

Sonderdruck aus:

Auf der Scholle und in lichten Höhen

Verwaltungsrecht–Staatsrecht–Rechtsetzungslehre

Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Martina Caroni
Sebastian Heselhaus
Klaus Mathis
Roland Norer



DIKE Zürich / St. Gallen 2010

Bewegung in der Schule

Der obligatorische Schulsport im Lichte von Art. 68 BV

BERNHARD EHRENZELLER*

Sport und Bewegung gehören zum Bildungsauftrag der Schule. Das geltende Sportförderungsgesetz des Bundes sieht vor, dass die Kantone für ausreichenden Turn- und Sportunterricht in der Schule zu sorgen haben. In der ausführenden Sportförderungsverordnung schreibt der Bundesrat den Kantonen drei wöchentliche Pflichtlektionen im Schulsportunterricht vor. Im Rahmen der gegenwärtig laufenden Totalrevision des Sportförderungsgesetzes ist umstritten, ob der Bund die Kompetenz besitzt, quantitative und qualitative Anforderungen an den obligatorisch erklärten Sportunterricht und die Sportlehrerausbildung festzulegen. Der Autor dieses Beitrages vertritt die Meinung, dass solche Festlegungen des Bundes mit der Bildungsverfassung nicht vereinbar sind.

I.	Einleitung.....	680
II.	Totalrevision des Sportförderungsgesetzes.....	680
III.	Art. 68 BV in der BV 2000	684
IV.	Art. 68 BV nach Erlass der neuen Bildungsverfassung.....	686
V.	Fazit und Würdigung	690

I. Einleitung

Sport und Bewegung stehen in einem unverkennbaren Zusammenhang mit dem Thema dieser Festschrift. Es ist zwar nicht der spontane Gedanke an intensive körperliche Ertüchtigungen des Jubilaren, der zu diesem Beitrag verleitet hat. Doch für den alten Leitsatz „mens sana in corpore sano“ finden sich vielfältige Anknüpfungspunkte in dessen wissenschaftlichem Lebenswerk. So hat sich PAUL RICHLI eingehend mit den unterschiedlichen Ausprägungen des rechtlichen Schutzes der körperlichen und geistigen Gesundheit des Menschen befasst. Wie die sportliche Betätigung, so ist auch die Bildung ein wichtiger Aspekt der Gesundheitsförderung. Bewegungs- und Gesundheitserziehung gehören deshalb heute zum Bildungsauftrag der Schule. Auch mit dem Bildungsrecht, mit seinen Wegen und „Irrwegen“, hat sich der Jubilar verschiedentlich auseinandergesetzt, in seinen Schriften wie auch beratend, u.a. als Mitglied der Redaktionskommission bei der Erarbeitung der bundesrätlichen Vorlage für ein Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz des Bundes (HFKG). Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, ob Art. 68 Abs. 3 BV, der vom obligatorischen Schulsport handelt, eine bundesverfassungsrechtliche Sonderstellung einnimmt oder ob diese Verfassungsbestimmung integrativer Teil der neuen Bildungsverfassung ist und auch in diesem Lichte ausgelegt werden muss.

II. Totalrevision des Sportförderungsgesetzes

Das geltende Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport (Sportförderungsgesetz¹⁾) datiert vom 17. März 1972. Es stützt sich auf den damaligen Art. 27^{quinquies} aBV. Danach war der Bund befugt, Vorschriften über Turnen und Sport der Jugend zu erlassen. Durch Gesetz konnte der Turn- und Sportunterricht obligatorisch erklärt werden. Dem Bund war im Übrigen die Aufgabe übertragen, Turnen und Sport der Erwachsenen zu fördern und eine Turn- und Sportschule zu unterhalten.

Nach Art. 1 des Sportförderungsgesetzes erlässt der Bund Rahmenvorschriften für Turnen und Sport in der Schule (lit. a). Die Kantone sorgen für ausreichenden Turn- und Sportunterricht in der Schule (Art. 2 Abs. 1); der Turn- und Sportunterricht wird an allen Volks-, Mittel- und Berufsschulen einschliesslich Seminaren und Lehramtsschulen obligatorisch erklärt (Abs. 2). Der Bund kann gemäss Art. 5 die Ausbildung der mit dem Turn- und Sportunterricht betrauten Lehrkräfte koordinieren (Abs. 1); er stellt Mindestanforderungen

* Meiner Assistentin, lic. iur. ELIANE KOHLBRENNER, danke ich bestens für die Mitwirkung bei der redaktionellen Bereinigung dieses Beitrages.

¹ SR 415.0.

auf für die Ausbildung von Turnlehrern an den Hochschulen und führt Ergänzungslehrgänge an der Eidgenössischen Sportschule durch (Abs. 2). Schliesslich erklärt Art. 6 die Aufsicht über den Turn- und Sportunterricht in der Schule als Sache der Kantone.

In Ausführung des Gesetzes (Art. 16 Abs. 2) hat der Bundesrat die Sportförderungsverordnung² erlassen. In Art. 1 der Verordnung wird der Grundsatz festgehalten, dass die Kantone dafür zu sorgen haben, dass an der Primar- und Sekundarstufe I sowie an allgemein bildenden Schulen der Sekundarstufe II im Rahmen der ordentlichen Unterrichtszeit durchschnittlich wöchentlich drei Lektionen Sportunterricht erteilt werden. Dabei haben sie dafür zu sorgen, dass durch qualitativ guten Sportunterricht die koordinativen und konditionellen Fähigkeiten sowie die soziale Kompetenz der Schülerinnen und Schüler entwicklungsspezifisch gefördert werden. Nach Art. 7 der Verordnung müssen die Volksschullehrerinnen und Volksschullehrer, die nach kantonalem Recht Turn- und Sportunterricht erteilen, zusätzlich zum obligatorischen Turn- und Sportunterricht theoretisch und didaktisch ausgebildet werden. Nach dem geltenden Recht ist es demnach so, dass der Bund seine Kompetenzen im Bereich des Sportunterrichts in genereller Weise im Sportförderungsgesetz wahrgenommen, die Festlegung der quantitativen Mindestvorgaben (drei Pflichtstunden) jedoch an den Bundesrat delegiert hat.

Im Jahre 2008 hat das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) eine Vernehmlassung zu einer Totalrevision des Sportförderungsgesetzes, neu bezeichnet als Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung, durchgeführt.³ Das 3. Kapitel (Bildung), 1. Abschnitt (Sport in der Schule) der Vorlage enthält u.a. folgende Bestimmungen:

Art. 12 (Marginalie: Förderung von Sport- und Bewegungsmöglichkeiten)

¹ Die Kantone fördern im Rahmen des schulischen Unterrichts die täglichen Sport- und Bewegungsmöglichkeiten. Sie sorgen dafür, dass die Schulen über die für den Sportunterricht notwendigen Anlagen und Einrichtungen verfügen.

² Der Sportunterricht ist an Volks-, Mittel- und Berufsschulen obligatorisch.

³ Der Bundesrat legt nach Anhörung der Kantone den Mindestumfang und qualitative Grundsätze für den Sportunterricht fest. Er berücksichtigt dabei die Bedürfnisse der jeweiligen Altersstufen.

Art. 13 (Marginalie: Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer)

¹ Der Bund kann in Zusammenarbeit mit den Kantonen die Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer unterstützen, die Sportunterricht erteilen.

² SR 415.01.

³ Totalrevision Bundesgesetz vom 17. März 1972 über die Förderung von Sport und Bewegung (http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/dokumentation/totalrevision_bg/antworten.parsys.78694.downloadList.98412.DownloadFile.tmp/sportfoerderungsgesetzversiondvernehmlassung.pdf).

² Der Bundesrat kann den Mindestumfang und qualitative Grundsätze für die Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrer festlegen, die Sportunterricht erteilen.

Im Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage wird auf den anerkannten gesellschaftlichen und individuellen Nutzen von Sport und Bewegung hingewiesen. Sport vermittele Lebensfreude und Lebensqualität. Bewegung und Sport würden wichtige Beiträge zur Gesundheit, ganzheitlichen Bildung, sozialen Kompetenz und Integration leisten. Eine zentrale Begründung für die Totalrevision des Sportförderungsgesetzes liege daher in der Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrages von Art. 68 BV. Das neue Gesetz übernehme die bewährten Prinzipien des geltenden Gesetzes und bringe sie in Einklang mit den gestiegenen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Legalitätsprinzips.⁴ Grundsätzlich sei der Schulsport Sache der Kantone, die selbst dafür besorgt sein müssen, dass die Kinder und Jugendlichen zu ausreichend Sport und Bewegung kommen. Das Interesse des Bundes am obligatorischen Sportunterricht liege vor allem darin begründet, dass eine Harmonisierung der Bildungssysteme anzustreben sei und der Bund im Sport eine Vorreiterrolle einnehmen solle.⁵

Im Vernehmlassungsentwurf ist der – in Art. 2 des geltenden Gesetzes enthaltene – Grundsatz, wonach die Kantone für ausreichenden Turn- und Sportunterricht in der Schule zu sorgen haben, nicht mehr ausdrücklich verankert. Der Entwurf sieht aber vor, dass der Bund nicht nur den Mindestumfang, sondern auch qualitative Grundsätze des Sportunterrichts an den Schulen erlassen könne. Dabei sei der Revision der Bildungsverfassung Rechnung zu tragen (Art. 61a ff. BV). Ein übergreifendes Ziel der Revision sei die gemeinsame Verantwortung von Bund und Kantonen für eine hohe Qualität des Bildungsraumes Schweiz. Es verstehe sich von selbst, dass die Legiferierung des Bundes im Bereich Sport und Bewegung in enger Absprache mit den Kantonen erfolge. Konkret bezogen auf den vorgeschlagenen Art. 12 des Vernehmlassungsentwurfs hält der Bericht fest, dass zwar das Gesetz den Grundsatz von ausreichenden Sport- und Bewegungsmöglichkeiten enthalte, nach wie vor aber der Bundesrat zuständig sein soll für den quantitativen Umfang des Sportunterrichts und neu auch für die Festlegung der qualitativen Anforderungen. Es bedürfe diesbezüglich der stufen- und altersgerechten Flexibilität in Bezug auf das Bewegungsverhalten der Kinder und Jugendlichen; die Anzahl obligatorischer Lektionen könne nicht über Jahre und Jahrzehnte festgeschrieben werden. Ebenso soll der Bundesrat, wie im geltenden Recht, die Möglichkeit haben, quantitative und qualitative Grundsätze für die Ausbildung der Lehrpersonen festzulegen, die Sportunterricht erteilen.⁶

⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 2, 13 (http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/dokumentation/totalrevision_bg/antworten.parsys.83322.downloadList.89533.DownloadFile.tmp/sportfoederungsgesetzvernehmlassungsberichtd.pdf).

⁵ Festlegungen des Bundesamtes für Sport (BASPO) vom 8. Dezember 2006, S. 10.

⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 4), S. 19, 27.

Am 11. November 2009 hat der Bundesrat die Botschaft zum Sportförderungsgesetz verabschiedet.⁷ Er geht dabei davon aus, dass der Bund von seiner Kompetenz in Art. 68 Abs. 3 BV Gebrauch machen wird, den Sportunterricht an den Schulen für obligatorisch zu erklären. „In Berücksichtigung der kantonalen Kompetenz im Schulwesen legt der Bund allerdings nur den Grundsatz des Sportobligatoriums fest.“ Dagegen sei es Sache der Kantone, „den Umfang und die Anforderungen an die Qualität des obligatorischen Sportunterrichts sowie auch Qualitätsanforderungen an die Ausbildung der mit dem Sportunterricht betrauten Lehrpersonen“⁸, nach Anhörung des Bundes, zu bestimmen.⁹ Dementsprechend sieht der Gesetzesentwurf des Bundesrates vor:

Art. 12 (Marginalie: Förderung von Sport- und Bewegungsmöglichkeiten)

¹ Die Kantone fördern im Rahmen des schulischen Unterrichts die täglichen Sport- und Bewegungsmöglichkeiten. Sie sorgen für die notwendigen Anlagen und Einrichtungen.

² Der Sportunterricht ist an Volks-, Mittel- und Berufsfachschulen obligatorisch.

³ Die Kantone legen nach Anhörung des Bundes die Mindestlektionenzahl und qualitative Grundsätze für den Sportunterricht an Volks- und Mittelschulen fest. Sie berücksichtigen dabei die Bedürfnisse der jeweiligen Schulstufen.

⁴ Der Bundesrat legt die Mindestlektionenzahl und qualitative Grundsätze für den Sportunterricht an Berufsfachschulen fest.

Art. 13 (Marginalie: Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer)

¹ Der Bund kann in Zusammenarbeit mit den Kantonen die Aus- und Weiterbildung der Lehrerinnen und Lehrer unterstützen, die Sportunterricht erteilen.

² Die Kantone legen nach Anhörung des Bundes den Mindestumfang der Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrern, die Sportunterricht erteilen, und qualitative Anforderungen an deren Ausbildung fest.

Im Gegensatz zur bundesrätlichen Vorlage ist die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates (WBK-N), der als Erstrat die Vorlage behandelt, zum Schluss gekommen, dass doch der Bund, nicht die Kantone, die Mindeststundenzahl – drei Pflichtstunden pro Woche – für den Sportunterricht während der obligatorischen Schulzeit direkt im Bundesgesetz festlegen soll. Die Kommission betont, dass dieses Ergebnis nach intensi-

⁷ BBl 2009 8189 ff.

⁸ Botschaft (Fn. 7), S. 8212. Solche qualitativen Grundsätze betreffen beispielsweise „Lehrpläne, die Qualifikation der Lehrpersonen, das Qualitätsmanagement sowie die Leistungserhebungen“ (S. 8235).

⁹ Der Bundesrat berücksichtigt bei dieser Kehrtwende das kontroverse Ergebnis der Vernehmlassung in Bezug auf den Bereich des Schulsports. Vgl. Ergebnisbericht der Vernehmlassung zum Sportförderungsgesetz vom 26. März 2009 (http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/dokumentation/totalrevision_bg/antworten.parsys.66144.downloadList.5274.DownloadFile.tmp/ergebnisberichtvernehmlassung090326.pdf) und Botschaft (Fn. 7), S. 8227.

ver Beratung und nach Anhörung der Erziehungsdirektorenkonferenz und von Sportlehrern zustande gekommen sei.¹⁰ Am 15. September 2010 hat der Nationalrat, abgesehen von drei Änderungen¹¹, die von der Kommission beantragte Fassung mit 152 Ja gegen 2 Nein beschlossen.¹²

III. Art. 68 BV in der BV 2000

Bei Art. 68 BV handelt es sich um den nachgeführten Art. 27^{quinquies} aBV.¹³ Die Verfassungsbestimmung gibt somit das aktualisierte, zum Zeitpunkt der Verfassungsreform geltende Verfassungsrecht wieder.¹⁴ Weder ist aus den Materialien ersichtlich, dass der Verfassungsgeber mit der neuen Bestimmung über das geltende Verfassungsrecht hinausgehen, also eine Neuerung einfügen wollte, noch wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass dem Bund mit Art. 68 BV eine erweiterte Legiferierungskompetenz eingeräumt worden sei.¹⁵

Art. 68 BV enthält, systematisch klarer geordnet als unter der alten Bundesverfassung, drei unterschiedliche Arten von Kompetenzen des Bundes:

- in Absatz 1 eine reine, parallele und beschränkte Förderungskompetenz in Bezug auf den Sport, insbesondere bei der Ausbildung. Aus der Bestimmung lässt sich

¹⁰ Medienkonferenz der WBK-N vom 16. April 2010 (<http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-sda-wbk-n-2010-04-16.aspx>).

¹¹ Der Nationalrat folgte den Minderheitsanträgen der Kommission zu Art. 1 Abs. 1 Bst. d (Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates) und e^{bis} (Streichung) sowie zu Art. 16 Abs. 1 (Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates) des Sportförderungsgesetzes.

¹² Amtl. Bull. vom 15. September 2010, 3. Sitzung; siehe dazu: PETER EGGENBERGER, Mindestens drei Turnstunden für alle Schüler, in: NZZ vom 16. September 2010, S. 9.

¹³ Zur Entstehungsgeschichte und zur Auslegung dieser Bestimmung siehe: MARCO BORGHI, Kommentar zu Art. 27^{quinquies} aBV, Rz. 1 ff.; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, St. Galler Kommentar zu Art. 68 BV, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 1 ff.

¹⁴ Zum Nachführungsverständnis siehe: BERNHARD EHRENZELLER, Die neue Bundesverfassung, in: AJP Sondernummer (1999), Nr. 6, S. 651 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 5, Rz. 15 ff.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 111 ff.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates zur Verfassungsreform, BBl 1996 284; PASCAL MAHON, zu Art. 68 BV, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 1 ff.; REGINA KIENER, Bildung, Forschung und Kultur, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 57, Rz. 13.

keine generelle Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Bezug auf den Sport ableiten.¹⁶

- in Absatz 2 ein Handlungsauftrag: Der Bund betreibt eine eigene Sportschule.
- in Absatz 3 eine legislative Handlungsermächtigung: Der Bund kann Vorschriften erlassen über den Jugendsport und den Sportunterricht an den Schulen obligatorisch erklären. Es handelt sich um eine konkurrierende Kompetenz, welche es dem Bund erlaubt, direkt in die Schulhoheit der Kantone im Bereich der Volks- und Mittelschulen einzugreifen.¹⁷ Als stillschweigende Kompetenz anerkannt ist das Recht des Bundes, die Sportlehrerausbildung zu regeln und die Aufsicht darüber wahrzunehmen.¹⁸

Die Verfassungskonformität des geltenden Sportförderungsgesetzes des Bundes, insbesondere dessen Abschnitt II über Turnen und Sport in der Schule, war unter der alten Verfassung kaum umstritten und ist es auch unter Art. 68 BV nicht. Es ist denn auch im Rahmen der Verfassungsreform nicht geltend gemacht worden, dass sich eine Anpassung des Verfassungsrechts an die gelebte Verfassungswirklichkeit aufdränge. Umstritten war und ist jedoch Art. 3 der Sportförderungsverordnung.¹⁹ Dies zu Recht. Wohl werden die Kantone in Art. 2 Abs. 1 Sportförderungsgesetz verpflichtet, für ausreichenden Turn- und Sportunterricht in der Schule zu sorgen, welcher gemäss Absatz 2 in den Volks-, Mittel- und Berufsschulen einschliesslich der Seminarien und Lehramtsanstalten obligatorisch erklärt wird. Die in Art. 16 Abs. 2 enthaltene Ermächtigung des Bundesrates, die erforderlichen Ausführungsvorschriften zu erlassen, reicht aber nach den anerkannten Delegationsregeln²⁰ nicht aus, im Rahmen der Sportförderungsverordnung eine feste Pflichtstundenzahl für den Sportunterricht an den Schulen festzulegen. Für eine solche Einschränkung der Schulhoheit der Kantone auf dem Verordnungswege müsste das Gesetz selbst die Grundzüge enthalten.²¹ Unhaltbar erscheint die Ansicht des Verwaltungsgerichtes des Kantons Luzern,

¹⁶ Dazu sehr klar: MAHON (Fn. 15), Rz. 5 und ZEN RUFFINEN (Fn. 13), Rz. 4. Anders sah es offenbar das VBS resp. das BASPO: Im Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage (Fn. 4), S. 13, wird dargetan, dass „der Bund auf Grund der sehr offenen Formulierung des geltenden Gesetzes wesentlich weitergehende Massnahmen zur Förderung von Sport und Bewegung ergreifen (könnte), als er dies heute tut“.

¹⁷ Für den Bereich der Berufsschulen besteht bereits aufgrund von Art. 63 BV eine Bundeskompetenz.

¹⁸ Vgl. ZEN-RUFFINEN (Fn. 13), Rz. 20, mit Bezug auf das Gutachten Aubert vom 30. Juli 1969. So auch MAHON (Fn. 15), Rz. 10.

¹⁹ Vgl. ZEN-RUFFINEN (Fn. 13), Rz. 19; HERBERT PLOTKE, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 98.

²⁰ Dazu: PIERRE TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 33 ff.

²¹ An dieser Beurteilung ändert nichts, dass der Bundesrat in der parlamentarischen Beratung des Sportförderungsgesetzes zu erkennen gegeben hat, dass er eine Pflichtstundenzahl von drei Lektionen pro Woche in der Verordnung festlegen werde. Siehe dazu BGE 114 Ia 111 (wobei es dabei um das Sportlagerobligatorium ging).

wonach sich die fragliche Verordnungskompetenz auf die im Zweckartikel des Sportförderungsgesetzes erwähnte Rahmengesetzgebungskompetenz stützen lasse.²²

Art. 68 BV ist von seiner systematischen Stellung her Teil des Abschnittes über die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen im Bereich „Bildung, Forschung und Kultur“. Das darauf abgestützte Sportförderungsgesetz beruht, entsprechend der Schulhoheit der Kantone (Art. 62 BV), auf dem Grundsatz, dass die Kantone für ausreichenden Turn- und Sportunterricht zu sorgen haben (Art. 2). Damit wird klargestellt, dass der obligatorische Sportunterricht Teil des obligatorischen Schulunterrichtes ist (Art. 62 Abs. 2 BV). Wie der Grundschulunterricht hat daher auch der Turn- und Sportunterricht von Bundesrechts wegen „ausreichend“ zu sein – nicht mehr und nicht weniger. Lehre und Praxis zu Art. 62 Abs. 2 resp. Art. 19 BV (und Art. 27 Abs. 2 aBV) haben bisher stets anerkannt, dass es Sache der Kantone sei, den unbestimmten Rechtsbegriff „ausreichender Grundschulunterricht“ (früher: „genügender Primarunterricht“) näher zu umschreiben. Dementsprechend hat der Bundesgesetzgeber auf entsprechende Vorschriften zeitlicher, quantitativer und qualitativer Art verzichtet.²³ In Lehre und Gerichtspraxis hat sich allerdings ein weitgehendes Grundverständnis herausgebildet, welche Anforderungen an den Grundschulunterricht als „ausreichend“ gelten und erfüllt sein müssen.²⁴ Dass nun der Bundesrat ohne spezielle Gesetzesdelegation ermächtigt sein sollte, im Rahmen einer Vollzugsverordnung den „ausreichenden“ Turn- und Sportunterricht in der Volksschule festzulegen, ist schwer begründbar. Wenn, gestützt auf Art. 68 Abs. 3 BV (2000), eine Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zum Erlass von quantitativen und qualitativen Vorgaben für den obligatorischen Turn- und Sportunterricht bejaht werden sollte, dann nur im Rahmen eines Bundesgesetzes resp. auf der Grundlage einer klaren Gesetzesdelegation. Das ist im geltenden Sportförderungsgesetz nicht der Fall.

IV. Art. 68 BV nach Erlass der neuen Bildungsverfassung

Mit Volksabstimmung vom 21. Mai 2006 haben Volk und Stände sehr deutlich einer neuen Bildungsverfassung zugestimmt.²⁵ Von dieser Revision erfasst worden ist primär der Abschnitt „Bildung, Forschung und Kultur“²⁶, wobei einzelne bestehende Bestimmungen

²² Urteil vom 11. September 1996, LGVE 1996 II Nr. 10 E. 3. a).

²³ Siehe MAHON (Fn. 15), Kommentar zu Art. 19 BV, Rz. 8; KIENER (Fn. 15), § 57, Rz. 7; BORGHI (Fn. 13), Kommentar zu Art. 27 aBV, Rz. 31.

²⁴ Vgl. dazu REGULA KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 19 BV, Rz. 26 ff.; BERNHARD EHRENZELLER/MARKUS SCHOTT, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 21 ff.

²⁵ Zum Begriff und zum Verständnis der „Bildungsverfassung“ siehe: BERNHARD EHRENZELLER/KONRAD SAHLFELD, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Bildungsverfassung, Rz. 2; KIENER (Fn. 15), Rz. 1 f.

²⁶ 3. Titel, 2. Kapitel, 3. Abschnitt der BV.

geändert und neue hinzugefügt worden sind. Obschon Art. 68 BV nicht geändert worden ist und somit auch nicht Teil der Abstimmungsvorlage über die „Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung“ war (oder hätte sein müssen), gehört die Verfassungsbestimmung, soweit sie die Bildung betrifft, konzeptionell zur Bildungsverfassung.²⁷

Die Grundidee der Bildungsverfassung ist es, durch koordiniertes Zusammenwirken von Bund und Kantonen einen gemeinsamen Bildungsraum Schweiz zu schaffen, der hohe Qualitätsansprüche erfüllt und durchlässig ausgestaltet ist (Art. 61a BV). Bund und Kantone haben eine Verpflichtung zu Koordination und Zusammenarbeit im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten. Diese Verpflichtung ist für die einzelnen Bildungsstufen unterschiedlich ausgestaltet. Im Bereich der Grund- und Mittelschulen liegt die Hauptverantwortung für das Schulwesen weiterhin bei den Kantonen. Sie haben aber den verfassungsmässigen Auftrag, eine gesamtschweizerische Harmonisierung – nicht eine Vereinheitlichung – bestimmter Ziele und Eckwerte des Schulwesens zustande zu bringen. Der Bundesverfassungsgeber hat damit bestimmte Eckwerte der Steuerung des schweizerischen Bildungswesens festgelegt: Schuleintrittsalter und Schulpflicht, Dauer und Ziele der Bildungsstufen und deren Übergänge sowie die Anerkennung von Abschlüssen. Gelingt den Kantonen diese Harmonisierungsaufgabe auf dem Konkordatswege nicht oder ungenügend, so hat der Bund neu eine subsidiäre Bundeskompetenz, die notwendigen Bestimmungen zu erlassen (Art. 62 Abs. 4 BV). Nur notfalls – im Falle des Misslingens von Koordination und Zusammenarbeit – soll der Bundesgesetzgeber die notwendigen Vorschriften erlassen können, allerdings beschränkt auf die verfassungsrechtlichen Eckwerte.²⁸ Die Bildungsverfassung wahrt somit die kantonale Schulhoheit (Art. 62 Abs. 1 BV), nimmt aber die Kantone gleichzeitig in die Pflicht.

²⁷ Der einschlägige Bericht der WBK-N vom 23. Juni 2005 zur Verfassungsrevision (BBl 2005 5479 ff.) hält unter Ziffer 6.1. (S. 5516) fest, dass der 3. Abschnitt über „Bildung, Forschung und Kultur“ als „Kern der Bildungsverfassung bezeichnet“ werden kann. Ebenso, mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 68 BV: KIENER (Fn. 15), (einleitende) Zusammenfassung; EHRENZELLER/SAHLFELD (Fn. 25), Rz. 1. Ausdrücklich nimmt denn auch die Botschaft des Bundesrates (Fn. 7), S. 8212, Bezug auf den Bildungsraum Schweiz und anerkennt die Notwendigkeit der gesamtschweizerischen Harmonisierung des Sportunterrichts (Pt. II. oben). Anderer Ansicht offenbar: GIOVANNI BIAGGINI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, in: ZBl 2010, S. 8, der die „unterbliebene Klärung des Verhältnisses zwischen der neuen ‚Bildungsverfassung‘ und dem unverändert belassenen Art. 68 Abs. 3 BV“ bemängelt. M.E. hätte sich eine Änderung von Art. 68 BV dagegen vielmehr aufgedrängt, wenn diese Bestimmung von der Bildungsverfassung hätte ausgenommen werden sollen. Die bisherige auf die Sportförderungsverordnung gestützte – und kontrovers beurteilte – Praxis konnte jedenfalls keine eigene Verfassungsposition schaffen.

²⁸ Vgl. BERNHARD EHRENZELLER, HarmoS im Lichte der Bildungsverfassung, in: Andreas Auer (Hrsg.), Herausforderung HarmoS – Bildungspolitik, Föderalismus und Demokratie auf dem Prüfstein, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 23 ff.

Mit der inzwischen in Kraft getretenen „Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule“ (HarmoS-Konkordat) setzen die Kantone den verfassungsrechtlichen Auftrag von Art. 62 Abs. 4 BV, bezogen auf die Volksschule, umfassend um.²⁹ Alle Bereiche der Grundbildung in der Volksschule sind davon erfasst. So hält Art. 3 Abs. 2 lit. e Konkordat, unter dem Titel „Bewegung und Gesundheit“ fest, dass jeder Schülerin und jedem Schüler eine Bewegungs- und Gesundheitserziehung ermöglicht werden soll, „ausgerichtet auf die Entwicklung von motorischen Fähigkeiten und körperlicher Leistungsfähigkeit sowie auf die Förderung des physischen und psychischen Wohlbefindens“. Es ist unverkennbar, dass sich die Ziele der Grundausbildung im Rahmen des HarmoS-Konkordates und die Ziele des Bewegungs- und Sportunterrichts nach dem bundesrätlichen Entwurf des Sportförderungsgesetzes (oben Pt. II.) weitgehend decken. Die Kantone haben sich damit verpflichtet, auch im Bereich von Bewegung, Gesundheit und Sport eine geeignete und zielführende gesamtschweizerische Harmonisierungslösung zu erreichen. Es gibt dabei allerdings keinen verfassungsmässig vorbestimmten Grad der Harmonisierung. Das Harmonisierungsziel ist auch dann erreicht, wenn die Kantone eine Regelung treffen, die nicht derjenigen entspricht, welche der Bund treffen würde, wenn er die Materie selber regeln könnte.³⁰

Die verfassungsrechtliche Neuordnung im Bildungsbereich, die sogenannte neue Bildungsverfassung, stellt eine neue verfassungsmässige Rahmenordnung für die Auslegung von Art. 68 BV dar: Diese Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet werden. Sie steht nicht nur, wie bereits vor der Verfassungsänderung, im Zusammenhang mit den andern Bestimmungen über die Bildung, sondern ist integraler Bestandteil des Bildungsraumes Schweiz. Art. 68 BV muss, soweit er den Sportunterricht an den Schulen und die Ausbildung der Sportlehrpersonen betrifft, im Lichte von Art. 61a ff. BV gelesen und kohärent ausgelegt werden. Soweit Art. 68 Abs. 3 BV keine besondere Bundeszuständigkeit enthält, kommt Art. 62 BV zum Tragen. Genauso wenig wie dem Bundesgesetzgeber aus dem von Verfassungs wegen obligatorisch erklärten Grundschulunterricht (Art. 62 Abs. 2 BV) das Recht zusteht, diesen Schulunterricht näher zu regeln, so kann er auch aus der Zuständigkeit, den Sportunterricht an den Schulen obligatorisch zu erklären (Art. 68 Abs. 3 BV), kein Recht ableiten, quantitative (Pflichtstundenzahl) oder qualitative (z.B. Bildungs-

²⁹ Das Konkordat ist am 1. August 2009 Kraft getreten (siehe www.edk.ch). 13 Kantone haben dem Beitritt zum Konkordat zugestimmt, 7 Kantone haben ihn abgelehnt, in 6 Kantonen ist der Entscheid hängig. In einzelnen Kantonen, welche den Beitritt abgelehnt haben, wird das Konkordat aber faktisch dennoch ganz oder teilweise umgesetzt, z.B. in Bezug auf die Schulstufen, die Lehrplankoordination, die Bildungsstandards und das Bildungsmonitoring.

³⁰ Siehe dazu den ersten bedeutenden Anwendungsfall in Bezug auf den Fremdsprachenunterricht an den Grundschulen bei: EHRENZELLER/SCHOTT (Fn. 24), Rz. 66 f.

standards) Vorgaben für den obligatorischen Schulunterricht festzulegen.³¹ Dies gilt in analoger Weise für die Ausbildung der Lehrpersonen, die Sportunterricht erteilen. Die Ausbildung der Lehrkräfte und die Führung der Pädagogischen Hochschulen ist generell Sache der Kantone. Die Pädagogischen Hochschulen fallen allerdings unter den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Art. 2 HFKG). Die bisher angenommene stillschweigende Kompetenz des Bundes, Vorschriften über die Sportlehrausbildung zu erlassen (oben Pt. III.), ist im Lichte der Bildungsverfassung neu zu beurteilen. Aus dieser übergeordneten Sicht betrachtet ist es wenig einsichtig, weshalb es dem Bund untersagt sein soll, gestützt auf Art. 62 BV gesamtschweizerische Vorgaben für die Grundschullehrausbildung zu machen, hingegen möglich sein soll, aufgrund von Art. 68 BV die Sportlehrausbildung zu regeln.³²

Art. 12 Abs. 3 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfes hält fest, dass die Kantone „nach Anhörung des Bundes“ die Mindestlektionenzahl und die qualitativen Grundsätze des Sportunterrichts an den Schulen festlegen. Das Anhörungsrecht des Bundes, konkret des

³¹ Der Bundesrat vertritt in seiner Botschaft zum Sportförderungsgesetz die Meinung, dass dem Bund aufgrund der Kompetenz, den Sportunterricht an den Schulen obligatorisch zu erklären, eine allgemeine Gesetzgebungskompetenz zustehe, „die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen“ (Fn. 7, S. 8253). Er stützt sich dabei auf ein Gutachten von G. BIAGGINI z.H. des BASPO vom 28. Februar 2009. BIAGGINI vertritt darin die Ansicht, „dass der Bund gestützt auf Art. 68 BV quantitative und qualitative Mindestvorschriften sowohl für den Bereich Sport in der Schule als auch für die Aus- und Weiterbildung von Lehrkräften erlassen kann“ (ebd. S. 8254). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil sie auf einer isolierten Betrachtung von Art. 68 BV beruht. Der Bundesrat ist ihr – in Abweichung vom Vernehmlassungsentwurf – in der Sache auch nicht gefolgt. Die diesbezüglichen Darlegungen in der Botschaft zur Verfassungsmässigkeit des Gesetzesentwurfes vermitteln allerdings eher den Eindruck, dass sie sich auf den Vernehmlassungsentwurf und allenfalls auf die Meinung des BASPO im Rahmen der Antragsvorbereitung an den Bundesrat, nicht jedoch auf Art. 12/13 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs beziehen. Unbestritten ist, dass dem Bund aufgrund von Art. 63 BV die Kompetenz zusteht, den Sportunterricht an den Berufsfachschulen näher zu regeln (Art. 12 Abs. 4 Gesetzesentwurf).

³² Ein vergleichbarer, wenn auch nicht identischer Anwendungsfall der neuen Bildungsverfassung zeigt sich neuerdings im Bereich der Kultur. Art. 69 BV überträgt dem Bund keine Regulierungskompetenz in Bezug auf den Musikunterricht an den Schulen. Die gegenwärtig im Parlament zur Behandlung hängige Volksinitiative „jugend+musik“ sieht in einem neuen Art. 67a Abs. 2 BV vor, dass der Bund Grundsätze festlegt für den Musikunterricht an Schulen, den Zugang der Jugend zum Musizieren und die Förderung musikalisch Begabter. Der Bundesrat lehnt in der entsprechenden Botschaft die Initiative ab, u.a. weil sie „in klarem Widerspruch zur Bildungsverfassung der Schweiz“ steht und „die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der obligatorischen Schule“ untergräbt. Eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes im Musikbereich hätte zur Folge, dass die Kantone wesentliche Kompetenzen an den Bund verlören, und dies sowohl bezogen auf die Gestaltung des Musikunterrichts an den Schulen wie auch auf die Ausbildung der entsprechenden Lehrkräfte. Der Bundesrat vertritt somit auch im Fall des Musikunterrichts – wie beim Schulsport – eine konsequente Argumentationslinie, die der neuen Bildungsverfassung verpflichtet ist. Siehe dazu: Botschaft zur Volksinitiative „jugend+musik“ vom 4. Dezember 2009, BBl 2010 I ff.

Bundesrates und der Bundesverwaltung, ist weit, im Lichte von Art. 61a BV, zu verstehen: Auch wenn die Harmonisierungskompetenz primär bei den Kantonen liegt, so ist der Bund über Art. 68 BV doch einbezogen in die gemeinsame Sorge für einen qualitativ hochstehenden Sportunterricht an den Schulen im Bildungsraum Schweiz. Im Rahmen der gemeinsamen Koordinations- und Zusammenarbeitspflicht kann der Bund seine Leitvorstellungen in Bezug auf die quantitative und qualitative Gestaltung des Sportunterrichts an den Schulen in die Harmonisierungsbemühungen der Kantone einbringen. Dazu ist er in besonderer Weise befähigt durch die Führung einer eigenen Sportschule – die Eidgenössische Hochschule für Sport –, an der sportwissenschaftliche Lehre und Forschung sowie Aus- und Weiterbildung betrieben und Dienstleistungen erbracht werden.³³ Diese Sporthochschule des Bundes nimmt eine gesamtschweizerische Leitfunktion in der Sportförderung wahr und kann in bedeutendem Masse Einfluss ausüben auf die Gestaltung des Schulsportunterrichts und auf die entsprechende Ausbildung der Lehrpersonen. Von Bedeutung sind aber auch die „Programme und Projekte“ der Sport- und Bewegungsförderung, die der Bund „koordiniert, unterstützt und initiiert“³⁴ und damit auch nationale Standards setzt.

V. Fazit und Würdigung

Aus dem Gesagten ergibt sich: Art. 12 und 13 des bundesrätlichen Entwurfs eines neuen Sportförderungsgesetzes sind verfassungskonform. Als nicht verfassungskonform sind Art. 12 und 13 des Vernehmlassungsentwurfes zu beurteilen, obschon die beiden Bestimmungen je eine spezielle Delegationsklausel für den Verordnungsgesetzgeber enthalten. Aber auch für den Beschluss des Nationalrates, die Mindeststundenzahl für den Sportunterricht während der obligatorischen Schulzeit im Sportförderungsgesetz selbst zu verankern, fehlt eine verfassungsrechtliche Grundlage. Die vorgesehene Regelung wäre mit der Bildungsverfassung nicht vereinbar.

Der obligatorische Schulsport ist, wie die Entstehungsgeschichte des neuen Sportförderungsgesetzes zeigt, ein schöner, geradezu ein Paradefall der Auswirkungen der neuen Bildungsverfassung. Die Verfassungsbestimmungen zur „Bildung, Forschung und Kultur“ stehen nicht mehr, thematisch unter einem gemeinsamen Obertitel gegliedert, weitgehend selbständig nebeneinander, sondern sind innerlich aufeinander bezogen und ergänzen sich. Weil die Bildungsverfassung auf einem gemeinsamen, wenn auch nach Bildungsart und Bildungsstufen differenzierten Grundkonzept beruht, das in Art. 61a BV seinen grundsätzlichen Ausdruck findet, so sind die einzelnen, die Bildung betreffenden Verfassungsbe-

³³ Art. 14 des Gesetzesentwurfes, siehe Botschaft (Fn. 7), S. 8213.

³⁴ Art. 3 ff. des Gesetzesentwurfes, siehe Botschaft (Fn. 7), S. 8209 ff.

stimmungen auch unter diesem Sachzusammenhang zu betrachten und kohärent auszu-
legen. Aus dieser Gesamtsicht verliert Art. 68 Abs. 3 BV den Charakter einer bundesverfas-
sungsrechtlichen „Sondernorm“ im Bildungsbereich und gewinnt an Bedeutung durch die
Einbindung des Schulsportes in die generelle Verpflichtung der Kantone, für einen ausrei-
chenden Grundschulunterricht zu sorgen.

