

Kirche & Recht

Zeitschrift
für die
kirchliche
und
staatliche
Praxis

KuR

- CIC und KAGO. Die Arbeitsgerichtsbarkeit in der Katholischen Kirche
Joachim Eder
- Antidiskriminierung und das Arbeitsrecht in der Evangelischen Kirche
Götz Klostermann
- Kirchliche Arbeitsbeziehungen – die Entwicklung der Beschäftigungsverhältnisse in den beiden großen Kirchen und ihren Wohlfahrtsverbänden
Hermann Lührs
- Die Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und ihrer Diakonie
Arno Schilberg
- Wettbewerbsrechtliche Ausschreibungen von Leistungen der Sozial- oder Jugendhilfe?
Frank Brünner
- Die Grundpfeiler des schweizerischen Religionsrechts
Erwin Tanner
- Das Kopftuch vor internationalen Gerichten
Diana Zacharias
- Anwalt der Menschenwürde.
Der Beitrag theologischer Ethik in Ethikkommissionen
Stefan D. Zotti



BWV
BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

2/2006

Kirche & Recht

Zeitschrift
für die
kirchliche
und
staatliche
Praxis

KuR

Herausgeber

Dr. Guido Amend, Wiesbaden
Bernd Th. Drößler, Erfurt
Dr. Hans-Günther Frey, Bonn
Dr. Burkhard Kämper, Essen

Dr. Moritz Linzbach, Düsseldorf
Dr. Evelyne D. Menges L.I.C., München
Dr. Arno Schilberg, Detmold
Prof. Dr. Jörg Winter, Karlsruhe

Beirat

Elmar Bahles, Bonn
Heinz Brauburger, Mainz
Rainer Bürgel, Berlin
Dr. Herbert Claessen, Hannover
Matthias Crone, Schwerin
Dr. Herbert Ehnes, Düsseldorf
Prof. Dr. Heribert Heinemann, Bochum
Prof. Dr. Josef Jurina, Freiburg
Prof. DDr. Herbert Kalb, Linz
Hans-Joachim Kiderlen, Magdeburg
Prof. Dr. Wolfgang Loschelder, Potsdam
Prof. Dr. Heiner Marré, Gladbeck
Hartwig Niemann, Wolfenbüttel
Prof. Dr. Heinrich J.F. Reinhardt, Bochum

Prof. Dr. Gerhard Robbers, Trier
Dr. Horst Schiessl, München
Dr. Karl Eugen Schlieff, Münster
Dr. Dieter Schütz, München
Pater Wolfgang Schumacher OCarm, Bamberg
Prof. Dr. Karl Schwarz, Wien
Bernhard Simon, Berlin
Prof. Dr. Ernst-Lüder Solte, Nürtingen
Schwester Arnoldis Straßfeld FCJM, Salzkotten
Adolf Thiel, Köln
Bruder Stephan Veith OSB, Münsterschwarzach
Helmut Vollmar, Freiburg
Hans Zilles, Essen

Kirche & Recht (KuR), Zeitschrift für die kirchliche und staatliche Praxis, 2006 im 12. Jahrgang, ISSN 0947-8094

Schriftleitung: Dirk Bernhardt, wiss. Mitarbeiter an der Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Hamburg, Tel.: (040) 42838 -2994, Mail: info@dirk-bernhardt.de.

Anzeigenverwaltung: Brigitta Weiss, Tel.: (030) 84 17 70-14, Mail: weiss@bwv-verlag.de.

Für eingesandte Manuskripte wird keine Verpflichtung zur Veröffentlichung übernommen. Beiträge werden nur dann angenommen, wenn sie keiner anderen Zeitschrift angeboten wurden. Mit ihrer Annahme erwirbt KuR das ausschließliche Nutzungsrecht. Die Zeitschrift ist urheberrechtlich geschützt. Vervielfältigungen und Bearbeitungen nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags. Namentlich gekennzeichnete Artikel geben die Meinung ihrer Verfasser wieder.

Abonnementbetreuung/Vertrieb: Kristin Kahlhöfer, Tel.: (030) 84 17 70-12, Mail: vertrieb@bwv-verlag.de.

Erscheinungsweise: Halbjährlich.

Bezugspreis: Einzelheft 29,- Euro, Jahresabonnement 52,- Euro, jeweils inkl. MwSt. und zzgl. Versandkosten. Bestellungen nehmen der Buchhandel und der Verlag entgegen. Mindestabonnementdauer: 1 Jahr. Abbestellungen schriftlich vierteljährlich zum Jahresende. Zahlungsweise jährlich im Voraus an den Verlag: Postbank Berlin: 28 875 101, BLZ: 100 100 10 oder Berliner Sparkasse: 9300 42425, BLZ: 100 500 00.



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-
VERLAG GmbH, Axel-Springer-Str. 54b,
D-10117 Berlin, Tel.: (030) 84 17 70-12,
Fax: (030) 84 17 70-21, Internet: www.bwv-verlag.de,
Mail: bwv@bwv-verlag.de

Beilagenhinweis: Dieser Ausgabe sind Beilagen des Echter Verlages, Würzburg und des Verlages Herder, Freiburg beigelegt.

Kirche & Recht

Inhalt

Beiträge

Joachim Eder
CIC und KAGO. Die Arbeitsgerichtsbarkeit in der Katholischen Kirche 97

Götz Klostermann
Antidiskriminierung und das Arbeitsrecht in der Evangelischen Kirche 112

Hermann Lührs
Kirchliche Arbeitsbeziehungen – die Entwicklung der Beschäftigungsverhältnisse in beiden großen Kirchen und ihren Wohlfahrtsverbänden 124

Arno Schilberg
Die Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und ihrer Diakonie 150

Frank Brünner
Wettbewerbsrechtliche Ausschreibungen von Leistungen der Sozial- oder Jugendhilfe? 164

Erwin Tanner
Die Grundpfeiler des schweizerischen Religionsrechts 174

Diana Zacharias
Das Kopftuch vor internationalen Gerichten 189

Stefan D. Zotti
Anwalt der Menschenwürde. Der Beitrag theologischer Ethik in Ethikkommissionen 200

KuR aktuell

Moritz Linzbach
Inputgedanken für die Projekttagung des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland 213

Kurznachrichten 215

Rechtsprechung 217

Bibliographie 225

Rezensionen 229

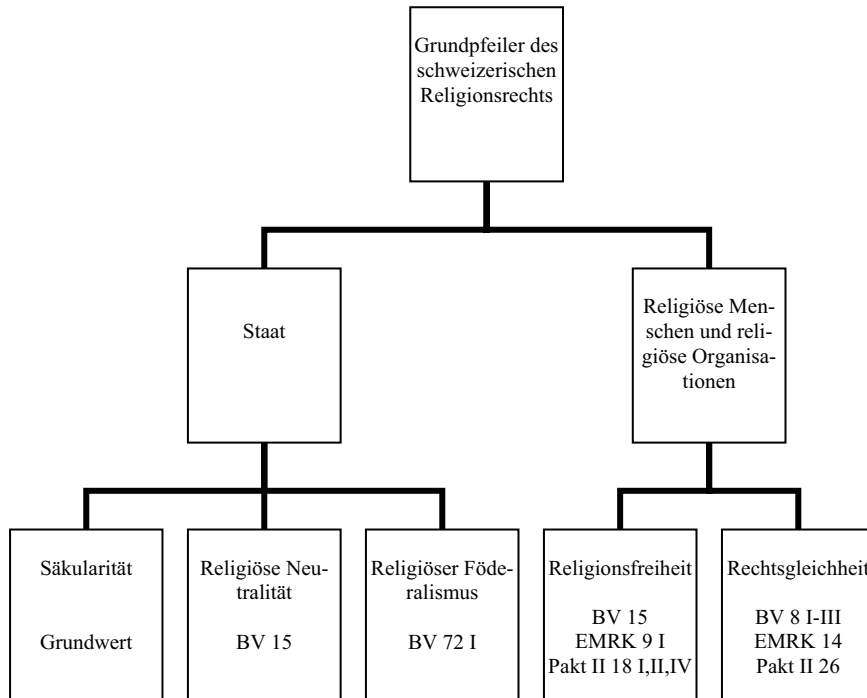
Zitiervorschlag: Autor, Titel, KuR mit Jahr, Seite (Fundstelle).

Beispiel: *Wilhelm Dütz*, Betriebsbedingte Kündigungen im kirchlichen Bereich, KuR 2006, S. 34-53 (45)

Die Grundpfeiler des schweizerischen Religionsrechts

*Erwin Tanner**

Der vorliegende Artikel gibt eine knappe Übersicht über die wichtigsten Elemente des schweizerischen Religionsverfassungsrechts. Schematisch lassen sie sich wie folgt darstellen:



1. Säkularität

Der rechtlichen Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft sind Ideen inhärent, die dem System, nach dem die staatliche Herrschaft in der Schweiz organisiert und ausgeübt wird, das Gepräge verleihen. In der Rechtspraxis und Rechtslehre werden diese Ideen unter anderem bezeichnet als „verfassungsrechtliche Grund-

* Der Autor, lic. iur. utr. et lic. theol. *Erwin Tanner*, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Generalsekretariat der Schweizer Bischofskonferenz. Der vorliegende Artikel ist die überarbeitete und erweiterte Fassung eines auf Französisch gehaltenen Referates, das im Rahmen der 2. Zusammenkunft der Arbeitsgruppe „Islam“ der Schweizer Bischofskonferenz mit der Organisation für islamische Kultur und Beziehungen (Islamic Culture and Relations Organization) und dem Iranischen Zentrum für interreligiösen Dialog (Iranian Center for Interreligious Dialogue) am 19. April 2006 zum Tagungsthema „The Rights of Religions and Religious Minorities“ in Teheran gehalten wurde.

werte“¹, „tragende Grundwerte“², „staatsgestaltende Grundentscheidungen“³ oder (am häufigsten) „Strukturprinzipien“⁴, die der Bundesverfassung innewohnen. Wegen ihrer Vertrautheit und Selbstverständlichkeit werden sie in der Bundesverfassungsurkunde (der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999⁵) nicht ausdrücklich erwähnt; immerhin leiten sie sich aus den geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsregeln der Bundesverfassung im materiellen Sinne⁶ ab. Als „identitätsstiftende Kernstücke“ der Schweizerischen Eidgenossenschaft ergeben sie zusammen ein Leitbild des idealen Staates. In ihrer Gesamtheit drückt sich das politische und rechtliche Selbstverständnis der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus. Für sich allein setzen die Ideen verschiedene normative Schwerpunkte in der Bundesverfassung im materiellen Sinne.

Zu diesen Ideen gehört auch die *Idee der Säkularstaatlichkeit*: Der Staat soll religiös emanzipiert sein. Er soll hinsichtlich seiner Organisation, Organe und Institutionen weder einer bestimmten transzendenten beziehungsweise geistlichen Gesellschaftsordnung nachgebildet noch mit einer solchen verbunden sein. Das staatliche Handeln soll sich in seinem Inhalt, seiner Form und seinem Verfahren nach immanenten beziehungsweise weltlichen Regeln und Anliegen ausrichten. – Siehe Präambel, Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 4, Art. 51 Abs. 1, Art. 62 Abs. 2 S. 2, Art. 72 Abs. 1, Art. 148 BV. Siehe auch Art. 27 Abs. 2 S. 1 (HS. 2) aBV⁷ (jetzt explizit in Art. 62 Abs. 2 S. 2 BV), Art. 53 Abs. 1 und 2 aBV⁸ (jetzt implizit in Art. 122 und Art. 7 BV), Art. 54 Abs. 1 und 2 aBV⁹ (jetzt implizit in Art. 14 und Art. 122 BV), Art.

1 So das BGer. in BGE 128 I 63 ff., 78.

2 So Häfelin, Ulrich/Haller, Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Die neue Bundesverfassung (in Zusammenarbeit mit Heer, Markus/Widmer, Iris), 6. (stark überarbeitete) Aufl., Zürich 2005, S. 51 (Titel und N 168).

3 So Koller, Heinrich, Die Aufnahme staatsgestaltender Grundsätze in die neue Bundesverfassung, in: Flückiger, Max/Maegli, Rolf/Montanari, Rudolf/Reinhardt, Klaus/Riklin, Franz/Salvetti, Ida (Hrsg.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, S. 19.

4 So der Bundesrat in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 14; Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse, Bd. 1: L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006, S. 493 (Titel und N 1389); Eichenberger, Kurt, Vom Umgang mit Strukturprinzipien des Verfassungsstaates, in: Müller, Georg/Rhinow, René/Schmid, Gerhard (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 419 (Titel und Text); Mastronardi, Philippe, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips (= Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht 7), Basel/Frankfurt am Main 1988, S. 11 (Titel und Text).

5 In Kraft seit dem 1. Januar 2000; s. Bundesbeschluss vom 28. September 1999 über das Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999, in: AS 1999, 2555.

6 Sie ist die Summe all jener durch die eidgenössische Legislative, Exekutive und Judikative entwickelten generell-abstrakten Landesrechtsregeln und mitentwickelten generell-abstrakten Völkerrechtsregeln, die nach allgemeiner Rechtsüberzeugung sowohl der mit ihnen befassten staatlichen Organe als auch der ihnen unterworfenen Menschen ihres Inhaltes und Gehaltes wegen eine für den geordneten Staatsbestand geeignete und unerlässliche Grundlage darstellen.

7 „Die Kantone sorgen für genügenden Primarunterricht, welcher ausschliesslich unter staatlicher Leitung stehen soll.“ (AS 1874/1875 I ff., 8).

8 „Die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist Sache der bürgerlichen Behörden. Die Bundesgesetzgebung [...] wird hierüber die nähern Bestimmungen treffen.“ (Abs. 1.) „Die Verfügung über die Begräbnisplätze [...] steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich [...] beerdigt werden kann.“ (Abs. 2.) (AS 1874/1875 I ff., 18).

9 „Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze [...] des Bundes.“ (Abs. 1.) „Dieses Recht darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten [...], noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus andern polizeilichen Gründen beschränkt werden.“ (Abs. 2.) (AS 1874/1875 I ff., 18).

58 Abs. 2 aBV¹⁰ (jetzt implizit in Art. 30 Abs. 1 BV), Art. 75 aBV¹¹ (in der BV nicht mehr enthalten).¹²

Aus der Idee der Säkularstaatlichkeit ergibt sich das Verbot der Bindung an geistliche Gesellschaftsordnungen und an religiöse Autoritäten und das Gebot der Berücksichtigung des Religiösen: Weil der Staat existenziell, strukturell, institutionell und funktionell religiös emanzipiert sein will, sich also hinsichtlich seiner Organisation, seiner Zuständigkeit und seiner Vorgehensweise an keine geistliche Gesellschaftsordnung halten und sich keiner religiösen Autorität unterordnen will, darf das Religiöse im Sinne theoretischer und praktischer Orientierung an einer oder mehreren Religionen nicht Bestandteil des politischen und rechtlichen Systems des Staates sein. Das Religiöse darf nur, aber immerhin als eine vopolitische und vorrechtliche Ressource für das strategische und operative Handeln des Staates betrachtet werden.¹³ Religion¹⁴ (gleich welcher Art) ist bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nicht anzuwenden, sondern zu berücksichtigen.

2. Religionsfreiheit und ihre Schranken

Das Interesse sowohl natürlicher wie auch juristischer Personen (je mit Rechtspersönlichkeit) als auch von Personenverbindungen (mit einer faktisch gebildeten und/oder juristisch entwickelten Organisationsform ohne Rechtspersönlichkeit) an der freien gedanklichen Bildung ihrer Religion und erkenntnis- und gefühlsmässigen Bindung an

10 „Die geistliche Gerichtsbarkeit ist abgeschafft.“ (AS 1874/1875 I ff., 19).

11 „Wahlfähig als Mitglied des Nationalrates [!] ist jeder stimmberechtigte Schweizerbürger weltlichen Standes.“ (AS 1874/1875 I ff., 22).

12 Zur Integration der genannten Bestimmungen der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 in die Bundesverfassung vom 18. April 1999 s. die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBL 149 (1997) I 1 ff., 141, 154, 183, 277, 338, 371 f.

13 Vgl. dazu auch *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002 (= Wissenschaftliche Paperbacks 25), Münster 2004, S. 227 ff.; *Müller, Alois*, Ist der freiheitliche Staat auf vopolitische Ressourcen des Religiösen angewiesen und welcher Platz soll den Religionsgemeinschaften im öffentlichen Raum zukommen?, in: *Pahud de Mortanges, René/Tanner, Erwin* (Hrsg.), Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht/Coopération entre Etat et communautés religieuses selon le droit suisse (= FVRR 15), Zürich/Basel/Genf 2005, S. 35 ff.; vgl. ferner auch BENEDICTUS PP. XVI, Encyclica „Deus caritas est“ data die XXV mensis Decembris anno MMV (Enzyklika „Gott ist Liebe“ vom 25. Dezember 2005) (online im WWW: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/index_ge.htm>, Rubrik „Enzykliken“), n. 28 f.

14 „Religion“ im Sinne der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 hat zu tun mit individueller, kollektiver oder korporativer Glaubens- und Gewissensbildung beziehungsweise Glaubens- und Gewissensbindung (s. Art. 15 BV) und stellt als sowohl menschliches wie auch kulturelles Phänomen (s. Art. 15 BV als Bestandteil des eidgenössischen Menschenverfassungsrechts, s. Art. 72 BV als Bestandteil des eidgenössischen Kulturverfassungsrechts) etwas gesellschaftlich und staatlich Diskriminierungsanfälliges dar (s. Art. 8 BV), dem als Weltanschauung mit Transzendenzbezug (vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBL 149 [1997] I 1 ff., 155 f.; BGE 119 Ia 178 ff., 183 f. [Erw. 4b und c]) wegen seines grundlegenden Wertes für die immaterielle und materielle Entwicklung der Gesellschaft und des Staates im Allgemeinen und deren Mitglieder im Besonderen (vgl. Art. 2 Abs. 2 BV) von der privaten und öffentlichen Hand mit größtmöglicher (materialer und formaler) Offenheit zu begegnen ist.

„Als Religion gilt ein subjektiv oder intersubjektiv geschaffenes, in sich geschlossenes Gebäude grundlegender Gedanken darüber, wie sich der Mensch (als Individual-, Kollektiv- und Korporationswesen) mit Blick auf die Totalität des transzendent gegründeten Wirklichen im Rahmen seiner Selbst, seiner Mitwelt und seiner Umwelt im Einzelnen seins(wert)mässig begreift (Einstellung) und verhaltens(wert)mässig zu begreifen hat (Haltung).“ So *Tanner, Erwin*, Un-Sicherheitsfaktor Religion? Staats- und verwaltungsrechtliche Überlegungen zur inneren Sicherheit und Religion am Beispiel des Islams, in: *Pahud de Mortanges, René/Tanner, Erwin* (Hrsg.), Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht/Coopération entre Etat et communautés religieuses selon le droit suisse (= FVRR 15), Zürich/Basel/Genf 2005, S. 171 f.

sie und an ihrer freien Ausübung in Gedanken, Worten und Werken ist durch Art. 15 BV, Art. 9 Abs. 1 EMRK und Art. 18 Abs. 1, 2, 4 VN-Pakt II als bundesverfassungsmässiges Recht¹⁵ beziehungsweise als Grundrecht geschützt.

Nach BGE 119 Ia 178 ff., 184 (Erw. 3c) umfasst die Religionsfreiheit „sowohl die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, wie auch die äussere Freiheit, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen (...) zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten (...). Dazu gehört das Recht des einzelnen, grundsätzlich sein ganzes Verhalten nach den Lehren des Glaubens auszurichten und seinen inneren Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Zur so gewährleisteten Religionsausübung zählen nicht nur kultische Handlungen (...) und die Beachtung religiöser Gebräuche, sondern auch andere Äusserungen des religiösen Lebens, soweit sie sich im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der Kulturvölker halten (...). Somit schützt die Glaubens-(...)freiheit nicht nur die Befolgung imperativer Glaubenssätze; vielmehr erstreckt sich ihr Schutz auch auf Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine religiös motivierte Verhaltensweise zwar nicht zwingend fordern, die in Frage stehende Reaktion aber für das angemessene Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. (...) Voraussetzung bleibt allerdings, dass solche Verhaltensweisen unmittelbarer Ausdruck der religiösen Überzeugung sind (...).“

Die freie individuelle, kollektive und korporative religiöse *Selbstausrichtung* und das freie individuelle, kollektive und korporative religiöse *Selbstbekenntnis* ist bundesverfassungsrechtlich absolut beziehungsweise schrankenlos geschützt,¹⁶ weil sie unerlässliche Voraussetzung für die individuelle, kollektive und korporative religiöse Entfaltung in einer vom Staat gewollten religionspluralistischen Gesellschaft (vgl. Art. 2 Abs. 2 BV¹⁷) ist. Sie ist als Kerngehalt des Grundrechtes der Religionsfreiheit unan-

15 Das BGer. erklärt subjektive Rechte, die in der Konvention des Europarates zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK [SR 0.101]) und im Internationalen Pakt der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (VN-Pakt II [SR 0.103.2]) objektiv-rechtlich verankert sind, wegen ihres bundesverfassungsrechtsnahen Inhaltes zu einem integrierenden Bestandteil der Staatsrechtsgrundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, dessen Rechthauptquelle (im formellen Sinne) die Bundesverfassungsurkunde darstellt. – Mit Bezug auf die EMRK: BGE 101 Ia 67 ff., 69 (Erw. 2c); 117 Ib 367 ff., 370 f. (Erw. 2c); s. auch BGE 102 Ia 196 ff., 199 (Erw. 3 i. i.); 124 III 205 ff., 206 (Erw. 3b); vgl. auch BGE 122 II 373 ff., 380 (Erw. 2d): „la CEDH [convention du Conseil de l'Europe de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales = EMRK] en tant qu' 'instrument constitutionnel de l'ordre public européen'“; mit Bezug auf den VN-Pakt II: BGE 120 Ia 247 ff., 255 (Erw. 2a).

Es stellt zudem die inhaltliche und gehaltliche Übereinstimmung der Art. 49 (und Art. 50) aBV, Art. 9 EMRK, Art. 18 VN-Pakt II und Art. 18 AMRK (Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 [BBl. 134 (1982) II, 791 ff.]) fest; s. BGE 123 I 296 ff., 301 (Erw. 2b/aa) i. V. m. BGE 116 Ia 252 ff., 258 (Erw. 5b). – Gemäss dem bundesverfassungsreformatorischen Grundkonzept der Nachführung (Näheres dazu in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 [1997] I 1 ff., 28 ff., 34 f., 36 ff., 71 ff., 82 ff., 92 f., 115 ff. und 155) gilt das hier in Bezug auf Art. 49 und Art. 50 aBV Gesagte auch für Art. 15 BV.

16 Vgl. Entscheid 1P.149/2004 des BGer. vom 21. Juni 2004, Erw. 3.1: „(D)er innerste Bereich der religiösen (...) Selbstverantwortung, das forum internum, (ist) als Kernbereich der Glaubens-(...)freiheit vor jeder Form staatlichen Zwangs absolut geschützt.“

17 Der Begriff „Religion“ kommt in der Bundesverfassungsurkunde der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits im Rechtsregelkomplex der Grundrechte – s. Art. 15 BV – und andererseits im Rechtsregelkomplex der bundesstaatlichen Kompetenzzuteilung zwischen Gesamtstaat (Bund) und Teilstaaten (Kantone) im Bereich der Kultur – s. Art. 72 Abs. 2 BV – vor. Das Phänomen „Religion“ ist also staatsrechtlich nicht nur als ein Element der Entfaltung des Menschen (als Individual-, Kollektiv- oder Korporationswesen) zu betrachten, sondern auch als spezielle Ausprägung von „Kultur“ zu behandeln und im Rahmen der staatlichen (genauer gesagt – nach Massgabe der föderalistischen

tastbar; sie duldet also weder einen Eingriff durch den Staat (genauer gesagt – nach Massgabe der föderalistischen Kompetenzordnung – durch den Gesamtstaat/Bund und/oder die Teilstaaten/Kantone [mit ihren Gemeinden]) (vgl. Art. 36 Abs. 4 BV; Art. 9 Abs. 2 EMRK; Art. 18 Abs. 2 und 3 VN-Pakt II)¹⁸ noch einen Eingriff durch Private (vgl. Art. 35 Abs. 1 und 3 BV)¹⁹ – welcher Art auch immer der Zweck und die Mittel des Eingriffs sind.

Religiöse Äusserungen – einerlei welche Erscheinung sie haben – sind hingegen bundesverfassungsrechtlich nicht absolut beziehungsweise nicht schrankenlos geschützt.

Unter solche Äusserungen fallen die individuelle oder kollektive Kundgabe religiöser Überzeugungen durch Wort, Schrift, Gebärde, Bild, Musik, Film oder jede andere Ausdrucksweise²⁰; beispielsweise kultische Handlungen²¹ eines Menschen allein oder in Gemeinschaft mit anderen wie Beten, Meditieren, Fasten, Wallfahren, Predigen, rituelles Feiern, Tanzen, Singen und Glockenläuten oder geistliches Austeilen materieller und immaterieller Güter (wie des Segens oder von Sakramenten und Sakramentalien) und Spenden materieller Güter (wie von Geld oder Nahrungsmitteln)

Kompetenzordnung – gesamtstaatlichen/föderalen und teilstaatlichen/kantonalen) Förderung der kulturellen Vielfalt nach Art. 2 Abs. 2 BV zu berücksichtigen.

18 Art. 9 Abs. 2 EMRK und Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II in der sprachlichen Originalfassung auf Französisch und Englisch (Angabe der autoritativen Sprache am Ende des jeweiligen Vertrages: bei der EMRK nach Art. 59 und beim VN-Pakt II in Art. 53 Abs. 1) sehen allein für die religiöse *Kundgabe* die Möglichkeit rechtlicher Einschränkung vor. – Nach dem deutschen Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 EMRK ist dagegen – aufgrund einer falschen Übersetzung des Wortes „manifeste“/„manifest“ – auch das religiöse (*Selbst-)Bekentnis* rechtlich beschränkbar. Wegen seiner grammatikalischen Fehlerhaftigkeit ist dieser Wortlaut jedoch rechtspraktisch nicht zu beachten; mangels völkerrechtlicher Verbindlichkeit ist er ohnehin rechtspraktisch ohne Belang.

19 Im faktischen oder juristischen Verkehr unter Privaten können sowohl natürliche als auch juristische Personen wie auch Personenverbindungen mit schwacher faktischer und/oder juristischer Machtposition bei der Verfolgung ihrer elementaren Interessen im Bereich der daseinsmässigen und verhaltensmässigen Selbstbestimmung und Selbstentfaltung durch Missbrauch der faktischen und/oder juristischen Machtposition des/der Stärkeren beeinträchtigt werden und bei grundrechtlichem Schutz der Interessen (weil demokratie- und rechtsstaatlich wesentlich) auch im Gebrauch ihrer verfassungsmässigen Rechte gehindert werden.

Darum bestimmt Art. 35 Abs. 3 BV, dass „(d)ie Behörden (...) dafür (zu sorgen haben), dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden“ – sei es durch unmittelbare Geltung ihrer subjektivrechtlichen Gehalte (*direkte Horizontalwirkung der Grundrechte*: Behördliche Einklagbarkeit und Durchsetzbarkeit grundrechtlicher Ansprüche gegenüber [einem] Privaten), sei es durch mittelbare Geltung ihrer objektivrechtlichen Gehalte (*indirekte Horizontalwirkung der Grundrechte*: grundrechtskonforme Ausgestaltung und Handhabung von Rechtsregeln, welche die Rechtsbeziehungen unter Privaten regeln, in der gesamten Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung). – In der Schweiz lehnen die Rechtsgelehrten und das höchste Gericht die direkte Horizontalwirkung der Grundrechte fast einmütig ab; s. die Hinweise z. B. bei *Tschannen, Pierre*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 127 (§ 7, N 64). Hingegen bejahen sie die indirekte Horizontalwirkung der Grundrechte fast einhellig; s. die Hinweise z. B. bei *Tschannen, Pierre*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 128 f. (§ 7, N 69).

Viele Rechte der EMRK und des VN-Paktes II sind über die staatliche Obliegenheit zu aktivem Schutz des (im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung zulässigen) gefährdungs- und störungsfreien Gebrauchs dieser Rechte auch mittelbar (weil Beschwerden gegen Private ausgeschlossen sind) horizontal wirksam; s. *Nowak, Manfred*, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in: *Kälin, Walter/Malinverni, Giorgio/Nowak, Manfred*, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2. (stark erweiterte) A., Basel/Frankfurt a. M./Brüssel 1997, S. 11 f.

20 Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 155.

21 Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 156; vgl. dazu z. B. BGE 108 I 41 ff., 43 f. (Erw. 2a) (Durchführen einer Prozession); 113 Ia 304 ff., 305 (Erw. 2) (gottesdienstliches Handeln; gemeinschaftliches Beten von Angehörigen des Islams am Freitag); 114 Ia 129 ff., 131 ff. (Erw. 2 bis 5) (Feiern religiöser Feste); 126 II 366 ff., 367 (Erw. 2a) (Läuten von Kirchenglocken).

oder ausserkultische Handlungen²² eines Menschen allein oder in Gemeinschaft mit anderen wie Tragen religiöser Symbole, Sich-Kleiden, Verpflegen und letztes Ruhen nach eigener religiöser Überzeugung, Reden über die eigene religiöse Überzeugung, Verbreiten der eigenen religiösen Lehre, Werben neuer Anhänger und/oder Anhängerinnen oder Kritisieren anderer Weltanschauungen.

Als religiöse Äusserung ist auch die individuelle oder kollektive Nicht-Kundgabe religiöser Überzeugung aufzufassen. Wer durch den Staat zur Angabe der Religionszugehörigkeit oder -losigkeit auf Ausweispapieren, in Steuererklärungen oder bei statistischen Erhebungen verpflichtet wird, ist nicht im Kerngehalt der Religionsfreiheit betroffen; denn er/sie wird/werden nicht zu einem Eintreten für eine religiöse Überzeugung gezwungen (kein Zwang zu einem religiösen Selbstbekenntnis), sondern zu einem Mitteilen eines Selbstbekenntnisses (Zwang zu einem religiösen Selbstgeständnis).

Juristische und faktische Akte des Staates können und dürfen oder müssen sogar diese beschränken:

Rechtmässig tut es der Staat (Bund, Kantone und Gemeinden) allerdings nur, wenn er sich an die Grundsätze nach Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV, Art. 9 Abs. 2 EMRK und Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II hält:

- *Erstens* darf er religiöse Äusserungen grundsätzlich nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage einschränken (Art. 36 Abs. 1 S. 1 BV; Art. 9 Abs. 2 EMRK; Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II); das heisst, er muss sich in seinem Verhalten eigentlich auf einen oder mehrere im korrekten Verfahren durch das zuständige Organ in der richtigen Form erlassene, formal klare und material genügend bestimmte Rechtssätze stützen können. Schränkt der Staat religiöse Äusserungen in schwerwiegender Weise ein, so muss er sein Verhalten laut Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV mit einem oder mehreren Rechtssätzen begründen können, die vom Parlament unter Einbezug des Stimmvolkes nach einem bestimmten Verfahren mit der Bezeichnung Gesetz erlassen worden sind; das heisst, die rechtsnormative Grundlage seines Verhaltens muss in einem Gesetz im formellen Sinne liegen. Je tief greifender der Staat also religiöse Äusserungen bescheidet, desto demokratischer muss die rechtsnormative Grundlage für sein diesbezügliches Verhalten legitimiert sein. Gemäss Art. 9 Abs. 2 EMRK und Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II genügen als rechtsnormative Grundlage für solche Einschränkungen jedoch auch Rechtssätze, die entweder vom Parlament unter Ausschluss des Volkes oder von der Regierung oder von den Gerichten auf Grund der Weitergabe von Rechtsetzungskompetenzen durch das Parlament und das Stimmvolk an sie nach einem bestimmten Verfahren in der Form einer Verordnung erlassen worden sind; das heisst, die rechtsnormative Grundlage für ein staatliches Verhalten, das religiöse Äusserungen erheblich beschränkt, hat wenigstens in einem Gesetz im materiellen Sinne zu liegen. Nach der

22 Vgl. dazu z. B. BGE 118 Ia 46 ff., 56 f. (Erw. 4c) (Gewinnen von Menschen für die eigene religiöse Überzeugung durch Anwerben und Abwerben; Kritisieren fremder religiöser Überzeugungen); 119 Ia 178 ff., 185 f. (Erw. 4d) (Tragen weiblicher Kleider nach islamischer Überzeugung); 119 IV 260 ff., 263 f. (Erw. 3b/aa und 3b/bb) (Tragen bestimmter Kleider aus religiöser Überzeugung; Tragen eines Turbans nach sikhischer Überzeugung); 123 I 296 ff., 299 f. (Erw. 2a und b/aa) (Tragen eines Kopftuches nach islamischer Überzeugung); 125 I 300 ff., 305, 310 (Erw. 2a und 3b/bb) (letztes Ruhen nach islamischem Ritus); Entscheid 1P.149/2004 des BGer. vom 21. Juni 2004, Erw. 3.1 (Bekanntmachen und Verbreiten der eigenen religiösen Überzeugung).

EMRK und dem VN-Pakt II sind also allein rechtsstaatliche Kriterien (Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit) dafür ausschlaggebend, ob solches staatliches Verhalten rechtsnormativ hinreichend begründet ist; es müssen wenigstens die rechtspraktischen Konsequenzen der rechtsnormativen Grundlage für die von ihr betroffenen Personen hinreichend erkennbar sein und sie müssen diese nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich und nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich treffen.

Zur Lösung von „Fälle(n) ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr“ beziehungsweise zur Bewältigung von Situationen, in der sehr wahrscheinlich mit Übergriffen in fundamentale Individual- oder/und Kollektiv-Rechtsgüter zu rechnen ist, die aber wegen ihrer sachlichen, räumlichen und zeitlichen Unvorhersehbarkeit weder im Prozess der ordentlichen noch im Prozess der dringlichen Rechtsetzung normativ erfasst werden können, bedarf er jedoch ausnahmsweise keiner solchen Grundlage („allgemeine Polizeiklausel“²³).

- *Zweitens* darf er religiöse Äusserungen ausschliesslich zur Verfolgung *öffentlicher Interessen* oder zur Beschützung *privater, grundrechtlich verankerter Interessen* einschränken und zwar nur insoweit, als diese Interessen die Beschränkung zu rechtfertigen vermögen, also zur Beschränkung rechtlich zulässig sind (Art. 36 Abs. 2 BV). Im Vordergrund steht der Schutz jener Rechtsgüter, die in einer demokratischen Gesellschaft nach dem kollektiven Willen der zu seiner Bildung berechtigten Angehörigen für ein harmonisches und wechselseitig gedeihliches Zusammenleben der Menschen (sowohl als Einzelwesen wie auch als Gemeinschaftswesen), ein funktionsfähiges System von Institutionen und stabile Strukturen von fundamentaler Bedeutung sind – die so genannten *Polizeigüter*²⁴: öffentliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (vgl. Art. 9 Abs. 2 EMRK, Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II).

Der Schutz privater, grundrechtlich gesicherter Interessen Dritter ist als eingeständiges Motiv zur Einschränkung religiöser Äusserungen rechtspraktisch bedeutungslos, liegt es doch immer auch im Interesse der Öffentlichkeit, dass die Grundrechte als Wesenskern einer demokratischen Staatsordnung in der gesamten Rechtsordnung wirksam werden.²⁵ Namentlich geht es hier um den Schutz der Individualrechtsgüter: Würde, Leben, Gesundheit, Privatsphäre, Freiheit, Ehre und Eigentum.

Zentrales Schrankenmotiv ist die Bewahrung der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung und der von ihr verliehenen individuellen Freiheiten und kollektiven Machtbefugnisse, der Schutz der herrschenden gesellschaftlichen Sitten- und Sittlichkeitsvorstellungen und die Sicherung des (Fort-)Bestandes der staatlichen und gesellschaftlichen

23 Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 196; BGE 126 I 112 ff., 118 (Erw. 4b): „polizeiliche Generalklausel“.

24 Nicht abschliessende Aufzählungen der Polizeigüter finden sich in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 195 und in verschiedenen Entscheiden des BGer. wie beispielsweise in BGE 111 Ia 184 ff., 186 (Erw. 2b); 118 Ia 175 ff., 177 (Erw. 1).

25 Zum Problem der inhaltlichen und gehaltlichen Abgrenzung des Schrankenmotivs des „Schutzes von Grundrechten Dritter“ gegenüber dem Schrankenmotiv des „öffentlichen Interesses“ in Art. 36 Abs. 2 BV s Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 196: Der „Schutz von Grundrechten Dritter“ „gibt dem klassischen Gedanken Ausdruck, dass die Freiheit eines jeden da ihre Schranke findet, wo die Freiheit des anderen beginnt; in diesem Sinn scheint es angebracht, diese Idee auszudrücken, auch wenn sie implizit bereits im Begriff des öffentlichen Interesses enthalten ist“.

Strukturen und Institutionen – letztlich der *Verfassungsschutz*, *Staatsschutz* und *Gesellschafts(werteordnungs)schutz*.

• *Drittens* darf er religiöse Äusserungen lediglich nach dem *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*²⁶ (Art. 36 Abs. 3 BV) beziehungsweise dem *Grundsatz der Notwendigkeit*²⁷ (Art. 9 Abs. 2 EMRK; Art. 18 Abs. 3 VN-Pakt II) einschränken: Eine von ihm getroffene einschränkende Massnahme ist nur dann rechtmässig, wenn sie für das Erreichen des von ihm angestrebten Zweckes beziehungsweise für das Wahrnehmen des zur Einschränkung rechtlich zulässigen öffentlichen Interesses in sachlicher, zeitlicher, räumlicher und persönlicher Hinsicht geeignet und notwendig ist und für die von ihr betroffene(n) Person(en) (natürliche oder juristische Person[en] oder Personenverbindung[en]) in ebensolcher Hinsicht tragbar ist. Staatliche Massnahmen zur Wahrnehmung öffentlicher Ziele mit einschränkender Wirkung für private religiöse Äusserungen müssen also durch ihre Zieltauglichkeit, Zielnotwendigkeit und Zumutbarkeit für die von ihnen betroffenen Personen gerechtfertigt sein.

3. Verbot des religiösen Zwanges und Gebot der religiösen Neutralität

Art. 15 BV statuiert für den Staat zum einen das Verbot des religiösen Zwanges und zum andern das Gebot der religiösen Neutralität.

Das *Verbot des religiösen Zwanges*²⁸ verwehrt dem Staat,

- den in seinen Herrschaftsbereich fallenden Menschen religiöse Konzeptionen vorzugeben,
- religiöse Zugehörigkeiten vorzuschreiben und
- Formen religiöser Selbstorganisation zu diktieren.

Das *Gebot der religiösen Neutralität* besteht aus folgenden Teilgehalten:

- dem Verbot der Proklamation einer bestimmten Religion zur offiziellen Religion (*Verbot der religiösen Identifikation*),
- dem Gebot des Verzichts auf Einbezug religiöser Überlegungen in die Erwägungen über das eigene Verhalten (*Gebot der religiösen Distanz*) und
- dem Verbot der unsachlichen Bevorzugung oder Benachteiligung von Menschen oder Menschengruppen aus religiösen Gründen (*Verbot der religiösen Privilegierung und Diskriminierung*).

Gemäss Schweizerischem Bundesgericht²⁹, der obersten Recht sprechenden Behörde der Schweizerischen Eidgenossenschaft, hat aber „(d)as Neutralitätsgebot (...) nicht den Sinn, das religiöse (...) Moment aus der Staatstätigkeit völlig auszuschliessen“; „(e)s verlangt vielmehr die unparteiische, gleichmässige *Berücksichtigung* der in einer pluralistischen Gesellschaft auftretenden religiösen und weltanschaulichen Über-

26 Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl. 149 (1997) I 1 ff., 196; BGE 117 Ia 472 ff., 483 (Erw. 3g); 119 Ia 348 ff., 353 (Erw. 2a); 126 I 112 ff., 119 f. (Erw. 5b).

27 Vgl. dazu NOWAK, MANFRED, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll: CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1989, S. 344 (Art. 18, N 33); *Villiger, Mark E.*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. und vollständig neu bearbeitete A., Zürich 1999, S. 349 ff. (§ 23, N 551 ff.).

28 Nach Ansicht des BGer. – so BGE 125 I 347 ff., 354 (Erw. 3a) – „(schützt) (d)ie Glaubens- und Gewissensfreiheit (...) in erster Linie vor staatlichem Zwang“.

29 BGE 118 Ia 46 ff., 58 (Erw. 4e/aa) (Hervorhebungen vom Autor E. T.).

zeugungen“. Übergeht der Staat das Phänomen der Religion an sich oder bestimmte Varianten von Religion, so verstösst er gegen das aus dem Gebot der religiösen Neutralität fließende *Gebot der Beachtung alles Religiösen*.³⁰

Aus der staatlichen Garantie der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BV) ergibt sich für die mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Akteure zum einen das Gebot, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die religiöse Selbstorientierung, das religiöse Selbstbekenntnis und Selbstgeständnis von Menschen für sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu respektieren (Art. 15 Abs. 2 und 3 BV i. V. m. Art. 35 Abs. 2 BV), und zum anderen das Verbot, Menschen für sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen eine bestimmte religiöse Richtung vorzugeben oder zu einem bestimmten religiösen Bekenntnis oder Geständnis zu zwingen (s. Art. 15 Abs. 4 BV i. V. m. Art. 35 Abs. 2 BV).

Es ist den mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Akteuren verwehrt, sich in die religiösen Angelegenheiten von Menschen und Menschengruppen einzumischen. Der Staat darf den Religionsgemeinschaften – einerlei ob sie privatrechtlich oder öffentlichrechtlich organisiert sind – nicht die Möglichkeit zur Entfaltung ihres eigenen Glaubensgutes nehmen; er ist vielmehr verpflichtet, ihnen Raum für ihre religiöse Entwicklung zu geben.³¹ Als Folge seiner religiösen Neutralität darf er zwar keiner religiösen Gedankenrichtung folgen, muss aber religiöses Gedankengut gleich welcher Art beachten.³² Gerade weil sich der Staat auf keine bestimmte weltanschauliche oder religiöse Wertordnung festlegen darf, hat er die dem Wandel unterworfenen Vielfalt der in der Gesellschaft anzutreffenden weltanschaulichen und religiösen Wertvorstellungen fortwährend zu beobachten und die einzelnen Wertvorstellungen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die gesellschaftliche und staatliche Ordnung zu

30 Vgl. BGE 123 I 296 ff., 308 (Erw. 4b/bb): „La neutralité [religieuse] n'a pas pour sens d'exclure, dans les activités de l'Etat, tout élément d'ordre religieux (...); toutefois, une attitude antireligieuse, telle qu'une laïcité de combat, voire irréligieuse, n'est pas neutre.“

31 So zum Beispiel in Strafanstalten für die seelsorgerliche Betreuung von Angehörigen anderer Religionen als des Christentums und anderer Konfessionen als der römisch-katholischen und evangelisch-reformierten Tradition: BGE 113 Ia 304 ff.; Entscheid 2P.126/1997 des BGer. vom 19. August 1997 (Freitagsgebet für muslimische Anstaltsinsassen); 129 I 74 ff. (Teilnahme an der christlich-orthodoxen Osterfeier und Arbeitsverweigerung an christlich-orthodoxen Feiertagen) oder auf öffentlichen Friedhöfen für die Bestattung nach anderen Riten als der römisch-katholischen und evangelisch-reformierten: BGE 125 I 300 ff. (letztes Ruhen nach islamischem Ritus).

32 Aus der Kulturstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit der Schweizerischen Eidgenossenschaft ergibt sich für den Staat sogar die Pflicht zur Förderung der religiösen Entwicklung von Menschen für sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen.

Idee der Kulturstaatlichkeit: Der Staat soll den von einzelnen oder mehreren Menschen geschaffenen und überlieferten Gedankengebäuden zu Fragen, wie sich der Mensch (als Individual-, Kollektiv- und Korporationswesen) mit Blick auf die ganze Wirklichkeit im Rahmen seiner Selbst, seiner Mitwelt und seiner Umwelt im Einzelnen seins(wert)mässig begreift (Einstellung) und verhaltens(wert)mässig zu begreifen hat (Haltung), und den daraus resultierenden Äusserungen (Ausdrucksweisen, Umgangsweisen, Gestaltungsweisen gleich welcher Art) einzelner Menschen oder von Menschengruppen mit Offenheit begegnen. – S. Präambel, Art. 2 Abs. 2, Art. 4, Art. 8 Abs. 2, Art. 15 bis Art. 21, Art. 41 Abs. 1 Buchst. f und g, Art. 61 Abs. 1 und 2, Art. 61a ff., Art. 75 Abs. 1, Art. 78 Abs. 1 bis 3, Art. 93 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 Buchst. b BV.

Idee der Sozialstaatlichkeit: Der Staat soll zum Schutz der Würde jedes einzelnen Menschen und zur Wahrung der Wohlfahrt der Gesellschaft als Ganzes allen in seinen Herrschaftsbereich fallenden Menschen (sowohl den Menschen als Individualwesen als auch den Menschen als Kollektivwesen wie auch den Menschen als Korporationswesen) für einen hinreichenden Bestand an tatsächlichen und rechtlichen Chancen zur Ausübung der ihnen von ihm gewährleisteten Freiheiten und Befugnisse sorgen. – S. Präambel, Art. 2 Abs. 2 bis 4, Art. 6, Art. 8 Abs. 3 und 4, Art. 11 Abs. 1, Art. 12, Art. 19, Art. 29 Abs. 3, Art. 41, Art. 61a ff., Art. 73, Art. 94 Abs. 2, Art. 108 ff. BV.

prüfen.³³ Je nach Wichtigkeit für das Gemeinwohl kann der Staat den einen Wertvorstellungen und den daraus resultierenden Aktivitäten von Menschen und Menschengruppen mehr Beachtung schenken als anderen und sie mehr fördern als andere. So räumt der Staat Religionsgemeinschaften je nach ihrer gesellschaftlichen Bedeutung unterschiedliche Rechte und Pflichten ein; die einen werden als Körperschaften des öffentlichen Rechts qualifiziert, andere als Körperschaften des Privatrechts und wieder andere als Körperschaften des Privatrechts mit Privilegien des öffentlichen Rechts.³⁴

4. Föderalistisches Modell der Regelung der institutionellen Beziehungen des Staates zu den Religionsgemeinschaften

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 schreibt in Art. 72 Abs. 1 (BV) kein bestimmtes eidgenössisches, für alle Kantone verbindliches Modell des institutionellen Verhältnisses zwischen Staat und Religionsgemeinschaften vor. Die rechtliche Bedeutung dieses Artikels erschöpft sich darin, der Tradition der Souveränität der Kantone (Teilstaaten) beziehungsweise der Autonomie der Kantone im Bereich der Regelung der institutionellen Beziehungen des Staates zu den Religionsgemeinschaften in der Hauptquelle der Rechtsgrundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Bundesverfassungsurkunde, rechtssatzmässig Ausdruck zu verleihen und diese als typischen Fall des schweizerischen Föderalismus hervorzuheben³⁵. Es ist den Kantonen anheim gestellt, wie sie ihre institutionellen Bezüge zu den Religionsgemeinschaften rechtlich regeln möchten. Immerhin lassen sich schweizweit drei Grundkonzeptionen feststellen, die je nach Kanton unterschiedlich kombiniert werden:

- *Die Konzeption der privatrechtlichen Stellung von Religionsgemeinschaften* (Organisation nach privatem Recht – vgl. Art. 52 ff. ZGB, Art. 60 ff. ZGB),
- *die Konzeption der privatrechtlichen Stellung von Religionsgemeinschaften mit öffentlicher Anerkennung* (Organisation nach privatem Recht – vgl. Art. 52 ff. ZGB, Art. 60 ff. ZGB – mit öffentlichrechtlichen Privilegien; so genannte kleine Anerkennung) und
- *die Konzeption der öffentlichrechtlichen Stellung beziehungsweise der öffentlichrechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften* (Organisation nach öffentlichem kantonalem Recht; so genannte grosse Anerkennung).

33 In Anlehnung an Böckenförde, *Ernst-Wolfgang*, Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002 (= Wissenschaftliche Paperbacks 25), Münster 2004, S. 229 (i. f.): „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“

34 Vgl. dazu Hafner, *Felix/Ebnöther, Kathrin*, Staatliche Förderung religiöser Aktivitäten, in: *Pahud de Mortanges, René/Tanner, Erwin* (Hrsg.), Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht/Coopération entre Etat et communautés religieuses selon le droit suisse (= FVRR 15), Zürich/Basel/Genf 2005, S. 136 ff.; *Tanner, Erwin*, Art. [Religions-]Recht – 3. Schweiz, in: *Baer, Harald/Gasper, Hans/Müller, Joachim/Sinabell, Johannes* (Hrsg.), Lexikon neureligiöser Gruppen, Szenen und Weltanschauungen. Orientierungen im religiösen Pluralismus (unter Mitwirkung von *Becker, Thomas/Höbsch, Werner/Sellmann, Matthias*), Freiburg i. Br. 2005, Sp. 1055 ff.

35 Art. 72 Abs. 1 BV wiederholt lediglich die in Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV verankerte allgemeine Ordnung der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der rechtsnormativen Bestimmung der institutionellen Bezüge des Staates zur Kirche und führt das herkömmliche bundesstaatliche Zuständigkeitsregime im Kirchenwesen gemäss Art. 3 aBV nochmals klar vor Augen. Er stellt im System der bundesstaatlichen Kompetenznormen eine deklaratorische Rechtsnorm dar, der keine eigenständige rechtsnormative Bedeutung zukommt.

Entsprechend der ihrer Glaubentheorie und Glaubenspraxis beigemessenen direkten und indirekten Bedeutung für das gesellschaftliche Leben verleihen die Kantone einer Religionsgemeinschaft (teilweise parallel zu einer religionsgemeinschaftsrechtseigenen Organisationsform) den einen oder anderen staatsrechtlichen Status, mit dem mehr oder weniger existenziale und aktionale Rechte auf Selbstbestimmung beziehungsweise Autonomie und Pflichten zu Rechtstreue, Staatstreue und Drittinteressenachtung verbunden sind (vgl. Art. 15 BV, Art. 36 BV, Art. 57 BV, Art. 72 Abs. 2 BV).

Freilich haben die Kantone gemäss ihrer in Art. 44 BV verankerten Pflicht zur Treue gegenüber dem Bund (Gesamtstaat) und ihrer in Art. 49 Abs. 2 BV festgeschriebenen Pflicht zur Einhaltung des Bundesrechts die – nach dem von ihnen gewählten Verfahren gefundenen und von ihnen bezüglich Inhalt und Gehalt angenommenen – Regelungen auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht hin zu prüfen, um zu vermeiden, dass diese dem Bundesrecht im Sinne von Art. 49 Abs. 1 BV entgegenstehen und als Folge der Kollisionsregel „*lex superior derogat legi inferiori*“ beziehungsweise der (diese Regel konkretisierenden, hier einschlägigen) Kollisionsregel „Bundesrecht bricht kantonales (einschliesslich interkantonaes) Recht“³⁶ keine Gültigkeit haben. Insbesondere haben die Kantone die in der Bundesverfassungsurkunde festgeschriebenen Verhaltensgebote und -verbote, die an die mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Akteure gerichtet sind, zu beachten, wie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), die Maxime bundesstaatlicher Subsidiarität (Art. 5a BV) und die Prinzipien grundrechtskonformen Handelns (Art. 35 und Art. 36 BV). Ferner haben sie sich in ihrem Verhalten an das staatspolitische und staatsrechtliche Werte-Fundament der Schweizerischen Eidgenossenschaft, das sich die Bundesverfassungsurkunde zur Grundlage nimmt, zu halten, das heisst, sie haben den bundesverfassungsrechtlichen Grundwerten – wie etwa der Rechtsstaatlichkeit, Demokratieverfassung, Kulturstaatlichkeit, Säkularstaatlichkeit und Friedensstaatlichkeit – in ihren Rechts- und Realakten Genüge zu leisten.

5. Gebot der Rechtsgleichheit

Mit der in Art. 8 BV verankerten Garantie der Rechtsgleichheit soll die Chancengleichheit unter den in der Gesellschaft auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene lebenden Menschen in welchen Sachbereichen der Gesellschaft und des Staates auch immer grundrechtlich gesichert werden. Durch Verwirklichung dieses Grundrechts soll den Menschen und ihren Organisationen in Gesellschaft und Staat austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit widerfahren. Für die Menschen und ihre Organisationen ist der Staat nur dann gerecht, wenn er sie nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich und nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich behandelt. Wenn er den Menschen und

36 Zu den Einzelheiten bezüglich der Regel „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ s. statt vieler *Häfelin, Ulrich/Haller, Walter*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Die neue Bundesverfassung (in Zusammenarbeit mit *Heer, Markus/Widmer, Iris*), 6. (stark überarbeitete) Aufl., Zürich 2005, S. 335 (N 1171 ff.); *Rhinow, René*, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts (in Zusammenarbeit mit *Abderhalden, Ursula/Glass, Philip/Graf, Martin/Kiss-Peter, Christina/Kornicker Uhlmann, Eva/Meyer López, Annette/Mund, Claudia/Schott, Markus/Thönen, Urs/Uebersax, Peter*), Basel/Genf/München 2003, S. 127 ff. (N 691 ff.); *Tschannen, Pierre*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 302 ff. (§ 22, N 1 ff.), 345 (§ 25, N 18) – jeweils mit Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des BGER.

ihren Organisationen nicht die rechtlichen und ausserrechtlichen Mittel zur Erreichung möglichst grosser Chancengleichheit unter ihnen gibt, wirkt er ungläubwürdig.

Für das Schweizerische Bundesgericht, die oberste Recht sprechende Behörde der Schweizerischen Eidgenossenschaft, verlangt das Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV von den mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Akteuren, „dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird“.³⁷ Ein Verletzung dieses Gebots liegt nach ihm vor, „wenn (sie) rechtliche Unterscheidungen (treffen), für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder (wenn sie) Unterscheidungen (unterlassen), die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen“.³⁸ „Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann [nach ihm] zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen.“³⁹

Und das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot gebietet nach dem Schweizerischen Bundesgericht die rechtsungleiche Behandlung einer Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer in der sozialen Geschichte oder Gegenwart tendenziell ausgegrenzten oder als minderwertig behandelten Personengruppe zu unterlassen. „Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.“ Das Anknüpfen an ein in Art. 8 Abs. 2 BV genanntes Merkmal ist nach ihm nicht absolut unzulässig; es begründet nur, aber immerhin den Verdacht einer unzulässigen Differenzierung, der durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann: „Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen.“

Der Staat hat auch im Umgang mit religiösen Menschen und religiösen Organisationen das Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV zu beachten.⁴⁰ Warum er beispielsweise der einen Religionsgemeinschaft öffentlichrechtliche Befugnisse einräumt und öffentlichrechtliche Pflichten auferlegt und warum er der anderen privatrechtliche Befugnisse einräumt und privatrechtliche Pflichten auferlegt, hat er grundsätzlich anhand sachbezogener Kriterien – wie beispielsweise mithilfe ihrer gesellschaftlichen Bedeutung (wegen kultureller, karitativer oder anderer Leistungen) – zu begründen. Nur ausnahmsweise darf er personenbezogene Kriterien – wie etwa die weltanschauliche Überzeugung ihrer Mitglieder – zur Begründung der Unterscheidung heranziehen, nämlich dann, wenn ernsthafte und triftige sachliche Gründe es nahe legen. Andernfalls setzt er sich dem Verdacht einer (direkten oder indirekten)⁴¹ Diskriminierung aus.

37 Bspw. Entscheid 1P.321/1999 des BGer. vom 21. Februar 2000, Erw. 2c; Entscheid 2P.140/2002 des BGer. vom 18. Oktober 2002, Erw. 7.2.

38 So etwa Entscheid 2P.140/2002 des BGer. vom 18. Oktober 2002, Erw. 7.2; BGE 131 I 1 ff., 6 (Erw. 4.2).

39 BGE 125 I 173 ff., 178 (Erw. 6b); s. auch BGE 131 I 1 ff., 7 (Erw. 4.2).

40 Daneben hat er Art. 14 EMRK und Art. 26 VN-Pakt II im Rahmen ihrer Anwendbarkeit zu berücksichtigen.

41 Das BGer. unterscheidet zwischen einer direkten und indirekten Diskriminierung: Ersteres liegt nach ihm vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf ein personenbezogenes Merkmal stützt, dessen Anwendung sich sach-

Anhang 1: Zentrale Rechtsbestimmungen

BV

Art. 5 Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

- ¹ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.
- ² Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.
- ³ Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.
- ⁴ Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.

Art. 5a Subsidiarität

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.

Art. 8 Rechtsgleichheit

- ¹ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
- ² Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.
- ³ Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, (...).
- ⁴ (...).

Art. 15 Glaubens- und Gewissensfreiheit

- ¹ Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.
- ² Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen.
- ³ Jede Person hat das Recht, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen.
- ⁴ Niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.

Art. 35 Verwirklichung der Grundrechte

- ¹ Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.
- ² Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.
- ³ Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

- ¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.
- ² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.
- ³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.
- ⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

lich nicht genügend rechtfertigen lässt und eine oder mehrere Personen gegenüber einer oder mehreren anderen Personen benachteiligt. Letzteres liegt vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung zwar auf ein sachbezogenes Merkmal stützt, sich aber im Ergebnis ohne genügende sachliche Rechtfertigung so für eine oder mehrere Personen gegenüber einer oder mehreren anderen Personen benachteiligend auswirkt, wie wenn sie sich auf ein personbezogenes Merkmal stützte. – S. bspw. BGE 124 II 409 ff., 424 f. (Erw. 7); 126 II 377 ff., 392 ff. (Erw. 6a und c).

Art. 72 Kirche und Staat

¹ Für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat sind die Kantone zuständig.

² Bund und Kantone können im Rahmen ihrer Zuständigkeit Massnahmen treffen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften.

EMRK*Art. 9 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*

¹ Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.

² Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekennen, darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Art. 14 Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

VN-Pakt II*Art. 18*

¹ Jedermann hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses Recht umfasst die Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung und Unterricht zu bekunden.

² Niemand darf einem Zwang ausgesetzt werden, der seine Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung seiner Wahl zu haben oder anzunehmen, beeinträchtigen würde.

³ Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekunden, darf nur den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und –freiheiten anderer erforderlich sind.

⁴ Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.

Art. 26

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.

Vorbehalt der Schweiz: Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz werden nur in Verbindung mit anderen in diesem Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet.

Anhang 2: Verwendete Abkürzungen

Abs.	Absatz/Absätze
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Stand 20. April 1999) (online im WWW: http://www.ofj.admin.ch/themen/bvreform/bv-alt-d.pdf)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
Aufl.	Auflage(n)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (einschliesslich Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts). Amtliche Sammlung
BGer.	Schweizerisches Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
EMRK	Konvention des Europarates zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
Erw.	Erwägung(en)
f./ff.	und folgende(r/s) (zum Beispiel Artikel, Kapitel, Note/Noten, Seite/Seiten, Ziffer/Ziffern)
Hrsg.	Herausgeber(in/innen)
HS.	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
n.	nota(e)
N	Note(n); Randnote(n)
s.	siehe
S.	Seite/Seiten; Satz/Sätze
SR	Systematische Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
vgl.	vergleiche
VN-Pakt II	Internationaler Pakt der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II [SR 0.103.2])
WWW	World Wide Web
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)