

Ausübung der politischen Rechte gehören. Wäre dies der Fall, könnte man dennoch argumentieren, dass *hier* «wichtig» nicht gleich «wichtig» ist.)

#### IV. Ergebnis

Mit den Eigenschaftswörtern «wichtig» und «grundlegend» wird keine Hierarchie innerhalb des Wesentlichen etabliert<sup>29</sup>, angesprochen sind vielmehr die zwar ineinander verschlungenen, aber doch verschiedenen Funktionen des Rechtsetzungsprimats der Legislative: die demokratische Absicherung zentraler politischer Wertungsentscheide (Erfordernis der hohen Normstufe) und die Gewährleistung von Rechtssicherheit und -gleichheit (Erfordernis der hohen Normdichte bzw. Bestimmtheitsgebot)<sup>30</sup>. *Tschannen* beschreibt diese doppelte Zwecksetzung von Art. 164 BV ausführlich<sup>31</sup>; dass sie in dessen erstem Absatz durch die Verwendung zweier unterschiedlicher Adjektive ihren verfassungstextlichen Niederschlag gefunden haben könnte, scheint (nicht nur) ihm derweil entgangen zu sein.

Vielleicht müsste man dem Verfassungsgeber ab und zu ein bisschen mehr zutrauen. Oder vielleicht täte bisweilen einfach eine etwas nüchternere Betrachtung seiner Wortwahl Not; so kommen *Ehrenzeller* und *Häfelin/Haller/Keller* – ohne nähere Begründung – zu einem Resultat, welches sich mit der hier vertretenen Auffassung deckt: Art. 164 Abs. 1 BV statuiert nichts anderes als die Pflicht des Gesetzgebers im Bund, zumindest die *Weichenstellungen betreffend das Wichtige* selber vorzunehmen<sup>32</sup>. Bundesverordnungen haben e contrario Grundlegendes zu Nichtwichtigem, Nichtgrundlegendes zu Wichtigem sowie Nichtgrundlegendes zu Nichtwichtigem zu beinhalten, wobei der Bereich des Grundlegenden in Zusammenhang mit schweren Grundrechtseingriffen wesentlich weiter reicht als sonst.

<sup>29</sup> So jedoch *Tschannens* Interpretation der Lesart von *Beusch* und von *Sägesser*: Anm. 11, N 13 zu Art. 164 (vgl. auch *Tschannen* [Anm. 8], § 45 N 24).

<sup>30</sup> Vgl. *Vallender/Wiederkehr* (Anm. 4), bei denen es hinsichtlich Art. 127 Abs. 1 BV heisst, das Erfordernis der Normstufe falle mit demjenigen der Normdichte zusammen (N 6 zu Art. 127).

<sup>31</sup> Vgl. *Tschannen* (Anm. 8), § 27 N 23 ff.; *ders.* (Anm. 11), N 7 zu Art. 164.

<sup>32</sup> Vgl. *Ehrenzeller* (Anm. 16), S. 20; *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1821 (nicht anders *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Die neue Bundesverfassung, 5. Aufl., Zürich 2001, N 1821). Ebenso *Georg Müller*, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl 99/1998 1 ff., S. 12; BGE 134 I 125, E. 3.3 m.H. (betreffend Art. 30 Abs. 1 BV). Vgl. demgegenüber *Hans Georg Nussbaum*, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, LeGes 2003/1 9 ff., der auf S. 16 sozusagen instinktiv zum – wie mir scheint – «korrekten» Ergebnis gelangt, dann aber in Anbetracht des Meinungswirrwarrs in der Lehre zu zweifeln beginnt.

## Glaubens- und Gewissensfreiheit

### FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN

Dispensation vom obligatorischen Schulschwimmunterricht aus religiösen Gründen; Art. 37 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein (LV), Art. 9 EMRK. *Bedeutung der Glaubens- und Gewissensfreiheit; sie ist durch das Schulschwimmobligatorium betroffen* (E. 3.1). *Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe* (E. 3.2). *Öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Schwimmobligatoriums* (E. 3.2.3). *Prüfung der Verhältnismässigkeit: allgemeine Kriterien, Beachtung des Kindeswohls, staatlicher Bildungsauftrag; Unverhältnismässigkeit des Schwimmobligatoriums im vorliegenden Fall, weil der Sozialisierung und Integration kein erhebliches Gewicht zukommt; Auseinandersetzung mit BGE 135 I 79* (E. 3.2.4).

(Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein als Verfassungsgerichtshof, 29. Oktober 2012, StGH 2012/130.)

Die Eltern X. ersuchten für ihre vier minderjährigen Kinder (Jahrgänge 1996, 2000, 2001 und 2004) aus religiösen Gründen um Dispensation vom obligatorischen Schwimmunterricht. Als Mitglieder der Christlich Palmarianischen Kirche müssten sie strikte Bekleidungs Vorschriften beachten, die mit dem Schulschwimmunterricht nicht vereinbar seien. Nach diversen Verfahrensschritten lehnte das Schulamt des Fürstentums Liechtenstein die Befreiung der Kinder vom Schwimmunterricht ab (29. September 2011).

Die Eltern gelangten an die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, die die Beschwerde abwies und die Verfügung des Schulamts bestätigte (13./14. Dezember 2011). In der Folge wies auch der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde der Eltern ab (5. Juli 2012).

Gegen diesen Entscheid des Verwaltungsgerichtshofs haben die Eltern X. in eigenem Namen und im Namen ihrer Kinder beim Staatsgerichtshof Beschwerde erhoben. Sie rügen im Wesentlichen eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit, bestreiten das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und erachten die Verweigerung eines Dispenses als unverhältnismässig. Der *Staatsgerichtshof als Verfassungsgerichtshof* hat der Individualbeschwerde *Folge gegeben, die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten festgestellt, das angefochtene Urteil aufgehoben* und die Sache zu neuem Entscheid an den Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen. Aus den *Erwägungen*:

2. (...) Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob für die vier Kinder der Beschwerdeführer gestützt auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 37 LV; Art. 9 EMRK) die Dispensation vom schulischen Schwimmunterricht zu bewilligen ist.

3. In Bezug auf die Verletzung der Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit rügen die Beschwerdeführer, aufgrund der Verweigerung der Dispensation vom schulischen Schwimmunterricht könnten sie den Regeln ihrer Religion nicht vollumfänglich nachleben und ihre Kinder nicht nach ihren religiösen Vorgaben erziehen. Als Mitglieder der Christlich Palmarianischen Kirche müssten sie Gebote strikte erfüllen. Problematisch am Schulschwimmunterricht sei neben der eigenen Nacktheit sowie der «Konfrontation» mit Dritten, welche den Geboten nicht nachlebten, auch der Anblick fremder nackter Haut. Für die Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht bzw. für die Verweigerung eines entsprechenden Dispenses aus religiösen Gründen fehle eine genügende gesetzliche Grundlage.

Der Eingriff in die Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit sei im vorliegenden Fall zudem unverhältnismässig und deshalb unzulässig. Die Abwägung des Erziehungsrechts und des Rechts auf freie Religionsausübung der Beschwerdeführer mit dem staatlichen Schulerziehungsrecht bzw. Bildungsauftrag müsse gegenständlich zu einer Befreiung vom schulischen Schwimmunterricht führen.

3.1 Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist in Art. 37 LV sowie in Art. 9 EMRK verankert (StGH 2007/91, E. 6 [im Internet abrufbar unter [www.stgh.li](http://www.stgh.li)]; vgl. hierzu *Wolfram Höfling*, Die liechtensteinische Grundrechtsordnung, LPS Bd. 20, Vaduz 1994, 122 ff.; weiter *Herbert Wille*, Wie regelt das liechtensteinische Recht die Religionsfreiheit und das Verhältnis von Staat und Kirche? in: *Herbert Wille/Georges Baur* [Hrsg.], Staat und Kirche – Grundsätzliche Probleme, LPS Bd. 26, Vaduz 1999, 79 ff. [90 ff.]) und findet für die Kinder zudem in Art. 14 UN-KRK, LGBl. 1996 Nr. 163, eine Grundlage. Sie umfasst namentlich die Freiheit, einen Glauben zu haben (forum internum) und diesen allein oder zusammen mit anderen zu praktizieren (forum externum). Den äusseren Schutzbereich der Religionsfreiheit umschreibt das schweizerische Bundesgericht als «Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Zur derart gewährleisteten Religionsausübung zählen über kultische Handlungen hinaus auch die Beachtung religiöser Gebräuche und andere Äusserungen des religiösen Lebens im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der Kulturvölker, soweit solche Verhaltensweisen Ausdruck der religiösen Überzeugung sind» (BGE 134 I 56, E. 4.3; siehe auch *Herbert Wille*, Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit, in: *Andreas Kley/Klaus A. Vallender* [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 181, Rz. 22). Religiös bedingte Bekleidungsvorschriften werden folglich von Art. 37 LV und Art. 9 EMRK erfasst (vgl. BGE 134 I 56, E. 4.3; zu Art. 9 EMRK *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 22, Rz. 102). (...)

Im vorliegenden Fall sind die Beschwerdeführer und ihre vier minderjährigen Kinder Mitglieder der Christlich Palmarianischen Kirche der Karmeliter

vom Heiligen Antlitz. Diese Religionsgemeinschaft versteht sich als allein verbliebener Teil der wahren katholischen Kirche. Der Palmarianische Katechismus enthält unter anderem strenge Bekleidungsvorschriften (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.3 [=ZBI 113/2012, S. 675 ff.]), die es gemäss Beschwerdeführer nicht erlauben, den schulischen Schwimmunterricht zusammen mit den anderen Schülern zu besuchen. Die Beschwerdeführer machen geltend, bei Nichtbefolgung des Verbotes der Teilnahme am schulischen Schwimmunterricht drohe ihnen die Exkommunikation.

Der religiös neutrale Staat darf Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit überprüfen (vgl. BGE 135 I 79, E. 4.4). Der Staatsgerichtshof hat deshalb davon auszugehen, dass den Beschwerdeführern aus religiösen Gründen verboten ist, am schulischen Schwimmunterricht teilzunehmen. Nicht ausschlaggebend ist, ob der Palmarianische Katechismus die Teilnahme am schulischen Schwimmunterricht ausdrücklich verbietet. Denn die Religionsfreiheit schützt nicht lediglich die Glaubensüberzeugungen, welche von der Mehrheit einer Religionsgemeinschaft oder ihren leitenden Organen vertreten werden, sondern ebenso jene von Minderheiten oder Einzelpersonen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.3; BGE 135 I 79, E. 4.4).

Alle vier Kinder der Beschwerdeführer unterlagen im Zeitpunkt des Entscheides der Vorinstanz dem Schulobligatorium und besuchten öffentliche Schulen. (...) Die Pflicht, am schulischen Schwimmunterricht teilzunehmen, kollidiert im vorliegenden Fall mit dem Recht der Beschwerdeführer auf Glaubens- und Gewissensfreiheit, indem ihnen (bzw. ihren Kindern) die Befolgung ihrer Bekleidungs- und Verhaltensregeln verunmöglicht wird. Es ist demnach, wie der Verwaltungsgerichtshof richtig festgestellt hat, davon auszugehen, dass der obligatorische Schwimmunterricht einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer darstellt.

3.2 Eingriffe in das Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit sind zulässig, sofern sein Kerngehalt unangetastet bleibt, eine formell-gesetzliche Grundlage vorliegt, ein öffentliches Interesse am Eingriff gegeben ist und der Eingriff einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhält (*Wille*, Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit, 188, Rz. 41).

(3.2.1: Der obligatorische Schwimmunterricht verletzt den Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht.)

(3.2.2: Für die Frage des Vorliegens einer gesetzlichen Grundlage ist davon auszugehen, dass die Schüler an einer öffentlichen Schule zum Staat in einer besonders engen Rechtsbeziehung, in einem Sonderstatusverhältnis stehen. Art. 16 LV statuiert eine allgemeine Schulpflicht und Art. 8 des Schulgesetzes sieht den Erlass eines Lehrplans vor, der das Schwimmbobligatorium enthält. Dieser Lehrplan stellt eine genügende gesetzliche Grundlage dar.)

3.2.3 An der Durchsetzung des Schwimmobligatoriums bestehen gewichtige öffentliche Interessen. So gibt es einerseits das polizeiliche Interesse des Staates, dass Kinder schwimmen können und damit weniger der Gefahr ausgesetzt sind, durch Ertrinken zu sterben oder schwere gesundheitliche Schäden zu erleiden. Der Schwimmunterricht steht somit – wie der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgeführt hat – im Einklang mit dem Kindeswohl, weil die Kinder mit dem Element Wasser, welches eine Gefahr darstellen kann, vertraut gemacht werden (vgl. BGE 135 I 79, E. 7.1). Des Weiteren besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Sozial- und Integrationsfunktion der Schule. Diese ist Teil eines ganzheitlichen Bildungsauftrages, welcher zum Ziel hat, dass die Schülerinnen und Schüler in ihrer Entwicklung auch soziale Kompetenzen sowie verantwortungsvolles Verhalten gegenüber Mitmenschen erlernen. Die Schulbildung trägt wesentlich zur Persönlichkeitsentwicklung der Schülerinnen und Schüler bei (Art. 29 UN-KRK). Kinder lernen in der Schule mit anderen Kindern umzugehen, auch wenn diese einen anderen religiösen und kulturellen Hintergrund haben. Sie üben sich in Toleranz und Zusammenleben und bauen allfällige Ängste gegenüber den für sie nicht vertrauten Kulturen ab. Der Schwimmunterricht als Teil des Sportunterrichtes leistet einen wesentlichen Beitrag zur Sozial- und Integrationsfunktion der Schule, indem er Teamgeist und Zusammenarbeit fördert. Staat und Gesellschaft haben ein gewichtiges Interesse an der Sozialisierung und an der gesellschaftlichen Integration der Schüler. Besonders die Integration der ausländischen Bevölkerung – und somit auch der ausländischen Kinder – ist ein erklärtes Ziel der liechtensteinischen Ausländerpolitik (vgl. Art. 6 AuG). Der Bildung von Parallelgesellschaften soll entgegengewirkt werden. Ausserdem hat der Staat ein Interesse daran, dass der Schulbetrieb geordnet und effizient abläuft und dass sämtliche Schüler den Unterricht regelmässig besuchen. Das öffentliche Interesse an der Nichtgewährung der Dispensation vom schulischen Schwimmunterricht ist somit hinreichend gegeben (vgl. BGE 135 I 79, E. 7.1).

3.2.4 Die Verpflichtung zur Teilnahme am Schwimmunterricht ist verhältnismässig, wenn sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist (dazu *Wolfram Höfling*, Schranken der Grundrechte, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 104 f., Rz. 43).

Die Voraussetzung der Geeignetheit der grundrechtseinschränkenden Massnahme bedeutet, dass sie dazu taugt, den angestrebten Erfolg überhaupt zu erzielen. Der obligatorische Schwimmunterricht trägt in casu dazu bei, dass Kinder mit dem Element Wasser vertraut und damit weniger der Ertrinkungsgefahr ausgesetzt sind. Ebenso wird mit dem Schwimmunterricht die Sozialisierungs- und Integrationsfunktion der Schule gefördert. Die Teilnahmepflicht am Schwimmunterricht dient also den dargelegten öffentlichen Interessen und stellt daher eine geeignete Massnahme dar.

Ob die Massnahme erforderlich ist, hängt unter anderem davon ab, ob es mildere Mittel zur Erreichung des öffentlichen Interesses gibt. Im vorliegenden

Fall könnte die Durchsetzung des polizeilichen Interesses zwar durchaus auch anderweitig erzielt werden. So könnten die Kinder beispielsweise den Nachweis eines privat absolvierten Schwimmunterrichtes erbringen. Der Schutz des Polizeigutes kann aber nicht isoliert betrachtet werden. Für die Erreichung der Sozialisierungs- und Integrationsfunktion der Schule im Sinne eines ganzheitlichen Bildungsauftrages ist das Schwimmunterrichtsobligatorium nicht zu vernachlässigen und daher erforderlich.

Die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffes setzt im Zusammenhang mit der Prüfung der Zumutbarkeit voraus, dass der angestrebte Zweck im konkreten Fall in einem vernünftigen Verhältnis zur vorgesehenen Grundrechtseinschränkung steht. Konkret geht es um die Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse. Eine Anordnung ist unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkungen im konkreten Fall schwerer ins Gewicht fallen würden als das öffentliche Interesse daran, dass die Anordnung getroffen wird (*Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, 98). Im vorliegenden Fall ist das öffentliche Interesse, dass alle Schüler den obligatorischen Schwimmunterricht besuchen, abzuwägen gegenüber dem Interesse der Beschwerdeführer, ihre religiösen Verhaltensregeln einhalten zu können.

Obwohl es vorliegend nicht um den Inhalt des Lehrstoffes geht, sondern allein um die äusseren Bedingungen der Unterrichtserteilung (vgl. BGE 135 I 79, E. 7.2), hat der Staatsgerichtshof aufgrund des erhobenen Sachverhaltes davon auszugehen, dass die Pflicht der Kinder, am schulischen Schwimmunterricht teilzunehmen, für die Beschwerdeführer aufgrund der Glaubensvorschriften ihrer Religionsgemeinschaft eine grosse Belastung darstellt. Die Beschwerdeführer bringen vor, im Falle einer Teilnahme am Schwimmunterricht drohe ihnen im schlimmsten Falle sogar die Exkommunikation. Die Plausibilität dieser Aussage ist im Vorverfahren nicht in Frage gestellt worden. Dem religiös neutralen Staat ist es verwehrt, die Bedeutung einer religiösen Vorschrift und damit ihr Gewicht bei der Interessenabwägung selber festzustellen. Die staatlichen Organe haben hier vielmehr von der Bedeutung auszugehen, welche die religiöse Norm für die Beschwerdeführer hat (vgl. BGE 135 I 79, E. 4.4). Da der religiös neutrale Staat Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit überprüfen kann, hat er vorliegend auch nicht näher zu untersuchen, ob den Beschwerdeführern bei einer Teilnahme ihrer Kinder am schulischen Schwimmunterricht tatsächlich eine Exkommunikation droht.

Im Kontext der Zumutbarkeit des Eingriffes in die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist auch die Konfliktsituation der Kinder im Einzelfall zu prüfen. Das Kindeswohl gilt in allen für das Kind rechtlich relevanten Belangen als oberste Richtschnur (Art. 3 UN-KRK). Die Teilnahme am schulischen Schwimmunterricht dient einerseits dem Kindeswohl. Der Schwimmunterricht schützt vor Badeunfällen, fördert die Sozialisation und die Integration des Kindes. Es liegt nicht im Interesse der Kinder, von der Klasse separiert zu werden (vgl. BGE 135 I 79, E. 7.1; *Anne Kühler/Felix Hafner*, Verfassungsrechtliche Kriterien für die

Beurteilung religiös bedingter Schuldspensationen im Licht der bundesgerichtlichen Praxis, AJP 2011, 918). Das Kindeswohl deckt sich hier mit dem öffentlichen Interesse am Obligatorium des Schwimmunterrichtes. Andererseits sind für ein Kind auch die Zugehörigkeit zur familiären Gemeinschaft und die Einbindung in das religiöse Familienleben sehr wichtig (zum Schutz der Familienbeziehungen siehe Präambel zur UN-KRK). Dies bedeutet, dass der Schutz vor einem unauflösbaren Gewissens- und Loyalitätskonflikt ebenfalls einen zentralen Gesichtspunkt des Kindeswohls darstellt (*Kühler/Hafner*, 918). Die Verweigerung der Dispensation vom Schwimmunterricht bringt die Familie der Beschwerdeführer in die schwierige Lage, entweder einem staatlichen oder einem religiösen Gebot zuwiderhandeln zu müssen. Diese Spannung kann die Kinder der Beschwerdeführer stark belasten und dem Kindeswohl zuwiderlaufen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_724/2011 vom 11. April 2012, E. 3.4.3). Dies ist nach Auffassung des Staatsgerichtshofes selbst dann der Fall, wenn das Obligatorium des Schwimmunterrichts mit flankierenden Massnahmen (z.B. getrenntes Umziehen und Duschen, Tragen eines Ganzkörperschwimmanzugs) verbunden ist. Ebensowenig wird diese Spannung durch die Tatsache gelöst, dass die Kinder der Beschwerdeführer im Alltag mit freizügig gekleideten Kindern konfrontiert werden. Gemäss Darlegungen der Beschwerdeführer hat der Zwang zur Teilnahme am Schwimmunterricht insbesondere bei den Kindern A.X. und B.X. erhebliches psychisches Unwohlbefinden ausgelöst. Mangels anderen Vorbringen geht der Staatsgerichtshof davon aus, dass sich vorliegend die Interessen der Kinder mit denjenigen der Eltern decken. Aufgrund von Art. 12 UN-KRK hätte sich im Verfahren vor den zuständigen Behörden eine entsprechende Anhörung der Kinder allerdings aufgedrängt (vgl. *Kühler/Hafner*, 918 f.).

Der staatliche Bildungsauftrag als öffentliches Interesse hat eine grosse Bedeutung, weshalb dem obligatorischen Schwimmunterricht grundsätzlich der Vorrang vor der Einhaltung religiöser Vorschriften zukommt (vgl. *Wille*, 189, Rz. 42). Die staatsbürgerliche Pflicht, am schulischen Schwimmunterricht teilzunehmen, beansprucht jedoch keinen absoluten Vorrang vor dem Grundrecht der Religionsfreiheit (*Wille*, 192, Rz. 48; vgl. *Kühler/Hafner*, 922). Angesichts der aufgezeigten Konfliktlage kommt der Staatsgerichtshof zum Schluss, dass unter den vorliegend gegebenen besonderen Verhältnissen der angestrebte Zweck nicht in einem vernünftigen Verhältnis zur vorgesehenen Grundrechtseinschränkung steht. Der mit der Grundrechtseinschränkung angestrebte Zweck – nämlich die Sozialisierung und Integration der Kinder der Beschwerdeführer im Rahmen des Schwimmunterrichtes – ist nicht derart gewichtig, als dass sich dadurch die aufgezwungene psychische Belastung und das seelische Dilemma der Kinder im Falle eines Zwangs zur Teilnahme am Schwimmunterricht rechtfertigen liesse. Der Staatsgerichtshof gewichtet aufgrund des vorliegenden Sachverhalts das Kindeswohl in casu höher als das öffentliche Interesse des Staates an der Sozialisierung und Integration der Kinder. Der Zwang der Kinder der Beschwerdeführer zur Teilnahme am Schwimmunterricht ist somit

unzumutbar und stellt einen unzulässigen Eingriff in die Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit dar.

Das vorliegende Urteil steht nicht in Widerspruch zu der mit der Leitentcheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes in BGE 135 I 79 vorgenommenen Rechtsprechungsänderung (bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2C\_666/2011 vom 7. März 2012) betreffend Dispensation vom Schwimmunterricht, auf welche sich der Verwaltungsgerichtshof bezieht. Das Bundesgericht hat in BGE 135 I 79 (E. 7) neu entschieden, die Pflicht, am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht teilzunehmen, stelle – mit flankierenden Massnahmen (z.B. getrenntes Umziehen und Duschen) – auch für muslimische Kinder keinen unzulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit dar. Dem obligatorischen Schulunterricht komme gegenüber religiösen Geboten grundsätzlich der Vorrang zu, weshalb allfällige Ausnahmen nur mit Zurückhaltung zu gewähren seien. Dispensationen vom schulischen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen sind folglich auch gemäss dieser neuen Praxis des Bundesgerichtes zulässig. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen besonderer Verhältnisse (Urteil des Bundesgerichts 2C\_666/2011 vom 7. März 2012, E. 2.6.4).

Der vorliegende Fall unterscheidet sich insofern vom Sachverhalt, der BGE 135 I 79 zu Grunde lag, als es hier nicht um die Integration von muslimischen Schülern und damit schwergewichtig nicht um das zentrale gesellschaftspolitische Anliegen der Integration von ausländischen Kindern geht (siehe BGE 135 I 79, E. 7.2). Bei den Beschwerdeführern geht es offensichtlich um eine Familie, die zur einheimischen Bevölkerung gehört. Eine ernsthafte Beeinträchtigung des ordentlichen und effizienten Schulbetriebes ist nicht zu befürchten. Ins Gewicht fällt auch die geltend gemachte mögliche Exkommunikation aus der Christlich Palmarianischen Kirche. Die Zumutbarkeit des Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unter den gegebenen Umständen um so eher zu verneinen, je wichtiger das religiöse Gebot für die betroffenen Individuen und je geringer das Gewicht der beeinträchtigten öffentlichen Interessen ist (vgl. *Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, Bern 2007, 280).

Es liegen hier, gesamthaft betrachtet, besondere Verhältnisse vor, die eine Dispensation vom Schwimmunterricht rechtfertigen. Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Dispensation nur auf den Schwimmunterricht bezieht. Zur Befreiung von anderem Unterricht oder anderen Unterrichtsformen äussert sich der Staatsgerichtshof nicht. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich die Situation und das Interesse der Kinder verändern können und das Kindeswohl, allenfalls nach einer Anhörung der Kinder der Beschwerdeführer, neu zu beurteilen ist. Die Schulbehörden haben zudem auch das Recht, von den Beschwerdeführern den Nachweis zu verlangen, dass ihre Kinder privaten Schwimmunterricht nehmen.

## Bemerkungen:

«Das vorliegende Urteil steht nicht in Widerspruch zu der mit der Leitentscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes in BGE 135 I 79 vorgenommenen Rechtsprechungsänderung [...] betreffend Dispensation vom Schwimmunterricht». Könnte auch das Gegenteil zutreffen? Als entscheidenden Unterschied zu BGE 135 I 79 führt der Staatsgerichtshof an, dass es hier nicht um die Integration von muslimischen Schülern und damit schwergewichtig nicht um das zentrale gesellschaftspolitische Anliegen der Integration von ausländischen Kindern gehe. Denn die Beschwerdeführer gehörten als Mitglieder der Christlich Palmarianischen Kirche zur einheimischen Bevölkerung. Dieses Argument hat einen geradezu diskriminierenden Charakter, denn selbstverständlich hat die Aufgabe der Integration nicht nur mit den Ausländern zu tun. Fundamentalistische christliche Gruppen mit spezifischen Glaubensinhalten und Praktiken führen genauso zu Desintegration wie fundamentalistische muslimische Gemeinschaften. Es ist schwer verständlich, dass das Kriterium der ausländischen «muslimischen Schüler» gegenüber einer «Familie, die zur einheimischen Bevölkerung gehört», den Ausschlag geben kann. Verräterisch ist die Aussage, wonach der Staatsgerichtshof ohne weitere Begründung zum Schluss kommt, «dass unter den vorliegend gegebenen besonderen Verhältnissen der angestrebte Zweck nicht in einem vernünftigen Verhältnis zur vorgesehenen Grundrechtseinschränkung steht». Die nicht weiter – als in der fehlenden Ausländerqualität der Beschwerdeführer – spezifizierten «besonderen Verhältnisse» sind eine Leerformel, die die hier erfolgte Diskriminierung nur schlecht überbrückt. Das Urteil ist in diesem Punkt ausgesprochen mangelhaft begründet. Vor der Europäischen Menschenrechtskonvention könnte es kaum bestehen, da eine objektive und offensichtliche Verletzung des Art. 9 i.V.m. Art. 14 EMRK vorliegt. Es ist im Übrigen merkwürdig, dass der Staatsgerichtshof den mehrfach zitierten Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 11. April 2012 (2C\_724/2011, ZBI 113/2012, S. 675 ff. mit Bem. von A. Kley) nur als «Quelle» für die Inhalte der Palmarianisten benutzt, aber nicht zum Vergleich heranzieht, obwohl er absolut einschlägig ist, da er ein Dispensationsgesuch von Anhängern dieser Gemeinschaft betrifft.

Prof. Dr. Andreas Kley, Zürich

## Planungs- und Baurecht – Gewässerschutz

### ZÜRICH

Bauvorhaben auf einer Landanlage, Seeuferschutz; Art. 36a GSchG, §§ 25 und 27 der Konzessionsverordnung zum WWG/ZH. *Sofern bei Landanlagen eine besondere Bewilligung des Kantons als Konzessionsgeber für Bauvorhaben erforderlich ist, steht der Entscheid darüber im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörde. Ihr Ermessen wird jedoch eingeschränkt, soweit verbindliche Normen und nutzungsplanerische Festlegungen bestehen, welche die Nutzung des Seeuferbereichs regeln und dabei auch das aufgeschüttete Land einschliessen* (E. 3.1–3.2, Änderung der Rechtsprechung). *Der Seeuferschutz ist vollumfänglich mit den Mitteln der Raumplanung sowie des Natur- und Heimatschutzes wahrzunehmen. Insoweit erlaubt es der Bewilligungsvorbehalt aus der Konzession nicht, Anforderungen an Bauten und Anlagen zu stellen, die weiter gehen als die allgemein geltenden Vorschriften* (E. 3.3–3.6).

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 28. März 2013, 1C\_41/2012, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.)

Auf einem Grundstück in Rüslikon am Zürichsee plant die Grundeigentümerschaft die Erstellung eines Wohnhauses. Rund die Hälfte des Baugrunds liegt auf aufgeschüttetem Konzessionsland (sog. Landanlage). Das Bauprojekt benötigt demzufolge nicht nur eine Baubewilligung gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG, sondern auch eine zusätzliche Baukonzession der Baudirektion des Kantons Zürich. Beim konkreten Bauprojekt wurde im koordinierten Verfahren, zusammen mit der Erteilung der ordentlichen Baubewilligung, der abschlägige Entscheid der Baudirektion bezüglich der Baukonzession eröffnet.

Die Bauherrschaft zog die konzessionsrechtliche Verweigerung erfolglos an das Baurekursgericht und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weiter. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens sind die neuen gewässerschutzrechtlichen Vorschriften des Bundes über die Ausscheidung des Gewässerraums in Kraft getreten.

Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts hat die Bauherrschaft beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die kantonale Baudirektion zurück. Aus den *Erwägungen*:

3. Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, wonach kein Anspruch auf Erteilung einer Baukonzession bestehe, auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Nach dieser habe sich der Staat mit der Konzessionserteilung für die Landanlagen das Recht vorbehalten, über die Möglichkeit von Bauten und Anlagen auf diesem Land unter Beachtung der öffentlichen Interessen im Einzelfall frei zu entscheiden (BGE 102 Ia 122 E. 6e S. 128 f.).

Die Beschwerdeführer kritisieren diese Sicht als überholt. Sie lasse ausser Acht, dass das Landanlagegebiet in ihrem Eigentum stehe und Baubeschrän-