seit den 90er-Jahren fast verdreifacht hat, sind «heute noch vermehrt als früher Anstrengungen zur Angewöhnung und Einbindung der Kinder und Jugendlichen aus anderen Kulturen in die hier geltenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen»<sup>66</sup> nötig. Gemäss Bundesgericht kann nur auf diese Weise gewährleistet werden, dass Kinder und Jugendliche aus anderen Kulturen am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben teilnehmen, was für den sozialen Frieden, den Zusammenhalt von Staat und Gesamtgesellschaft und die Chancengleichheit unabdingbar ist. Das Bundesgericht erwähnt ausdrücklich, dass dem obligatorischen Schulunterricht grundsätzlich Vorrang zukommt und Ausnahmen nur mit Zurückhaltung zu gewähren seien. Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass die Befreiung vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht den vielfältigen Bestrebungen zur Integration von Kindern und Jugendlichen aus fremden Kulturen zuwiderlaufen würde. Den Kin-

dern würde es erheblich erschwert, sich an das natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht zu gewöhnen.<sup>67</sup> Folglich gewichtete das Bundesgericht die Integration höher als die Glaubens- und Gewissensfreiheit von X und Y.

Der Vorrang des Schulobligatoriums durch die hohe Gewichtung der Integration vermag politisch durchaus zu überzeugen, denn das Bundesgericht lässt erkennen, dass die Geschlechtertrennung und die Vermeidung des Anblicks des leicht bekleideten anderen Geschlechts nicht dem natürlichen Zusammensein der hiesigen Gesellschaft entsprechen. Eine solche Geschlechtertrennung ist für unsere Gesellschaft unnatürlich und kann die Emanzipation der Frau gefährden. Dennoch ist die Integration sehr vielschichtig. Das Zusammensein der Geschlechter und die Sozialisierung ist nur ein Aspekt der Integration, welcher zudem auch im übrigen Sportunterricht erlernt werden kann. Das Bundesgericht hätte klar erläutern müssen, inwiefern die Teilnahme am Schwimmunterricht für die Integration von X und Y erforderlich ist bzw. wie die Dispensation die zahlreichen Aspekte der Integration gefährden würde. Die Erforderlichkeit verlangt, dass es kein milderes Mittel gibt, das das öffentliche Interesse auch gewährleisten würde. Daher muss klar begründet werden, warum die Teilnahme am Schwimmunterricht und kein anderes, milderes Mittel für die Integration in Frage kommt.

#### d Geordneter und effizienter Schulbetrieb

Im Entscheid um die Dispensation von der Maturitätsprüfung am Samstag stellte das Bundesgericht die Glaubens- und Gewissensfreiheit dem öffentlichen Interesse an einem geordneten und effizienten Schulbetrieb gegenüber.<sup>68</sup> Dabei liegt der geordnete und effiziente Schulbetrieb sowohl im Interesse der Schüler als auch im Interesse der Lehrer und der Schule. Das Interesse der Schüler besteht darin, die gleiche Prüfung mit dem gleichen Schwierigkeitsgrad unter gleichen Bedingungen wie alle andern abzulegen, zumal die Prüfungsbewertung sich auch auf den Vergleich zwischen den Arbeiten und Ergebnissen stützt.<sup>69</sup> Das Interesse der Lehrer und Schule liegt darin, einen übermässigen Verwaltungs- und Vorbereitungsaufwand sowie höhere Kosten zu vermeiden.<sup>70</sup> Die Praxis von Schuldispensen an Feiertagen aus religiösen Gründen war nicht immer die gleiche. In einem Entscheid aus dem Jahre 1940 war das

<sup>61</sup> Hans Peter Moser: Redaktionelle Bemerkungen zum Entscheid 119 Ia 178, ZBL 95 (1994) 39.

<sup>62</sup> Paul Zweifel: Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zivilrecht, ZBJV 131 (1995) 595.

<sup>63</sup> Doris Bianchi (Fn. 59) 28.

<sup>64</sup> Wyttenbach/Kälin (Fn. 44) 322.

<sup>65</sup> Ebenda 323. Vgl. auch Yvo Hangartner: Dispensation einer Primarschülerin vom koedukativen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen, AJP 3 (1994) 624–625; Stephan Hördegen: Grundziele und -werte der «neuen» Bildungsverfassung, ZBL 108 (2007) 123–124. Sämtliche Autoren teilen die Ansicht des Bundesgerichtes in BGE 119 Ia 178.

<sup>66</sup> BGE 135 I 79 (Fn. 3) E. 7.2 S. 87.

<sup>67</sup> Ebenda.

<sup>68</sup> BGE 134 I 114 (Fn. 1) E. 3.2 S. 117.

<sup>69</sup> Ebenda E. 5.1 S. 119.

<sup>70</sup> Ebenda E. 6.2 S. 121.

Bundesgericht der Ansicht, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit keinen Anspruch auf Dispensationen an Samstagen verleihe und gewichtete die bürgerliche Pflicht und damit den Schulbesuch an Samstagen höher als die Religionsfreiheit.<sup>71</sup> Das Bundesgericht trennte sich allmählich von dieser Praxis und befand es als unverhältnismässig, einem Schüler aus religiösen Gründen für fünf aufeinanderfolgende Tage pro Jahr keine Dispensation zu erteilen, zumal Kinder jüdischen Glaubens regelmässig für vier aufeinanderfolgende Tage von der Schule dispensiert werden.<sup>72</sup> Das Bundesgericht betonte jedoch, dass Glaubensüberzeugungen und Religionsvorschriften keine Berücksichtigung finden, wenn der geordnete und effiziente Schulbetrieb nicht mehr gewährleistet ist. Wenn sich aus religiösen Gründen regelmässig Absenzen aufdrängen, steht der Besuch einer Privatschule offen.<sup>73</sup> Im Jahre 1991 verabschiedete sich das Bundesgericht schliesslich von der in BGE 66 I 158 begründeten Rechtsprechung und sprach sich für eine grosszügige Dispensationspraxis aus. Das Bundesgericht betonte, dass die Religionsfreiheit nicht weiter eingeschränkt werden darf, als dies zur Realisierung des öffentlichen Interesses erforderlich und verhältnismässig sei.<sup>74</sup> Diese Praxis wurde nun im Tessiner Fall konsequent angewandt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der geordnete und effiziente Schulbetrieb durch die Dispensation von A am Samstag nicht gefährdet würde. Das Bundesgericht argumentierte, dass der Mehraufwand der Schule und der Lehrer sich in Grenzen halten würde, da aufgrund von Krankheit und Unfall immer Nachholprüfungen geplant werden müssen und zudem solche Anträge eher selten sind.<sup>75</sup> Im Ergebnis war der Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit somit nicht erforderlich.

#### D. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht hat im Schaffhauser Fall einen mutigen Entscheid getroffen. Die Schaffhauser Behörden hatten das Bundesgericht mit ihrem Entscheid aufgefordert, die bisherige Rechtsprechung zu überdenken. Das Bundesgericht akzeptiert die Einladung zu einer Praxisänderung nicht leichtfertig. Auch in diesem Entscheid hat es die sich widersprechenden Interessen sorgfältig abwägen müssen.

Der Schaffhauser Entscheid überzeugt zwar im Ergebnis, nicht aber vollumfänglich in der Begründung. Die starke Betonung der Integration ist zu absolut ausgefallen. Man könnte das Bundesgericht in dem Sinne missverstehen, dass bei ausländischen Kindern a priori keine Dispensation vom Schwimmunterricht mehr möglich ist. Ein solches Verständnis würde der Religionsfreiheit allerdings nicht Genüge tun. Gerade weil die Unerlässlichkeit des Schwimmunterrichts für die Integration und Bildung der Kinder und Jugendlichen im Bundesgerichtsentscheid nicht zweifelsfrei dargelegt worden ist, muss auch in Zukunft im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Den kantonalen Behörden muss es beispielsweise erlaubt sein, eine Dispensation vom Schwimmunterricht zu erteilen, wenn nach den gesamten Umständen dafür Gewähr geleistet wird, dass die Kinder ausserschulisch das Schwimmen erlernen. Auch kann ein allfälliger Gewissenskonflikt bei den Kindern und Jugendlichen in der Interessenabwägung schwer wiegen. In diesen Konstellationen gebietet das Kindeswohl den Interessen der Eltern Vorrang gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Integration einzuräumen.

Im Vergleich zum Schaffhauser Urteil sind die Interessengegensätze im Tessiner Entscheid weniger gross. Während im ersten Fall die Integration des Kindes und das Kindeswohl im Ergebnis den Ausschlag für die Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit gaben, waren im zweiten Fall lediglich einfache öffentliche Interessen – nämlich der geordnete und effiziente Schulbetrieb – involviert. In dieser Interessenlage fiel es dem Bundesgericht leichter, in klarer Weise zugunsten der Religionsfreiheit zu entscheiden.

<sup>71</sup> BGE 66 I 157 E. 2 S. 158.

<sup>72</sup> BGE 114 Ia 129 E. 4c S. 136.

<sup>73</sup> Ebenda E. 3a S. 133.

<sup>74</sup> BGE 117 Ia 311 E. 2b S. 315. Für eine Übersicht zu der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. auch *Walter Kälin*: Grundrechte im Kulturkonflikt (Zürich 2000) 136–137.

<sup>75</sup> BGE 134 I 114 (Fn. 1) E. 6.3 S. 121.