

**Wahlpflichtpool Grundlagen****Musterlösung zur Prüfung im Teilmodul Recht und Religion vom 24. Juni 2014****Aufgabe 1**

Im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK) werden verschiedene *Schutzrichtungen* unterschieden. Was ist damit gemeint? Geben Sie auch Beispiele. (5 Punkte)

Die Schutzrichtung eines Grundrechts bezeichnet den Zustand, der durch die Statuierung des Rechts gewahrt (oder auch herbeigeführt) werden soll. Man unterscheidet bei der Religionsfreiheit zwischen einer subjektiven und einer objektiven Schutzrichtung.

Die subjektive Schutzrichtung meint den Schutz der Freiheit durch die Gewährleistung eines Abwehrrechts gegen staatliche Eingriffe. Das Individuum ist dabei geschützt sowohl im sog. *forum internum*, d.h. in seinem persönlichen religiösen Bekenntnis, als auch in der religiösen Praxis. In diesen geschützten Bereich fallen z.B. das Gebet, der Gottesdienst, religiöse Kleidungsvorschriften oder Speisevorschriften. Ferner ist auch die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft sowie das Recht zur Bildung einer Religionsgemeinschaft durch die Religionsfreiheit gedeckt. Neben dem einzelnen Menschen sind auch Religionsgemeinschaften (des Privatrechts) Grundrechtsträger und geschützt, soweit dies für die Grundrechtsausübung der Mitglieder erforderlich ist (z.B. bei der Verweigerung einer Baubewilligung für eine religiös genutzte Baute). (Strittig ist die Grundrechtsträgerschaft öffentlich-rechtlich anerkannter Glaubensgemeinschaften.)

Mit der objektiven Schutzrichtung der Religionsfreiheit wird ein Ordnungsrahmen für den Staat festgelegt. Insbesondere ist der Staat zur Neutralität in Religionsfragen verpflichtet, da die Bevorzugung einer Religion auch die Herabsetzung anderer religiöser Positionen mit sich bringen würde. Der Staat ist also zur Parität, d.h. zur Gleichbehandlung der Glaubensgemeinschaften verpflichtet. Diese Verpflichtung kann bis zur Schutzpflicht reichen, etwa, wenn der Zugang zu koscherem Fleisch rechtlich sichergestellt wird.

*Die Beispiele müssen das Verständnis illustrieren. Andere Beispiele werden auch berücksichtigt.*

**Aufgabe 2**

Das Bundesgericht hat sich in verschiedenen Entscheiden mit der Frage nach der Zulässigkeit der religiös begründeten Dispensation von muslimischen Schulkindern vom obligatorischen Schwimmunterricht auseinandergesetzt.

A. Welche Rechtspositionen sind zur Klärung dieser Rechtsfrage gegeneinander abzuwägen? (2 Punkte)

B. Wie hat das Bundesgericht diese Frage im Lauf der Zeit entschieden und wie hat es seine Entscheidungen begründet? (5 Punkte)

A. Hintergrund der Diskussion um die Dispensation bilden Glaubensregeln, die mit dem gemischtgeschlechtlichen bzw. öffentlichen Schwimmunterricht nicht vereinbar sind. Es ist daher heute unstrittig, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Schulkinder (und auch ihrer Eltern sowie deren Erziehungsrecht) betroffen sind und in die Abwägung über die Zulässigkeit einer Dispensation vom Schwimmunterricht einbezogen werden muss. Ferner sind die Ziele der obligatorischen Schule (Grundausbildung, Persönlichkeitsentwicklung etc.) mit einzubeziehen. Auch das Kindeswohl (Einbindung in die Schulklasse und in die Familie) sowie die Gleichstellung der Geschlechter sind in der Abwägung von Bedeutung. Zudem entfaltet das gemeinwohlbezogene Ziel der Integration Wirkung auf die Fragestellung. Schliesslich sind die Interessen der anderen Schülerinnen und Schüler sowie der Schule an der Aufrechterhaltung des Schulbetriebs mit zu berücksichtigen.

B. In BGE 119 Ia 178 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Dispensation einer Schülerin vom Schwimmunterricht auseinandergesetzt. Das Bundesgericht verwies auf die Wichtigkeit des staatlichen Bildungsauftrags und darauf, dass auch der Sportunterricht für dessen Erfüllung von erheblicher Bedeutung sei, um dann angesichts des eher geringen Anteils des Schwimmunterrichts am

Sportunterricht die Dispensation für zulässig zu erklären. Die Dispensation vermöge den staatlichen Bildungsauftrag nicht zu gefährden. Die Bedeutung des Schwimmunterrichts für den obligatorischen Schulunterricht war somit nicht so gross, dass sie einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Schülerin erlaubt hätte. Dieses Urteil steht in einer Linie mit anderen Urteilen zur Dispensation vom Schulunterricht aus religiösen Gründen, welche in der Tendenz die Einhaltung religiöser Regeln gegenüber dem Schulobligatorium stärker gewichtet haben. *[Achtung: Das öffentliche Interesse an der Integration spielt in diesem Urteil für die Argumentation des Bundesgerichts keine wesentliche Rolle.]*

In BGE 135 I 79 hat das Bundesgericht dann eine Praxisänderung weg von der bisherigen liberaleren Lösung hin zu einer strengeren Dispensationspraxis vorgenommen und eine Rechtsprechung begründet, welche insbesondere dem Ziel der Integration einen hohen Stellenwert zumisst. In diesem Urteil verweigerte das Bundesgericht die Dispensation zweier muslimischer Jungen vom Schwimmunterricht, da die generelle Dispensation muslimischer Schulkinder vom Schwimmunterricht den Bestrebungen zur Integration von Muslimen in der Schweiz zuwiderliefe. Es soll durch die gleiche Teilnahme muslimischer Schulkinder am obligatorischen Schulunterricht vermieden werden, dass diese bereits auf der Schulstufe in eine Aussenseiterrolle gedrängt würden. In der schweizerischen Gesellschaft sei es im Strassenbild, in Medien und in der Werbung üblich, mit knapp bekleideten menschlichen Körpern des anderen Geschlechts konfrontiert zu werden. Es sei vor diesem Hintergrund in der Schweiz nicht möglich, das ganze Leben in strikter Befolgung gewisser Glaubensregeln zu führen. Solche Einschränkungen müssen geduldet werden. Einschränkungen und Änderungen der Lebensgewohnheiten müssen bei der Migration in ein anderes Land in Kauf genommen werden. Diese Begründung stützt das Bundesgericht durch den Verweis auf den Vorrang bürgerliche Pflichten vor religiösen Geboten, der in Art. 49 Abs. 5 aBV verankert war und der auch unter der neuen Bundesverfassung im Grundsatz fortgölte.

In der Folge hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt. In einem Urteil vom 7. März 2012 (2C\_666/201) verweigerte es die Dispensation zweier muslimischer Schülerinnen vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht mit Hinweis auf das Ziel der Integration und den grundsätzlichen Vorrang der Schulpflichten vor der Beachtung religiöser Gebote. Dabei bekräftigte es, dass privater Schwimmunterricht aus Gründen der Integration in den Klassenverband den schulischen Schwimmunterricht nicht ersetzen könne. In einem Urteil vom 11. April 2013 (2C\_1079/2012) schliesslich wurde aus gleichen Gründen die Befreiung eine Schülerin vom Schwimmunterricht abgelehnt, der getrenntgeschlechtlich stattfand, von einer männlichen Lehrperson geleitet wurde und in dem das Tragen eines Ganzkörperschwimmanzugs (sog. Burkini) zugelassen war.

### **Aufgabe 3**

Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (2000/78/EG) der Europäischen Union verpflichtet die EU-Mitgliedsstaaten unter anderem, arbeitsrechtliche Regelungen zur Verhinderung der Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit bei der Einstellung zu erlassen. Dabei sind Ausnahmen zulässig, „wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art [der ausgeübten] Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der [eine Person einstellenden] Organisation darstellt“ (Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie).

Wie ist die schweizerische Rechtslage? (7 Punkte)

Zunächst bestimmt die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion bei der Anstellung von Personal. Das schweizerische Recht sieht für den Tatbestand der Einstellung kein explizites Verbot der religiös begründeten Diskriminierung vor. Dies bedeutet jedoch noch nicht das Fehlen von Schranken in diesem Bereich. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und die Behörden haben nach Art. 35 Abs. 3 BV dafür zu sorgen, dass Grundrechte zwischen Privaten wirksam werden, soweit sie sich dazu eignen. Dies geschieht unter anderem durch grundrechtskonforme Auslegung des Rechts. Im Lichte von Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 BV ist demnach auch das Arbeitsrecht auszulegen. Art. 328 Abs. 1 OR verpflichtet den Arbeitgeber zum Schutz und zur Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Im Rahmen der grundrechtskonformen Auslegung ergibt sich, dass auch die Religion als wesentliche Ausprägung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers geachtet werden muss. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR erklärt die Kündigung eines Arbeitnehmers für missbräuchlich, wenn sie wegen der Aus-

übung eines verfassungsmässigen Rechts erfolgt. Die freie Wahl der Religionszugehörigkeit ist ein verfassungsmässiges Recht (Art. 15 BV), weshalb eine Kündigung aufgrund der Religionszugehörigkeit als missbräuchlich zu qualifizieren wäre. Nun wären Art. 328 Abs. 1 und Art. 336 Abs. 1 lit. b OR nur von beschränkter Wirksamkeit, wenn die Diskriminierung aufgrund der Religion bei der Anstellung zulässig wäre, weshalb dieser rechtliche Schutz der Grundrechtsausübung bereits bei der Anstellung von Personal Wirkung entfalten muss. Auch im schweizerischen Recht ist die religiös motivierte Diskriminierung bei der Einstellung also verboten. In der Rechtsprechung wurde das Verbot der Anstellungsdiskriminierung mit einer gewissen Vorwirkung von Art. 328 OR auf den Auswahlprozess begründet.

Art. 4 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie lässt eine Einschränkung des Verbots der Anstellungsdiskriminierung für gewisse Arbeitgeber und gewisse Positionen von Arbeitnehmern zu. Wenn eine Organisation nämlich durch einen besonderen Ethos geprägt ist, kann es für die korrekte oder wirkungsvolle Erfüllung ihrer Aufgaben wichtig sein, dass die sie repräsentierenden Angestellten auch selbst diese Weltanschauung teilen. So kann zum Beispiel eine evangelische Kirchgemeinde verlangen, dass die von ihr einzustellende Pfarrperson evangelisch ist, da die glaubhafte Wahrnehmung der beruflichen Aufgaben ganz wesentlich an dieser Eigenschaft hängen. In der Schweiz fehlt eine positivrechtliche Regelung dieses Sachverhalts. Allerdings haben Lehre und Praxis mit dem sog. Tendenzbetrieb ein entsprechendes Rechtsinstitut geschaffen (theoretisch angeknüpft an die Ausnahmeregelungen in Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR). Tendenzbetriebe sind nicht primär gewinnorientierte Unternehmen wie z.B. politische Organisationen oder kirchliche Institutionen, die ideelle Ziele verfolgen und geprägt sind von einem gewissen Kanon von Werten und Ansichten. Während des Arbeitsverhältnisses gilt in einem Tendenzbetrieb eine erhöhte Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Das Bundesgericht qualifizierte etwa eine Gewerkschaft als Tendenzbetrieb und erklärte die Kündigung eines Mitarbeiters aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Sekte und seiner Verbindungen zu politisch rechts stehenden Parteien für nicht missbräuchlich (BGE 130 III 699). Abweichend vom grundsätzlichen Verbot der Anstellungsdiskriminierung dürfen Tendenzbetriebe auf die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit ihrer Angestellten (oder eines Teils davon) zu einer oder mehreren Glaubensgemeinschaften vorschreiben, sofern ein wesentlicher Konflikt zwischen den Werten der Glaubensgemeinschaft und denjenigen des potentiellen Arbeitgebers besteht. Dabei ist aber eine gewisse Stellung des betreffenden Arbeitnehmers im Betrieb zu fordern: Die Sonderregelung für Tendenzbetriebe rechtfertigt sich nur, wenn die Glaubwürdigkeit in der Verfolgung der ideellen Ziele sonst in Frage gestellt würde. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn dem Arbeitnehmer eine gewisse Repräsentationsfunktion für den Betrieb zukommt.

Obwohl das schweizerische Recht keine positiven Normen in der Art der Richtlinien vorsieht, besteht im Ergebnis eine ähnliche Rechtslage.

*Achtung:*

- *Die Frage bezieht sich auf den Tatbestand der Anstellung. Die allgemeine Darstellung von Fragen und Konflikten, die sich aus dem Zusammentreffen von Religion und Arbeitsrecht ergeben, führt demnach nicht zur Vergabe von Punkten.*
- *Mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV kennt das schweizerische Recht keine direkte Drittwirkung von Grundrechten. Grundrechte sind also unter Privaten nicht unmittelbar anwendbar.*

**Aufgabe 4**

A. Was bildet die theoretische Grundlage für das Bestehen verbindlicher rechtlicher Regeln innerhalb von Religionen bzw. Glaubensgemeinschaften? (3 Punkte)

B. Wie kann die Einhaltung der Regeln des religiösen Rechts sichergestellt werden? (2 Punkte)

A. Religionen und Glaubensgemeinschaften bilden sich durch das gemeinsame Bekenntnis zu einem Narrativ über Geschehnisse, Personen, Gott, Götter o.ä. Diese Erzählungen erklären Aspekte der wahrnehmbaren Welt und haben für die Angehörigen einer Glaubensgemeinschaft zumindest einen gewissen Wahrheitsanspruch. Dieser Anspruch zur Weltdeutung ist verbunden mit Wertungen über richtige und falsche Ordnung und gute und schlechte (und wertungsneutrale) Verhaltensweisen. Ausfluss dieser Wertungen sind Regeln, die dem Menschen das richtige, d.h. in der Ordnung der Religion

vorgeschriebene Verhalten aufzeichnen. Der Glaube an die Wichtigkeit und Wahrheit dieser Regeln begründet deren Verbindlichkeit.

B. Durch die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft unterstellt sich eine Person grundsätzlich den Regeln, die innerhalb dieser Gemeinschaft gelten. Die Gemeinschaft bestimmt über Mechanismen zur Durchsetzung dieser Regeln, hat sich aber an den staatlichen Rechtsrahmen zu halten. Durch das Gewaltmonopol des Staates ist der Spielraum für Sanktionen zur Sicherstellung der Verbindlichkeit religiösen Rechts in der Schweiz stark beschränkt. Eine mögliche und wohl die zentrale Sanktion für einen Regelverstoss ist der Ausschluss aus der Glaubensgemeinschaft.

### Aufgabe 5

A. Was ist der *Schulchan Aruch* und welche Bedeutung kommt ihm zu? (4 Punkte)

B. Worum handelt es sich beim *mu'āmalāt* und was wird davon erfasst? (4 Punkte)

C. Welche Rechtsquellen neben der Bibel beanspruchen in der römisch-katholischen Kirche und in der evangelischen Kirche Verbindlichkeit? (4 Punkte)

A. Der *Schulchan Aruch* ist ein Werk von Joseph Karo zum jüdischen Recht aus dem 16. Jh. Grundlage des Werks ist der *Beth Joseph*, welcher eine umfassende Kommentierung zum sog. *Tur* des Jaakov Rosch bildete, der seinerseits Anwendungspraxis und Deutungen zu den Rechtsquellen Mischna und Talmud kodifizierte. Der *Beth Joseph* war ein Kommentar von besonders hoher Qualität, der für zahlreiche Streitfragen verbindliche Regelungen bereithielt. Der *Schulchan Aruch* wiederum führt diese Regelungen im Sinne der Verbesserung der Nutzbarkeit zu einem vergleichsweise kompakten Regelwerk zusammen. De facto entstand so eine Kodifikation des jüdischen Rechts, das den praktischen Bedürfnissen des Alltags genügte. Der *Schulchan Aruch* war in dieser Form einzigartig und erlangte durch seinen Praxisbezug und seine Zugänglichkeit überragende Bedeutung für die jüdische Rechtstradition, die er seither nicht verloren hat.

B. Im islamischen Recht werden zwei Typen von Rechtsliteratur unterschieden, die sog. *uṣūl al-fiqh* und die *furū' al-fiqh*. Während sich jene mit Quellen und Methoden der Rechtsfindung auseinandersetzt, behandelt diese den Inhalt der einzelnen Normen, stellt also das Recht dar. Die in den *furū' al-fiqh* behandelten Normen werden ihrerseits wiederum in zwei Kategorien unterteilt. Die eine Kategorie, *ʿibādāt*, umfasst Regeln, die die korrekte Verehrung Gottes betreffen und regeln so Aspekte der Beziehung zwischen Mensch und Gott. Die zweite Kategorie, *mu'āmalāt*, umfasst Regeln für das Verhalten der Menschen untereinander. Dazu gehört zunächst das Vertrags- und Wirtschaftsrecht. Hier geht es insbesondere um Regelungen über das Verbot des Wuchers und ähnlicher Praktiken. Ferner gibt es strafrechtliche Normen, deren Sanktionierung sich teilweise unmittelbar aus dem Koran ergibt. Auch Regelungen des Familienrechts und des Erbrechts fallen in die Kategorie *mu'āmalāt*. Ein wesentliches Thema in diesen Rechtsbereichen bildet die Frage nach der Stellung der Frau. Ebenfalls als Teil von *mu'āmalāt* diskutiert, gelegentlich aber auch *ʿibādāt* zugeordnet, wird der *Ḡihād*. Gerade die Deutung dieses religiösen Konzepts des Kampfes ist sehr umstritten nicht zwingend militärisch konnotiert.

*Die Einbettung des mu'āmalāt in die islamische Rechtswissenschaft muss zum Erreichen der vollen Punktzahl nicht in der Ausführlichkeit der Musterlösung dargestellt werden. Erforderlich ist nur eine gewisse Einordnung (etwa die Abgrenzung vom ʿibādāt oder die Einordnung als Teil der Literatur zum materiellen Recht im Islam).*

C. Innerhalb des Christentums gibt es sehr unterschiedliche Ansichten zur Frage nach dem Bestehen von normativ verbindlichen Regeln in der Religion. Auch die Bedeutung der Bibel als Rechtsquelle ist keineswegs klar. *[Die kritische Stellungnahme zur in der Fragestellung angedeuteten Verbindlichkeit der Bibel als Rechtsquelle ist nicht erforderlich zum Erreichen der vollen Punktzahl, würde aber positiv berücksichtigt.]*

Die römisch-katholische Kirche ist stark rechtlich geprägt. Das kanonische Recht ist dabei ausgerichtet auf die Erfüllung der Aufgaben der Kirche (Lehren, Heiligen, Leiten). Mit dem Codex Iuris Canonici hat die römisch-katholische Kirche auf universalkirchlicher Ebene zahlreiche Rechtsbereiche kodifiziert. Soweit der CIC dies zulässt, bestehen daneben ältere gesetzte oder gewohnheitsrechtliche

Regeln fort. Weiter bestehen auf tieferer Ebene, in der Schweiz z.B. auf Ebene der Bistümer, aber auch in den Kantonskirchen, weitere Normen, die insbesondere die Organisation dieser Teilkirchen regeln.

[Achtung: Ius divinum (naturale), ius divinum positivum und ius mere ecclesiasticum stellen keine Rechtsquellen dar. Mit diesen Begriffen wird das kanonische Recht in verschiedene Kategorien unterteilt. Der Codex Iuris Canonici etwa umfasst sowohl Normen, die dem göttlichen Recht zugeordnet werden, als auch solche, die dem ausschliesslich kirchlichen Recht zugehören.]

Im Gegensatz zur katholischen Kirche ist die institutionelle Prägung evangelischer Kirchen weit geringer. Dies hat seine Wurzel in der theologisch begründeten Individualisierung der Beziehung des Menschen zu Gott, der die Bedeutung der Kirche stark relativiert. Dementsprechend finden sich in den evangelischen Kirchen im Wesentlichen organisationsrechtliche Regelungen. Von wesentlicher Bedeutung sind für die Organisation der Kirche (Partizipationsrechte etc.) auch staatskirchenrechtliche Regelungen. Die Existenz von göttlichem Recht, wie es in der katholischen Kirche anerkannt wird, wird nicht postuliert. Teilweise wird allerdings Glaubensbekenntnissen normative Bedeutung zuerkannt.