

## ZUR RECHTSPRECHUNG

*Karl-Heinz Ladeur*

## Die „Burkini“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: Die Pflicht zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht ist mit Art. 4 Abs. 1 GG grundsätzlich vereinbar

Das BVerwG hat am 11.9.2013 (Az. BVerwG 6 C 25.12) entschieden, dass einer muslimischen Schülerin die Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht in Badekleidung zumutbar sei, die den muslimischen Vorschriften soweit entspreche, wie sie (fast) den ganzen Körper bedecke. Die Eltern der Schülerin hatten die Befreiung vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen beantragt.

Das BVerwG geht davon aus, dass die Schule mit der Ablehnung des Antrags „in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG“ eingegriffen habe. Die Ablehnung sei aber durch das aus Art. 7 Abs. 1 GG folgende „Bestimmungsrecht“ des Staates gerechtfertigt. Beide Rechtspositionen stünden sich „gleichrangig gegenüber“. Nach dem Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ sei in einem solchen Konfliktfall zunächst auf der abstrakt-generellen Ebene eine wechselseitige Relativierung erforderlich. Dies spreche hier für einen Vorrang der staatlichen Verantwortung für die Unterrichtsgestaltung. Auf einer zweiten Ebene sei aber noch einmal zu prüfen, ob im Einzelfall die „individuell erachtete Maßgeblichkeit religiöser Verhaltensgebote“ nicht doch zu einem anderen Ergebnis führen müsse. Dies sei dann der Fall, wenn es zu einer besonders „gravierenden Beeinträchtigungsintensität“ komme. Dies sei aber nicht allein deshalb anzunehmen, weil die Körperkonturen sich bei Nässe der Badekleidung doch teilweise abzeichneten oder die muslimischen Mädchen mit dem Anblick von in der üblichen Weise leicht bekleideten Mitschülern konfrontiert sei.

Das Urteil ist im Ergebnis überzeugend, für die Begründung gilt dies nur teilweise.

Dies liegt vor allem daran, dass die auch hier praktizierte „Güterabwägung“ kollidierender Grundrechte bzw. hier der staatlichen Pflicht des „Schulehaltens“ dazu tendiert, die Konstruktion des Konflikts zu überspielen mit unspezifischen Vorstellungen der „Optimierung“ oder der „praktischen Konkordanz“ mehrerer Rechte (vgl. zur Kritik auch *Ph. Reimer*, *Der Staat* 2013, 27; zur Verteidigung *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 280 ff.).

Dann braucht man auf die funktionale Bestimmung des Gegenstandes der Religionsfreiheit (*I. Augsberg*, *Der Staat* 2009, 239) einerseits und der staatlichen Bestimmung über die Schule andererseits nicht allzu viel Sorgfalt zu verwenden. Wenn man sich eben darum bemüht, erscheint eine allgemeine Annahme wenig plausibel, dass der durch Art. 7 Abs. 1 GG konstitutionalisierte staatliche Integrationsauftrag gefährdet werden könnte, wenn eine muslimische Schülerin nicht an allen Unterrichtsstunden, hier dem Schwimmunterricht, teilnähme. Dieses Argument war auch schon gegen den Versuch der Durchsetzung eines religiös begründeten Rechts auf Erteilung von

Unterricht durch die Eltern selbst stark gemacht worden (abl. BVerfG, NVwZ 2003, 1113). In den USA, wo dieses Recht gesetzlich garantiert ist (vgl. näher *B. D. Ray*, National Home Schooling Research Institute<sup>1</sup>), wird „home schooling“ seit langem anerkannt, ohne dass die in Deutschland befürchteten Gefahren eingetreten wären. Wenn man stärker institutionell denkt, muss man berücksichtigen, dass das Grundrecht auf Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG) auch die Möglichkeit eröffnet, islamische Privatschulen (vgl. zu den Anforderungen VG Stuttgart, DÖV 2004, 213) mit den religiösen Erwartungen entsprechend gestaltetem Schwimmunterricht zu schaffen. Man muss auch an die z. B. in angloamerikanischen Ländern oder in Frankreich verbreitete Praxis muslimischer Eltern denken, ihre Töchter auf katholische Privatschulen zu schicken (für Kanada: *The Globe and Mail v. 5.9.2011*<sup>2</sup>). In Deutschland existiert diese Praxis ebenfalls – wenngleich offenbar nur in wenigen Fällen (vgl. zu den Grenzen des Rechts eines muslimischen Schülers auf Zulassung zu einer staatlichen katholischen Bekenntnisschule OVG Münster, v. 4.9.2013, Az: 19 B 1042/13, juris). In den USA ist vor Jahren aufgrund der Entscheidung des Supreme Court in *Sachen Yoder v. Wisconsin* (US 406 US 205 – 1972) kleineren abgeschieden lebenden religiösen Gemeinschaften der Amischen (ohne eigene Schulen) das Recht eingeräumt worden, die Befreiung ihre Kinder von der Teilnahme am Schulunterricht in der Oberstufe zu begehren, da komplexere, vor allem technisch basierte Formen des Wissens für ihre Lebensweise nicht erforderlich seien.

Vor allem die beiden letzteren Varianten religiös basierten Verhaltens zeigen, dass es hier weniger um den religiösen Glauben oder daran orientiertes individuelles Verhalten geht als vielmehr religiös basierte *Lebensformen* (*D. Novak*, In *Defense of Religious Liberty*, 2009, S. 86; *G. Lindbeck*, *The Nature of Doctrine*, 1984, S. 66). In Deutschland ist das Religionsverständnis sehr stark durch die starke Fixierung auf das gläubige Individuum des Protestantismus, die Unvertretbarkeit des Einzelnen vor Gott, bestimmt (*C. Dahlgrün*, in: A. Kulik (Hrsg.), *Protestantismus, Aufklärung, Frömmigkeit*, 2011, S. 193, 199). Schon der Katholizismus hat eine stärker kollektiv, durch eine Gemeinschaft, durch deren Institutionen und praktizierte Lebensformen geprägte Glaubensvorstellung. Viel ausgeprägter ist dies im Judentum und im Islam. Das Leben in der multireligiösen oder säkularen Gesellschaft bedeutet eine Gefährdung für diese Lebensformen. Die jahrzehntelange Abwehr der „Mischehe“ durch die katholische Kirche zielte auf die Absicherung religiöser Lebensformen. Ausübung von Religion ist auch für andere eine positiv zu bewertende Herausforderung durch ein Verständnis von Kollektivität (*Novak*, a. a. O., S. 86). Die Bezeichnung religiöser Lebensformen als „Orientierung und Anleitung für eine religiös optimierte (!) Lebensführung“ wird dieser Bedeutung der Religion als Lebensform nicht gerecht.

Auch die Herausforderung durch solche religiöse Praktiken gehört in einer auf kulturelle Vielfalt angelegten Gesellschaft in den Schutzbereich der Religionsfreiheit, und zwar nicht als ein minder „Abwägungsbelang“, der von vornherein auf Verrechnung gegen andere Positionen angelegt ist. Art. 4 Abs. 1 GG sollte so verstanden werden, dass auch in der Schule nach religiösen Regeln gelebt und gelernt werden darf. (*K. H. Ladeur*, R&B 2010/4, 10; deshalb ist das Kruzifix-Urteil, BVerfGE 93, 1, nicht unproblematisch). Auch insofern gebührt der Religion Respekt (*Augsberg*, a. a. O.). Allerdings indiziert Religion als Lebensform, dass sie jedenfalls in einer multireligiösen Gesellschaft mit anderen Lebensformen kompatibel sein muss, und das bedeutet, dass sie keine unzumutbaren externen Effekte auf *andere* Gruppen erzeugen darf. Für die durchaus akzeptable Entscheidung *Yoder v. Wisconsin* war sicher mit ausschlaggebend, dass die Amischen ihre eige-

1 <http://www.nheri.org/research/research-facts-on-homeschooling.html>.

2 <http://www.theglobeandmail.com/news/national/muslim-students-enrolling-in-catholic-schools/article4180638/> – dies zeigt zugleich, wie wichtig manchen muslimischen Eltern gerade die Lebensformen sind.

nen Lebensformen mit eigenen Regeln und Institutionen so leben können, dass andere Lebensformen dadurch nicht nennenswert beeinträchtigt werden.

Eine muslimische Privatschule unterläge in Deutschland einer öffentlichen Kontrolle, die private und öffentliche Schulen miteinander kompatibel halten soll (VG Stuttgart, a. a. O.), zugleich aber religiös bestimmten Lebensformen grundrechtlich gesicherten Entfaltungsraum gibt. Dem objektiv-rechtlichen Gebot der kulturellen Vielfalt entspricht auf der subjektiven Seite nicht der nach allen Seiten offene „vielfältige Mensch“. Und die kulturelle Absonderung von religiös bestimmten Lebensformen bedeutet noch keine Gefährdung der sozialen Integration. Sie *kann* dies aber bedeuten. Dies ist in multireligiösen Ländern vor allem dann der Fall, wenn durch öffentliche soziale Hilfe eine Absonderung in einer Form ermöglicht wird, die es erlaubt, die sozialen Folgen religiöser Lebensformen auf andere zu externalisieren. Dies zeigt sich z. B. in Israel, wo die Orientierung an orthodoxen oder ultraorthodoxen Formen des Judentums dazu führt, dass viele Jugendliche (aufgrund des starken politischen Drucks z. T. auch in staatlichen Schulen) nicht die für das Arbeiten in einer modernen Gesellschaft ausreichenden Kenntnisse in Mathematik oder in den Naturwissenschaften erhalten und deshalb entweder keine angemessenen Arbeitsplätze finden oder sich nicht einmal darum bemühen, weil sie der Einhaltung traditioneller religiöser Praktiken den Vorrang vor beruflichem Erfolg einräumen (*D. Bartram*, *Journal of Comparative Policy Analysis* 7 (2005), 233).<sup>3</sup> Praktisch möglich ist dies nur, weil diese Lebensformen in gewissem Umfang staatlich unterstützt werden. Dies zeigt sich daran, dass auch z. B. in den USA die jüdische Orthodoxie fortexistiert und eine gewisse Absonderung der Lebensformen (Wohnen in bestimmten Stadtteilen, Besuch religiöser Schulen, Kleidung nach traditionellen Gewohnheiten) betreibt – zugleich aber ihre Anhänger wirtschaftlich dennoch integriert und mindestens durchschnittlich erfolgreich sind (*S. C. Heilman/S. M. Cohen*, *Cosmopolitans and Parochials*, *Modern Orthodox Jews in America*, 1989).

Die Fixierung auf den individuellen Glauben des Einzelnen vernachlässigt die kollektive Dimension der Religionsfreiheit und deren Besonderheiten in einer multireligiösen oder säkularen Gesellschaft. Religiöse Lebensformen in solchen Gesellschaften müssen diese Bedingungen in ihren eigenen religiösen Darstellungsformen in einer anderen Weise reflektieren als dies in den monoreligiösen Gesellschaften der Fall ist, in denen sie sich entwickelt haben. Nicht zuletzt der Islam (vgl. *J. R. Bowen*, *Can Islam be French?*, 2009) hat durchaus in den Herkunftsgesellschaften ein politisches Verständnis der Religion in der Gesellschaft und damit Formen der Anpassung an nicht-religiöse Erwartungen entwickelt – die im Übrigen z. T. alles andere als unproblematisch sind, wenn man nur an die Intoleranz zwischen verschiedenen Formen des Islam denkt (Sunniten, Schiiten etc.). Das bedeutet, dass auch Gesellschaften, in denen sich der Islam in einer Minderheitsposition befindet, erwarten können, dass dieser sich aktiv mit der Entwicklung von Formen der Anpassung der Lebensformen an die multireligiöse und säkulare Welt auseinandersetzt. Dies kann nicht unter Berufung auf die Religionsfreiheit verweigert werden.

Was daraus im Einzelnen folgt, lässt sich angesichts der Komplexität der Lebensformen in einer modernen Gesellschaft kaum generalisieren. Das bedeutet für das Verfassungsrecht im Allgemeinen und die Interpretation von Art. 7 Abs. 1 GG (und die Schulnormen in den Landesverfassungen) im Besonderen, dass der Staat jenseits des im Einzelnen nicht leicht abgrenzbaren Bereichs der individuellen Glaubensvorstellungen *Religionspolitik* treiben kann und muss (vgl. auch *K. H.*

3 Dies führt paradoxerweise dazu, dass in diesem Milieu Frauen häufiger berufstätig sind als Männer, da deren religiöse Übungen und Studien als weniger wichtig angesehen werden.

Ladeur/I. Augsburg, Toleranz – Religion – Recht, 2007, S. 90 ff.), deren Ziele und Grenzen einer Konkretisierung bedürfen, die aber nicht im Einzelnen grundrechtlich bestimmt werden können. Deshalb können diejenigen, die die Teilnahme ihrer Kinder (Töchter) am Schwimmunterricht für unvereinbar mit ihrer Religion halten, Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG auch nicht wie ein Abwehrrecht im Schulverhältnis in Anspruch nehmen. Es geht hier um Regeln über die faktischen Bedingungen der Ausübung eines Grundrechts, nicht um einen Eingriff i. e. S. (vgl. auch BVerfGE 47, 46, 79 – Sexualkunde). Von einem Eingriff geht aber das BVerwG ohne weiteres aus, während es an anderer Stelle die Konfrontation mit Realitäten und die – so wäre zu ergänzen – Vornahme von Realakten, die die religiöse Auffassung berühren, als „Begleiterscheinung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags“ einordnet. Hier kann es nur um ein Recht auf Kooperation gehen, dem eine staatliche Kooperationspflicht entspricht. Die Ausgestaltung im Einzelnen würde am besten den einzelnen Schulen überlassen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Art der Darstellung des eigenen Körpers in einer (Teil-)Öffentlichkeit nahe an den individuellen Glaubensvorstellungen liegt. Der Staat kann in diesem Grenzbereich auch kein Urteil darüber fällen, ob dies für die Religionsausübung wichtiger oder weniger wichtig ist. Zu solchen Urteilen tendiert eine vordergründig als Optimierungsgebot verstandene Abwägung „Religion versus schulische Integration“. Man darf davon ausgehen, dass dies für einige Gruppen sehr wichtig ist – und das reicht für die grundrechtliche Relevanz aus. Das BVerwG macht sich die Sache hier zu einfach, wenn es im Hinblick auf die Prüfung der Zumutbarkeit der Konfrontation mit dem Anblick leicht bekleideter badender Jungen meint, es gebe kein Recht, von dem Anblick der „in der Gesellschaft vorhandenen Vielfalt an Verhaltensgewohnheiten“ verschont zu bleiben. Der bloße Anblick ist etwas anderes als der Zwang zum gemeinsamen Bad in einem begrenzten Schwimmbekken. Allerdings erscheint den muslimischen Mädchen selbst in der Praxis das Schwimmen mit dem Ganzkörperbadeanzug als eine Form des Kompromisses zwischen religiösen und schulischen Anforderungen bis auf wenige Ausnahmen akzeptabel (Interview mit einer Lehrerin, SPIEGEL-Online v. 11.9.2013<sup>4</sup>), während andererseits im Falle des Durchsetzens einheitlicher Bekleidungsregeln für alle praktisch eine (von den Eltern veranlasste) schwer zu bekämpfende Schulverweigerung für den ganzen Tag droht, an dem Schwimmunterricht stattfindet. Jedenfalls scheint es faktisch – nach Berichten aus der Schulpraxis – auch nicht so zu sein, dass auf muslimische Mädchen der Anblick anderer Gleichaltriger in der üblichen Badebekleidung verstörend wirkt. Dies wäre ein gewichtiges Argument. Umgekehrt muss im Dreiecksverhältnis Schüler – Eltern – Staat/Schule Art. 7 Abs. 1 GG so gelesen werden, dass im Konflikt Eltern/Schule auch das eigene Recht des oder der Jugendlichen in der Schule gestärkt werden darf, wenn der Eindruck besteht, dass es eine Divergenz in der Wahrnehmung des Konflikts zwischen Kindern und Eltern gibt. Da die Erhebung und Bewertung des Sachverhalts, wenn man sich auf sorgfältige Rekonstruktion des Konflikts einlässt, sehr schwierig ist, muss sich aus Art. 7 Abs. 1 GG auch ein Bewertungs- und Gestaltungsspielraum des Staates ergeben, da die Auswirkungen solcher religiöser Konflikte sich nicht genau beschreiben lassen. Den Staat, d. h. hier vor allem die Verwaltung trifft aber eine Gesamtverantwortung für die Schule, die der individuellen grundrechtlichen Partizipation angesichts der vielfältigen kulturellen, interreligiösen und weltanschaulichen Spannungen Grenzen setzen muss, die nur begrenzt grundrechtlicher Kontrolle unterliegen können.

*Verf.: Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Hamburg, E-Mail: karl-heinz.ladeur@jura.uni-hamburg.de.*

4 File:///Users/novoli14/Documents/Burkini:%20Lehrerin%20über%20Ganzkörperschwimmanzüge%20für%20Muslime%20-%20SPIEGEL%20ONLINE.webarchive.