

Ersatzprüfung Recht und Religion

Sachverhalt und Musterlösung

I. Im Zusammenhang der Beziehung zwischen Recht und Religion wird bisweilen auch auf die *Sakralisierung von Recht* hingewiesen (5 Punkte).

1. Was ist unter der *Sakralisierung von Recht* zu verstehen (1 Punkt)?

Dieser Ausdruck bezieht sich auf einen Vorgang, in dessen Verlauf Rechtsnormen als etwas „Heiliges“, „Sakrales“ gesehen werden, die deswegen menschlicher Verfügbarkeit entzogen sind.

2. Inwiefern lassen sich religiöse Rechte als sakralisierte Rechte verstehen (1 Punkt)?

Religiöse Rechte repräsentieren geradezu die Archetypen sakralisierten Rechts, werden sie doch regelmässig auf göttliche Offenbarung zurückgeführt und gelten deswegen ihrerseits grundsätzlich als menschlicher Disposition unzugänglich.

3. Inwiefern ist die Vorstellung eines sakralisierten Rechts dem christlichen Protestantismus fremd (3 Punkte)?

Der Protestantismus, eine Strömung der christlichen Religion, ist gegenüber rechtlicher Normativität mit göttlicher Wurzel sehr zurückhaltend. Im Zentrum der protestantischen Deutung der Beziehung von Gott und den Menschen steht die sog. christliche Liebesbotschaft und damit die Vorstellung von göttlicher Gnade und Liebe. Damit nur schwer zu vereinbaren ist die Konzeption rechtlicher Normativität als einer Zwangsordnung. Allerdings gesteht der moderne Protestantismus die Vorstellung von Rechtsnormen auch im Bezug auf das kirchliche Wirken zu, um so den Verkündigungsauftrag zu gewährleisten. Doch handelt es sich dabei regelmässig um menschlich gesetztes, und damit gerade nicht sakrales Recht.

II. A besucht eine staatliche Schule im Kanton Zürich. Ihre Eltern sind mit der Gestaltung des Unterrichtsangebotes nicht einverstanden, dessen Ausgestaltung sie für gesetzes- und verfassungswidrig halten. Sie wenden sich an Sie und bitten um rechtlichen Rat (10 Punkte).

1. Die Abhaltung eines nicht nach Geschlechtern getrennten Sportunterrichts ist aus der Sicht der Eltern von A nicht mit den Grundsätzen ihrer Religion vereinbar. Ein religionswissenschaftliches Gutachten bestätigt, dass Knaben und Mädchen nach den Grundsätzen der Religion von A nur in begrenztem Umfang miteinander Kontakt haben sollen, solche Kontakte aber auch nicht generell verboten sind. Wie stehen die Aussichten auf die Erlangung eines Dispenses von A für die Teilnahme am Sportunterricht nach Massgabe von § 29 VSV (anliegend abgedruckt) (5 Punkte)?

Eine Dispensation vom Sportunterricht insgesamt kommt allein gem. § 29 III VSV bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht. Ein besonderer Umstand könnte hier in den Vorgaben der Religion von A liegen. Ein Dispensanspruch wäre folglich dann zu bejahen, wenn die religiösen Grundsätze, auf die A sich beruft, in dieser Weise zu deuten wären (unten a) und diese Umstände auch zu einer „Ausnahme“ i. S. v. § 29 III VSV führen würden (unten b).

(a) § 29 III VSV ist im Blick auf Art. 35 I, II BV auch unter Berücksichtigung von Art. 15 BV auszulegen. Das bedeutet insbesondere, dass ein besonderer Umstand dann zu bejahen ist, wenn die Verpflichtung zur Teilnahme am Schulunterricht einen Eingriff in das Recht aus Art. 15 BV darstellen würde. Das Recht auf Religionsfreiheit schliesst insbesondere die Befugnis ein, die eigene religiöse Überzeugung und die daraus abgeleiteten Normen zu leben. Hier bestehen religiöse Normen, die Kontakte zwischen den Geschlechtern stark limitieren; deren Rationalität zu beurteilen, ist dem Staat aufgrund des verfassungsrechtlichen Religionsdefinitionsverbotes versagt. Im Sportunterricht sind gerade solche Kontakte aber unvermeidbar. Vorliegend ist A, ihre Grundrechtsmündigkeit unterstellt (der Sachverhalt enthält keine gegenteiligen Anhaltspunkte), also in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit betroffen. Insofern ist im Blick auf Art. 35 i.V.m. Art. 15 BV ein besonderer Umstand gegeben. (b) Fraglich ist aber die Notwendigkeit einer besonderen Ausnahme. Das ist nur dann zu bejahen, wenn der durch die Schulpflicht bewirkte Eingriff in das Religionsgrundrecht bei seiner Fortdauer zu einer *Verletzung* des Grundrechts aus Art. 15 BV führen würde. Das wäre dann zu bejahen, wenn der Eingriff in das Grundrecht von A anderenfalls nicht zu rechtfertigen wäre. Die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen richtet sich nach Art. 36 BV. (1) Eine Ermächtigungsgrundlage für den Grundrechtseingriff – die Unterrichtspflicht von A – ist in Form von VSG ZH und VSV ZH offensichtlich gegeben, Art. 36 I BV. (2) Es besteht auch ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Schulpflicht, weil nur so die in § 2 I, III, IV VSG ZH genannten Ziele der Erziehung, der Bildung und der Förderung von Fähigkeiten verwirklicht werden können. Die gleiche Schulpflicht aller soll zudem den ordentlichen Schulbetrieb sicherstellen und die Integration aller Schülerinnen und Schüler in den Klassenverband und in die Gesellschaft fördern. (3) Die Schulpflicht ist hierzu auch geeignet, da die Teilnahme am Unterricht Bildung und Erziehung im Rahmen des schulischen Auftrags erst ermöglicht. Gegen die Erforderlichkeit zur Verpflichtung könnte sprechen, dass mit einem nach Geschlechtern getrennter Sportunterricht, wie er vielerorts angeboten wird, der Grundrechtseingriff vermieden werden könnte. Derweil würde dies einen signifikant höheren Infrastruktur- und Personalaufwand bedeuten, der sich im Vergleich zum Interesse einer einzelnen Betroffenen nicht rechtfertigt. (5) Fraglich ist allerdings, ob die Schulpflicht im vorliegenden Fall auch verhältnismässig im engeren Sinne ist. (i) Dagegen könnte sprechen, dass bei Befolgung der Schulpflicht für A ein Konflikt mit den im SV genannten religiösen Normen eintritt, weil gerade im gemeinsamen Sportunterricht der Kontakt zwischen den Geschlechtern buchstäblich sichtbar wird. (ii) Dagegen sprechen allerdings zwei Überlegungen: Die Vorschriften der Religion von A sprechen kein absolutes Kontaktverbot aus, lassen also in einzelnen Fällen Kontakte zu. Hinzu tritt der Umstand, dass, wie die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung deutlich gemacht hat, im Zweifel den Integrationszwecksetzungen des Schulunterrichts gerade im Hinblick auf das spätere Leben in der schweizerischen Gesellschaft besonderes Gewicht auch im Verhältnis zur Religionsfreiheit zuzumessen ist. Auch das spricht dafür, hier in der Abwägung den Vorrang der Schulpflicht zu bejahen. (6) Demnach ist der Eingriff in die Rechtssphäre von A aus Art. 15 BV in Gestalt der Unterrichtspflicht ein nach Art 36 BV zulässiger Eingriff. (7) Folglich liegt keine Notwendigkeit einer Ausnahme von der Schulpflicht vor.

2. Die Eltern von A planen die Errichtung einer Privatschule, die sich ganz den Lehren ihrer Religion widmet. Voranfragen beim Kanton Zürich haben aber ergeben, dass eine Genehmigung dieses Vorhabens im Blick auf § 68 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 VSG (im Anhang abgedruckt) schwierig wird. Die Eltern von A halten diese Position für unvereinbar mit Art. 15 BV – mit Recht (5 Punkte)?

Die Eltern hätten Recht in ihrer Annahme, wenn ihnen ein subjektives Recht auf Genehmigung ihres Schulvorhabens aus Art. 15 BV zustehen würde. [Art. 9 EMRK war ausweislich des Bearbeitervermerks nicht zu prüfen.]

(a) Art. 15 BV umfasst die Befugnis, die eigenen religiösen Überzeugungen anderen zu kommunizieren, denn die Norm schliesst auch das Recht ein, die Religion nach aussen zu tragen („äussere Religionsfreiheit“). Folglich ist das Recht auf Errichtung einer religiösen Bildungsinstitution auch durch Art. 15 BV gewährleistet. (b) Fraglich könnte aber sein, ob ein entsprechendes Genehmigungserfordernis – wie vorliegend in Form von § 68 I 2, III 1 VSG – nicht einen unzulässigen Eingriff in dieses Recht bedeutet. So könnte argumentiert werden, dass in diesem Punkt die Ausübung von Religionsfreiheit unter den Vorbehalt staatlicher Genehmigung gestellt wird. Zu fragen ist also, ob der Genehmigungsvorbehalt nach Art. 36 BV zu rechtfertigen ist. (1) Mit § 68 VSG liegt eine (formell-)gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 I BV vor. (2) Das Genehmigungsverfahren soll die Einhaltung der Bildungsziele sichern, dient also dem öffentlichen Interesse der Bildung. (3) Die Genehmigungspflicht ist durch die prospektive Prüfung der Unterrichtsinhalte von Privatschule dazu geeignet sicher zu stellen, dass die Zielsetzungen des VSG auch jenseits staatlicher Schulen umgesetzt werden. Ein anderes gleich geeignetes, d. h. insbesondere ebenfalls in die Zukunft gerichtetes Mittel hierfür ist nicht ersichtlich. Damit ist die Genehmigungspflicht auch erforderlich. Die Genehmigungspflicht müsste auch verhältnismässig im engeren Sinne sein. Dagegen könnte sprechen, dass die damit notwendige Anpassung von religiös orientierten Schulunterrichtsplänen an staatliche Vorgaben eine Befolgung religiöser Vorstellungen beim Schulunterricht geradezu verunmöglicht. Dafür spricht aber ein anderer Gedanke: Die staatliche Schulpflicht und die daraus entstehende Genehmigungspflicht schliesst es nicht aus, Elemente religiösen Unterrichts jenseits staatlicher Schulen, zusätzlich zum Schulunterricht, anzubieten. Vor allem aber ist, wie sich implizit bereits aus Art. 19 BV und explizit aus Art. 62 II 2 BV [muss hier nicht erwähnt werden], der Schulunterricht von Verfassungen wegen unter staatliche Kontrolle und Aufsicht gesetzt. Insofern ist hier die Religionsfreiheit durch die Verfassung selbst begrenzt. Diesem staatlichen Schulauftrag entspricht auch die Genehmigung in Art. 68 VSG, die folglich verfassungsrechtlich zulässig ist. (c) Fraglich könnte allerdings noch sein, ob nicht in der Privilegierung von *christlichen ... Wertvorstellungen* in § 2 VSG und damit auch in § 68 I, III 1 VSG ein Verstoß gegen Art. 15 BV liegt. (1) Dafür könnte sprechen, dass durch diese Vorschrift das Christentum als Religion gegenüber der hier in Rede stehenden Religion bevorzugt und damit das verfassungsrechtliche Paritätsgebot – die Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Religionen durch den Staat – verletzt wird. (2) Dem steht allerdings entgegen, dass es dem Staat gestattet ist, prägende Traditionselemente und sozial besonders ausgeprägte Religionen – und das gilt für das Christentum – zu fördern, so lange dadurch andere Religionen nicht unterdrückt werden. Davon kann vorliegend aber schon deswegen keine Rede sein, weil § 2 I VSG nicht nur

christliche, sondern auch säkulare Wertvorstellungen nennt. **[A. A. bei entsprechender Begründung gut vertretbar]**. (c) Demnach ist die Auffassung der Eltern von A unzutreffend.

III. In der christlichen und in der jüdischen Religion werden unterschiedliche Standpunkte im Blick auf die Rechtsquellenlehre vertreten (10 Punkte).

1. Welche Rechtsquellen lassen sich ausmachen

a. in der jüdischen Religion (3 Punkte),

In der jüdischen Religion besteht einerseits die Thora in schriftlicher und mündlicher Form als Rechtsquelle. Aus der mündlichen Thora entstehen mit Mischna, Talmud und Schulchan Aruk differenzierende Regelwerke. Daneben bestehen das rabbinische Recht – Responsa, Gezerah und Taqqana – sowie das Gewohnheitsrecht.

b. in den Lehren der römisch-katholischen Kirche (2 Punkte),

Die römisch-katholische Kirche kennt das *ius divinum*, als *ius divinum positivum* in der Form der geoffenbarten göttlichen Regel, oder als *ius divinum naturale* als das jedem Menschen erkennbare Recht. Daneben besteht das *ius mere ecclesiasticum*, das lediglich kirchlich – und damit durch Menschen – gesetzte Recht. Der CIC 1983 zählt zum *ius mere ecclesiasticum*.

c. in den protestantischen Lehren (2 Punkte)?

In den protestantischen Kirchen sind – teilweise – die Bekenntnisse als verbindliche Rechtssätze gedeutet worden. Dem entspricht es, dass grundsätzlich dem biblisch geoffenbarten Wort Gottes bindende Wirkung zukommt, die aber nicht unbedingt als *Recht* zu deuten ist (**a. A. gut vertretbar**). Hinzu treten amtskirchlich gesetzte Normen, mit denen sie von ihrer Normsetzungsbefugnis Gebrauch machen.

2. Wie lässt es sich erklären, dass das religiöse Recht des Christentums im Vergleich zum Recht der jüdischen Religion eine weniger stark ausgeprägte rechtswissenschaftliche Tradition erzeugt hat (3 Punkte)?

(a) In der christlichen Religion existieren deutlich weniger unmittelbar als Normen verstandene Offenbarungen des Göttlichen als in der jüdischen Religion: Die Bibel wird im Christentum zwar ebenso wie die Thora als unmittelbare göttliche Offenbarung gedeutet. Doch stehen im zweiten Teil der Bibel, dem für das Christentum wesentlichen Neuen Testament, spezifische Normen deutlich im Hintergrund. (b) Demnach existieren im christlichen Feld von vornherein weniger Anknüpfungspunkte rechtlicher Normativität und damit rechtswissenschaftlicher Analyse als in der jüdischen Religion. (c) Hinzu tritt der Umstand, dass die christliche Liebesbotschaft und der Gedanke der Erlösung durch christliche Gnade in der Tendenz ebenfalls dem Gedanken eines hochgradig differenzierten Regelgeflechts nicht günstig sind.

IV. Im Islam lässt sich ein Spannungsfeld zwischen ideellem Universalismus einerseits und Fraktionierung in konkreten Einzelfragen andererseits beobachten. Bitte beschreiben Sie die Entstehung dieses Spannungsfelds und seine Folgen. Beschreiben Sie auch ein Beispiel für den Partikularismus in der Beurteilung islamischer Rechtsnormen oder Rechtskonzepte. (5 Punkte)

Der Islam kennt mit dem Koran und (zumindest teilweise) der Sunna einheitliche Grundlagen des Glaubens und auch rechtlicher Normativität. Gleichzeitig gibt es allerdings keine universalen Institutionen, welche verbindlich Fragen des Glaubens und des religiösen Rechts klären könnten. Schon seit der Mitte des 8. Jahrhunderts

bildeten sich Rechtsschulen heraus, an welchen die Glaubensschriften ausgelegt und das islamische Recht weiterentwickelt wurden. In der Beurteilung gewisser Rechtsfragen unterscheiden sich die verschiedenen Schulen dabei. Einigen dieser Schulen kommt bis heute sehr grosse Bedeutung zu, aber es gibt keinen universal anerkannten Vorrang. Vielmehr kommt den Schulen in jeweils unterschiedlichen geografischen Gebieten gesteigerte Akzeptanz zu. Auch zwischen den Ansichten von politischen Herrschern, Richtern und Gelehrten mussten über die Jahrhunderte immer wieder Kompromisse gefunden werden. Diese dezentrale respektive multizentrische Entwicklung der islamischen Rechtswissenschaft führt zu unterschiedlichen Bewertungen und Auslegungen des islamischen Rechts. Die Verbindlichkeitsansprüche dieser unterschiedlichen Positionen lassen sich weder in der Theorie noch in der praktischen Anwendung vollständig miteinander vereinbaren, was in einer gewissen Spannung zum Verständnis des Islam als einheitliche Religion steht. Ein Beispiel für sehr unterschiedliche Auslegungen islamischen Rechts ist der ġihād (Jihad, Dschihad; arab. Kampf, Anstrengung). Insbesondere in der Frühzeit des Islam wurde dieser gedeutet als Offensivkrieg im Interesse der Verbreitung des islamischen Glaubens. Ab dem 8. Jahrhundert verlor er aber als islamrechtliches Konzept stark an Bedeutung. In neuerer Zeit unterscheiden sich verschiedene Deutungen beträchtlich: Vertreten einige Gruppen die Vorstellung eines gewaltsamen Kampfes gegen „Ungläubige“, so wird der ġihād von sehr bedeutenden Strömungen als reiner Defensivkrieg oder insbesondere auch als nichtmilitärisches individuelles Gebot zur Anstrengung, ein moralisch besseres Leben zu führen, gedeutet. Das Konzept des ġihād wird auch als Anknüpfungspunkt für die Begründung eines islamischen Völkerrechts verwendet.

Abgegebene Gesetzestexte:

EMRK 9, 10, 14

BV 5, 7-9, 15-17, 19-21, 35-36, 72

VSG 2, 68

VSV 29