

Prüfung «Recht und Religion»

Frühjahrssemester 2021

PD Dr. iur. Anne Kühler, LL.M.

Vorbemerkung: Diese Musterlösung stellt ein Beispiel zur Erreichung der vollen Punktzahl dar; sie ist nicht umfassend. Es sind grundsätzlich auch weitere Argumente möglich.

Bitte beachten Sie, dass für besonders stringente Argumentation und Kohärenz auch Zusatzpunkte gegeben werden können.

Aufgabe 1: (10 Punkte)

Aufgabe 1a) Um den Begriff «Religion» zu definieren, wird oft auf die Unterscheidung zwischen substanziellen und funktionalen Kategorisierungen zurückgegriffen.

Was bedeuten diese Kategorisierungen und sehen Sie Anhaltspunkte für diese Unterscheidung in der verfassungsrechtlichen Definition des Schutzobjekts «Religion» gemäss Art. 15 der Bundesverfassung? **(8 Punkte)**

Lösungsskizze:

Was bedeuten diese Kategorisierungen?

Die Definition von «Religion» bereitet einige Schwierigkeiten. Es gibt **keine eindeutige Definition von Religion**, sondern nur verschiedene Versuche einer solchen Definition. Grob lassen sich substanzielle (auch substanzialistische) und funktionale (oft auch funktionalistische) Ansätze unterscheiden.

Substanzielle Definition(smethoden)

Eine mögliche Herangehensweise an das Problem der Religionsdefinition besteht im Entwurf von inhaltlichen oder substanziellen Religionsdefinitionen. Hier erfolgt die Definition der Religion durch Angabe ihrer **wichtigsten Merkmale**, etwa durch den Versuch, die Vielfalt religiöser Erscheinungsformen durch Angabe des Bezugsgegenstandes, auf den sich Religionen richten, zu bestimmen. Dann werden Religionen etwa durch den **Bezug auf Gott** oder Götter, durch die Verehrung von höheren geistigen Wesen oder den Glauben an einen oder mehrere Götter charakterisiert. Der Vorteil einer solchen auf den Gottesbezug abhebenden Religionsdefinition besteht in ihrer Nähe zu in westlichen Gesellschaften vorfindenden Traditionen sowie in ihrem engen Bezug auf das Selbstverständnis der Religionsangehörigen.

Substanzielle Definitionen versuchen, das **Wesen der Religion** etwa in ihrem Bezug zum Heiligen, Transzendenten oder Absoluten zu bestimmen; so stellt der Bezug zum Transzendenten den zentralen Unterschied zum Nichtreligiösen dar.

Der substanzialistische bzw. essentialistische Religionsbegriff bezieht sich also auf **inhaltliche** Merkmale von Religion, da die Definition vom Wesen der Religion abgeleitet wird und damit die wesentlichen Attribute von Religion charakterisiert werden sollen. Er begreift Religion als etwas, das sich auf das Heilige, das **Transzendente**, das Absolute oder das Allumfassende bezieht.

Funktionale Religionsdefinition:

Der funktionale Religionsbegriff **definiert Religion über die Funktion**. Er geht davon aus, dass **Religion für das Individuum und die Gesellschaft eine prägende Rolle** spielt und diese mitgestaltet.

Die funktionale Definitionsmethode versucht Religion **nicht aus sich selbst heraus zu bestimmen**, sondern von dem her, was sie nicht ist: von den gesellschaftlichen oder individuellen Zusammenhängen, in denen sie steht.

Die funktionale Methode bezieht Religion oft auf ein **Problem**, das mit ihr gelöst ist und bestimmt die Leistung, die die Religion zur Lösung dieses Problems erbringt. Während es in substantiellen Definitionen darum geht festzustellen, was Religion ist, kommt es funktionalen Definitionen darauf an, zu bestimmen, **was Religion leistet und bewirkt**.

So könnte man unter funktionalen Gesichtspunkten **zum Beispiel** sagen, Religion zeichne sich dadurch aus, dass sie die Integration einer Gruppe, einer Gemeinschaft oder einer Gesellschaft gewährleistet. Ihr Bezugsproblem läge dann in der Frage, wie gesellschaftlicher Zusammenhalt gewährleistet werden kann.

Die funktionale Methode fasst ihr Objektfeld weit und definiert Religion auch über die soziale Funktion, d. h., in Bezug auf gesellschaftliche und individuelle Zusammenhänge.

Anhaltspunkte für diese Unterscheidung in der verfassungsrechtlichen Definition des Schutzobjekts «Religion» gemäss Art. 15 der Bundesverfassung?

- **Art. 15 BV schützt «grundsätzlich alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten»** (BGE 119 Ia 178); ungeachtet ihrer quantitativen Verbreitung. Allerdings kann nur «Glaube» im Sinne der Verfassung sein, was eine grundsätzliche und zusammenhängende Sicht grundlegender Probleme des Verhältnisses des Menschen zum Transzendenten darstellt. Objektives Leitkriterium ist demnach der Transzendenzbezug. Geschützt ist also der religiöse Glaube.
- Damit spielt die **substanzielle Definitionsmethode** für das schweizerische Verfassungsrecht eine grosse Rolle. Denn es geht um den Versuch, den Inhalt oder das Wesen von Religion zu erfassen (nicht deren Funktion).

Aufgabe 1b) Sehen Sie grundsätzliche Probleme beim Versuch, «Religion» rechtlich zu definieren? **(2 Punkte)**

- **Staatliche Neutralitätspflicht** verlangt die gleichmässige Berücksichtigung von Religionen bei einer solchen Definition und legt die möglichst weitgehende Einbeziehung der diversen Bekenntnisse nahe.
- Gleichzeitig bedarf es aber einer **gewissen Abgrenzung und Trennschärfe**, um den Religionsbegriff praktikabel handhaben zu können; andernfalls wird der Grundrechtsschutz uferlos und verliert das in Art. 15 BV verankerte Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit seinen Sinn.
- Weitere Antworten möglich!

Aufgabe 2: (3 Punkte)

Mit welcher Begründung beruft sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bezüglich Fragen zum Verhältnis von Staat und Religionen regelmässig auf den sog. *margin of appreciation*?

(Die nachfolgend aufgeführten Gedanken sind mögliche Antworten. Sie müssen nicht kumulativ erwähnt werden, um die volle Punktzahl zu erreichen):

- **Rücksichtnahme auf «nationale Anliegen»** wie beispielsweise auf den **Willen des demokratischen Gesetzgebers**; Respekt vor den innerstaatlichen Diskussions- und Entscheidungsprozessen der Gerichte, Exekutivbehörden und Gesetzgeber.
- Mittel, um den Staaten eine **gewisse Wahlfreiheit bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung** in den für die Konventionsrechten massgeblichen Bereichen und somit bei der Umsetzung der EMRK zu belassen.
- Grundsätze der rechtlichen und kulturellen **Diversität und des Pluralismus** innerhalb Europas, die es zu schützen gilt.
- **Grundsatz der Subsidiarität**: Demnach sind primär die Vertragsstaaten verantwortlich für die Einhaltung und Durchsetzung der Konventionsrechte. Die margin of appreciation-Doktrin reflektiert aus Sicht des Gerichts die subsidiäre Rolle des Konventionssystems. Sie prägt damit ganz zentral das Verhältnis zwischen dem Recht der EMRK und den einzelnen Mitgliedstaaten. Es geht hier um die Aufgaben- bzw. Gewaltenteilung zwischen dem EGMR und den nationalen Behörden und Gerichten.
- Insbesondere bei politisch umstrittenen Fragen, über welche die Auffassungen in demokratischen Gesellschaften stark divergieren können, hat der Gerichtshof sich diese Zurückhaltung aufzuerlegen: **Respekt vor demokratischer Entscheidungsfindung**.
- **Pragmatisches bzw. instrumentelles Argument**: Der politische Druck, der bei einer uniformen Überstülpung von – angesichts der evolutiven und dynamischen Strassburger Rechtsprechung – weit ausgreifenden Grundsätzen auf die Staaten durch den Strassburger Gerichtshof entstehen würde, wäre äusserst gross.
- **Fragen zum Verhältnis von Religion und Staat sind regelmässig sehr umstrittenen** und die nationalen Entscheidungsträger sind besser in der Lage, vor Ort die Situation einzuschätzen und die richtigen Entscheidungen zu treffen.
- In religiösen und weltanschaulichen Fragen herrscht kein Konsens zwischen den Staaten; der EGMR will deshalb nicht vorgreifen, sondern dem **Grundsatz der Subsidiarität** Wirkung verschaffen.

Aufgabe 3: (7 Punkte)

Aufgabe 3a) Wie lässt sich die *Invocatio Dei* in der Präambel der schweizerischen Bundesverfassung mit der staatlichen Neutralitätspflicht vereinbaren? (3 Punkte)

- Nach schweizerischem Verfassungsverständnis verpflichtet die Achtung der Glaubens- und Gewissensfreiheit zu Neutralität (=gleichmässige Berücksichtigung aller Religionen und Weltanschauungen, Unparteilichkeit) nicht zur absoluten Wertneutralität in religiösen und weltanschaulichen Belangen.
- «Gott» in der Präambel muss angesichts der verschiedenen in der Schweiz vertretenen Religionen und Weltanschauungen heute nicht mehr nur im christlichen Sinne verstanden werden; vielmehr stehe es nach zeitgemäsem Verständnis jeder Person frei, «Gott dem Allmächtigen» einen persönlichen Sinn zu geben.

- Die *Invocatio Dei* steht viel genereller für die Einsicht, dass der Wert des Irdischen und auch der Gedanke staatlicher Allmacht zu relativieren ist.
- Da weder der Begriff «Gott» noch jener der «Allmacht» den christlichen Konfessionen eigen sind, sondern sich auch in anderen religiösen Bekenntnissen finden, ist die *Invocatio Dei* zwar in der christlichen Tradition der Schweiz verwurzelt, aber offen für weitere oder andere Verständnisse.
- Nach h.M. ist die rechtliche Wirkung der *Invocatio Dei* ohnehin begrenzt; ihr kommt vor allem deklaratorische, symbolische Wirkung zu.

Aufgabe 3b) Erachten Sie es heute noch als gerechtfertigt, eine *Invocatio Dei* in der Präambel der Bundesverfassung zu verankern? Welche Gründe sprechen dafür, welche Gründe sprechen dagegen? (4 Punkte)

Mögliche Antworten:

Pro:

- Traditionsanschluss
- Bekenntnis zu Demut: Mensch und Staat sind nicht allmächtig
- Wirkung der *Invocatio Dei* lässt sich allgemeiner so verstehen, dass sie auf gewisse (nicht allein christlich verstandene) Werte und auf Verantwortung aller staatlichen Gewalt verpflichtet
- Verleiht der Verfassung zusätzliche Autorität durch feierliches Bekenntnis

Contra:

- *Invocatio Dei* bedeutet eine Parteinahme zugunsten eines christlichen oder jedenfalls religiösen Staatsverständnisses
- Sie birgt die Gefahr der Ausgrenzung und Benachteiligung nichtreligiöser Kräfte
- Das Traditionsargument alleine kann heute nicht mehr zählen

Aufgabe 4: (4 Punkte)

Die Trennung von Staat und Kirche in den USA ist mit der Idee einer *wall of separation* verbunden. Eine *wall of separation* kann mit unterschiedlichen Argumenten begründet werden. Bitte nennen Sie Argumente für eine *wall of separation*.

- Trennung von Staat und Kirche ist zu befördern, denn weltliche Einflüsse korrumpieren die Kirche und den Glauben. Die Trennung schützt die Religion vor der «Verunreinigung» durch staatliches Handeln, Politik und Machtinteressen.
- Trennung von Staat und Kirche ist zu fördern, weil die Kirchen in ihren institutionalisierten Formen keinen Einfluss auf das politische Geschehen haben dürfen. Die Kirchen sollen sich nicht einmischen dürfen in das säkulare Staatswesen.
- **Schutz religiöser Minderheiten** vor dem staatlichen Eingriff in deren interne religiösen Angelegenheiten: Auch minoritäre religiöse Gemeinschaften sind frei in ihrer Religionsausübung bleiben.
- Eine **Staatskirche** kommt auf nationaler Ebene nicht in Frage. Die Einmischung des Staates in die Angelegenheiten der Minderheitenkirchen kommt auf nationaler Ebene also nicht in Frage.

Aufgabe 5: (5 Punkte)

Die Volksinitiative "Ja zum Verhüllungsverbot" wurde am 7. März 2021 von Volk und Ständen angenommen. Wie beurteilen Sie aus juristischer Perspektive das Argument der Initiantinnen und Initianten, dass es eines Verbots der Verhüllung des eigenen Gesichts bedürfe, um die Gleichberechtigung von Frauen und Männern sicherzustellen?

(Siehe Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» und zum indirekten Gegenvorschlag (Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung) vom 15. März 2019, BBl 2019 2913 ff.)

Gemäss den Initiantinnen und Initianten soll die Initiative die Gleichberechtigung stärken, indem es Frauen erlaubt wird, in der Öffentlichkeit ihr Gesicht zu zeigen.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Vollverschleierung ein Mittel zur Unterdrückung von Frauen sein kann. Allerdings kann argumentiert werden, dass die Schaffung einer neuen, spezifisch den Zwang zur Gesichtsverhüllung aufgrund des Geschlechts unter Strafe stellenden Norm unnötig ist, da ein solches Verhalten schon heute gestützt auf den Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB) strafbar ist.

Sicher könnte die Tolerierung der Vollverschleierung in der Schweiz als schlechtes Signal verstanden werden, insbesondere gegenüber denjenigen Frauen, die in vielen Ländern dagegen kämpfen. Ausserdem könnte das Verbot der Vollverschleierung im öffentlichen Raum denjenigen Frauen helfen, die in der Schweiz erheblichem (familiären oder kulturellen) Druck ausgesetzt sind, ohne Opfer von eigentlichem Zwang zu sein. Es gilt jedoch zu beachten, dass die Vollverschleierung auch aus freien Stücken erfolgen kann, wie das etwa auf Schweizerinnen, die zum Islam konvertieren, zutrifft. In solchen Fällen ist nicht ganz klar, wie sich ein Verbot in der Schweiz mit der Gleichberechtigung der Geschlechter begründen liesse. Dieser Auffassung ist auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der dieses Argument in den Rechtsfällen in Frankreich und Belgien nicht gelten liess: «[...] ein Mitgliedstaat kann sich nicht auf die Gleichberechtigung der Geschlechter berufen, um eine Praxis zu verbieten, die von Frauen – wie der Beschwerdeführerin – im Zusammenhang mit der Ausübung der in seinen Bestimmungen garantierten Freiheiten in Anspruch genommen wird [...]».

Zudem ist festzuhalten, dass die Diskriminierung der Frau zahlreiche Facetten aufweist, die in der Schweiz deutlich stärker verbreitet sind als Burka und Nikab.

Insgesamt erweist sich ein Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum nicht als Lösung zur Verbesserung der Gleichberechtigung der Geschlechter und zur Stärkung der Freiheit der Frauen. Das Verbot des gegenüber einer Person ausgeübten Zwangs zur Gesichtsverhüllung ist überflüssig, da es schon aus dem Nötigungstatbestand von Artikel 181 StGB folgt.

Aufgabe 6: (6 Punkte)

Aufgabe 6a) Was versteht man unter der «kleinen» Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Kanton Zürich und welche Wirkungen hat sie? Worin unterscheidet sie sich von der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften? **(4 Punkte)**

- Neben der öffentlich-rechtlichen Anerkennung in der vollen Form gibt es auch noch eine andere Form der Anerkennung: die sogenannte „kleine“ Anerkennung.

- Bei dieser sind Religionsgemeinschaften auch staatlich anerkannt; sie werden aber nicht zu Körperschaften des öffentlichen Rechts.
- Sie bleiben in der Regel privatrechtliche Vereine, so etwa im Kanton Zürich.
- Beispiele: Israelitische Cultusgemeinde Zürich (ICZ), Jüdische Liberale Gemeinde (JLG)
- Religionsgemeinschaften mit einer kleinen Anerkennung werden besonders behandelt: Ein spezielles Gesetz über die jüdischen Religionsgemeinschaften regelt die Wirkungen dieser Anerkennung.
- Die beiden jüdischen anerkannten Religionsgemeinschaften sind privatrechtliche Vereine ohne Steuerhoheit, sie können aber vom Kanton für Leistungen im Interesse der Allgemeinheit finanziell unterstützt werden.

Aufgabe 6b) Mit welchen Schwierigkeiten sehen sich muslimische Religionsgemeinschaften konfrontiert, wenn sie im Kanton Zürich um die öffentlich-rechtliche Anerkennung ersuchen möchten? **(2 Punkte)**

Verschiedene Schwierigkeiten, insbesondere

- Ihre Organisatorische Struktur erschwert die Anerkennung; es gibt zwar einen Dachverband, darunter aber verschiedene Organisationen und es fehlt ein klarer Ansprechpartner
- Politische Hürden sind in der erforderlichen Volksabstimmung zu sehen. Denn für die Anerkennung ist eine Verfassungsänderung erforderlich, d.h. auch eine Volksabstimmung

Aufgabe 7: (5 Punkte)

Aufgabe 7a) Inwiefern ist die reformierte Kirchenlandschaft der Schweiz durch den staatlichen Föderalismus geprägt? **(2 Punkte)**

Die reformierte Kirchenlandschaft der Schweiz ist wesentlich durch den staatlichen Föderalismus geprägt:

- In den einzelnen Kantonen bestehen grundsätzlich je eigenständige evangelisch-reformierte Kantonalkirchen.
- Mit Ausnahme der dem Trennungsmodell folgenden Kantone Genf und Neuenburg – sind die evangelisch-reformierten Kantonalkirchen Körperschaften des öffentlichen Rechts.
- Die Kantonalkirche baut auf den Kirchgemeinden auf und fasst diese in kantonalkirchlichen Körperschaften zusammen
- Kantonalkirche erfüllt Aufgaben, die weder durch die einzelnen Kirchgemeinden noch durch regionale Zusammenarbeit gelöst werden können.

Aufgabe 7b) Wo sehen Sie Ähnlichkeiten oder Überschneidungen, wo sehen Sie Unterschiede zwischen dem evangelischen Kirchenrecht reformierter Prägung und dem staatlichen Recht? **(3 Punkte)**

Ähnlichkeiten:

- Die typisch evangelisch-reformierte Kantonalkirche ähnelt in ihren Grundzügen strukturell dem Staat. Es besteht eine gesetzgebende Synode (Kirchenparlament), ein

ausführender Synodal- oder Kirchenrat (Kirchenregierung) und eine richterliche Rekurskommission oder ein richterliches Rekursgericht (Kirchengericht).

- Die Rekurskommission (Rekursgericht, Beschwerdekommision) ist die Beschwerdeinstanz der kircheninternen Rechtspflege. Nicht alle evangelisch-reformierten Kantonalkirchen haben dieses Organ eingerichtet, kann doch der Beschwerdeweg je nach den Bestimmungen der kantonalen Verwaltungsrechtspflege auch an ein staatliches Verwaltungsgericht führen.
- Wo kirchliche Rekurskommissionen kantonal letztinstanzlich entscheiden, gelten sie als Vorinstanzen des Bundesgerichts und haben daher besonderen Verfahrensanforderungen zu genügen. So müssen sie Art. 29a BV und Art. 110 ff. BGG berücksichtigen.
- Diese Ähnlichkeit des typisch reformierten Kirchenaufbaus mit staatlichen Strukturen ist kein Zufall, sondern ist geschichtlich gewachsen.

Unterschiede:

- Doch gilt es zu betonen, dass gerade im Leitungsverständnis kirchliche Besonderheiten bestehen. Vor allem der staatliche Gewaltenteilungsgrundsatz lässt sich nicht unverändert auf die Kirche übertragen. Zwar werden auch in einer evangelisch-reformierten Kirche die verschiedenen Aufgaben und Befugnisse auf unterschiedliche Organe verteilt. Dabei ist aber weniger das Modell einer Trennung der Gewalten, sondern vielmehr der Gedanke der arbeitsteiligen Gemeinschaft und gegenseitigen Verantwortung wegleitend.