

Musterlösung

Abschlussprüfung Recht und Religion

I.
1. Definieren Sie bitte aus der Perspektive der Rechtswissenschaften
a) Recht (1 Punkt)
Die Rechtswissenschaft versteht Recht als einen Regelungskomplex mit Anspruch auf durchsetzbare Verbindlichkeit. Teile der rechtswissenschaftlichen Lehre vertreten zudem die These, dass die Ausrichtung auf die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit ein Kennzeichen von Recht ist.
b) Religion (1 Punkt)
Versuche zur Definition von Religion durch die Rechtswissenschaften sind insbesondere aus staatsrechtlicher Perspektive erfolgt. Christoph Winzeler versteht unter Religion die Interpretation der Welt aufgrund eines sie transzendierenden Wertesystems. Ein ähnliches Verständnis von Religion zeigt auch das Bundesgericht, wenn es anknüpfend an Häfelin den Schutzbereich der Religionsfreiheit unter Art. 49 aBV als «Weltanschauungen» umfassend beschreibt, die «Ausdruck des Religiösen und Transzendenten sind und eine Gesamtschau der Welt und des Lebens zum Gegenstand haben.» <i>[Konkrete Namen oder der Hinweis auf die Autorschaft des BG müssen nicht erfolgen.]</i>
2. Recht und Religion beeinflussen sich gegenseitig. Bitte nennen und beschreiben Sie jeweils ein Beispiel für solche Einflüsse. (2 Punkte)
Recht kann der Strukturierung von Religionen und Glaubensgemeinschaften dienen, indem rechtliche Regelungen zur Organisation der Gemeinschaft und zur Durchsetzung religiöser Werthaltungen unter den Religionsangehörigen dienen. Beispiele für eine solche Strukturierung der Religion durch rechtliche Normen sind etwa die Regeln betreffend Ehehindernisse im kanonischen Recht oder das Verbot des Konsums von Schweinefleisch im Judentum oder im Islam. Umgekehrt beeinflusst aber auch Religion das Recht: So wird die Religion zum Gegenstand rechtlicher Regelung durch den Staat, etwa durch die Gewährleistung der Religionsfreiheit. Zudem ist das weltliche Recht historisch und kulturell stark geprägt durch religiöse Ordnungsvorstellungen. So basiert die im schweizerischen Eherecht vorgeschriebene Monogamie auf christlichen Leitbildern der Ehe. <i>[Die Frage stellt Beispiele für gegenseitige Beeinflussungen in den Vordergrund. Erforderlich ist also nicht die eher theoretische Aufgliederung von Einflüssen, wie sie in der Lösung dargestellt wird, sondern vielmehr die Darstellung praktischer Beispiele. Diese sollten aber inhaltlich deutlich gemacht werden und die Art und Weise der Beeinflussung soll klar werden.]</i>
3. In der historischen Entwicklung hat sich das Verhältnis des Staates zur Religion in Westeuropa verändert. Zeichnen Sie bitte die grösseren historischen Tendenzen in der Regelung dieses Verhältnisses seit dem 18. Jahrhundert nach. (2 Punkte)
Die Frühe Neuzeit war stark geprägt durch ein häufig enges Zusammenwirken von weltlicher Herrschaft mit religiösen Institutionen. In Religionsfrieden wurde verschiedentlich der Grundsatz bestätigt, dass der territoriale Herrschaftsträger über die Religion seiner Untertanen bestimmen konnte. In aufgeklärt-absolutistischen Staaten (z.B. Preussen) setzten sich ab dem 18. Jahrhundert zunehmend Ordnungen individueller Glaubensfreiheit durch. Die aufklärerische Idee individueller Freiheit und deren verfassungsmässige Garantie gewann durch die Amerikanische und die Französische Revolution zunehmend an Bedeutung und verbreitete sich insbesondere auch durch die französischen Feldzüge unter Napoleon im Rest Europas. In verschiedenen Kantonen (z.B. Art. 4 Staatsverfassung ZH 1830) und ab 1848 zunächst in begrenztem Masse und ab 1874 umfassender auf Bundesebene manifestierte sich diese jüngere Tendenz zu einer Trennung von Staat und

Religion in der Garantie der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Insbesondere vor dem Hintergrund des Ersten Vatikanischen Konzils 1869/70 setzten sich, gerade auch in der Schweiz, Stimmen durch, die eine Zurückbindung besonders des Einflusses der römisch-katholischen Kirche forderten. Die Vorstellung einer klaren Trennung von Staat und Religion blieb als Denkmuster bis in die Gegenwart bestimmend. In jüngerer Zeit wird demgegenüber – gefördert durch die religiöse Diversifizierung der Gesellschaft – zunehmend die Bedeutung der Religion in verschiedenen Bereichen staatlichen Wirkens deutlich und es wird anerkannt, dass sich der Staat und das Recht sich auch mit Fragen der Religion befassen müssen. Unterstützt wird dieser Perspektivwandel durch Untersuchungen der Kultur- und Geschichtswissenschaften, welche die grosse Bedeutung von Religion gerade auch für die Herausbildung von Rechtsordnungen hinweisen.

II. Welche Bedeutung hat organisierte Kirchlichkeit

1. in der römisch-katholischen Kirche? (2 Punkte)

Die Organisation Kirche ist aus Perspektive des römisch-katholischen Glaubens essentiell. Danach wird die Kirche verstanden als göttlich gestiftete Institution mit dem Auftrag der Sorge für das Seelenheil der Menschheit. Die Kirche ist vermittelnde Instanz zwischen den Menschen und Gott und ist als solche in der Lage und notwendig, um das Wort Gottes zu verkünden und das Seelenheil zu vermitteln. Die hierarchische Organisation der Kirche mit dem Papst an der Spitze wird aus der Bibel abgeleitet.

2. in protestantischen Kirchen? (2 Punkte)

Nach protestantischem Glauben hat die Kirche keine autoritative Deutungsmacht in Glaubensfragen und keine Verfügungsgewalt über das Seelenheil der Menschen. Jeder Mensch hat nach protestantischer Vorstellung die Möglichkeit, ohne vermittelnde Instanz durch seinen Glauben und das Wort Gottes in der Bibel in Beziehung zu Gott zu treten und dadurch göttliche Gnade und individuelle Erlösung zu erfahren. Kirche hat nach protestantischem Verständnis also zwar Bedeutung für die Wortverkündung und die Verwaltung der Sakramente Taufe und Abendmahl und sie erfüllt als Gemeinschaft der Gläubigen auch einen sozialen Zweck, sie ist aber für das Seelenheil des einzelnen Menschen nicht Voraussetzung.

III.

1. Welche Bedeutung kommt iğma in der islamischen Rechtswissenschaft zu? (2 Punkte)

Iğmāʿ (auch Idschmāʿ, Ijmāʿ) bedeutet *Konsens* und bezeichnet im islamischen Recht die Übereinstimmung der muslimischen Rechtsgelehrten über eine Rechtsfrage (tlw. auch Sachfrage). Der Konsens gilt im sunnitischen Recht als eigene Rechtsquelle, sofern Koran und Sunna zu einer Frage keine klare Antwort enthalten. Die einzelnen Voraussetzungen für das Entstehen eines verbindlichen Konsenses (etwa bezüglich der Qualifikation der Konsentierenden) sind ihrerseits umstritten, ebenso der Grad der Verbindlichkeit. Aufgrund des umfassenden Regelungsanspruchs des islamischen Rechts kommt dem Gelehrtenkonsens grosse Bedeutung zu, da Koran und Sunna nicht für alle Rechtsfragen eine klare Antwort bieten. Insbesondere für nachträglich sich stellende Regelungsprobleme erweist sich die Fortentwicklung des Rechts als nötig.

2. Das islamische Recht wird in Oberkategorien unterteilt. Bitte beschreiben Sie diese und ordnen Sie die Regeln über den erlaubten Fleischkonsum in dieses System ein. (2 Punkte)

Das materielle Recht des Islam (furūʿ al-fiqh) wird unterteilt in Normen, welche das richtige Verhalten des Menschen gegenüber Gott regeln (ʿibādāt; Ritualrecht), und solche, welche das richtige Verhalten unter den Menschen regeln (muʿāmalāt; Gemeinschaftsrecht). Während die letztere Kategorie dementsprechend etwa Familienrecht oder Vertragsrecht umfasst, gehören die Regeln über den zulässigen Konsum von Fleisch in die erste Kategorie der Ritualregeln, die unmittelbar dem gottgefälligen Leben dienen.

IV. Was ist die sogenannte mündliche Tora und welche Bedeutung kommt ihr im jüdischen Rechtssystem zu? Inwiefern widerspiegelt die mündliche Tora eine typische Entwicklung in der Herausbildung differenzierter Rechtsordnungen? (4 Punkte)

Als mündliche Tora (auch Torah, Thora) wird im jüdischen Recht ein Bestand ursprünglich mündlich tradiertter Normen bezeichnet, der die Regelungen der schriftlichen Offenbarung ergänzen soll, wo diese nicht vollständig sind. Die Deutung dieser Regelkomplexe ist nicht einheitlich: Während aus orthodoxer Sicht die mündliche Tora mündliche Anweisungen Gottes an Moses darstellen, deren Niederschrift verboten war, handelt es sich bei der mündlichen Tora aus liberaler Sicht um nachträglich entstandene im Ursprung menschliche Auslegungen der göttlichen Offenbarung. In der Mischnah wird im 2. Jahrhundert die mündliche Tora verschriftlicht. Die Mischnah weist eine grosse Detailliertheit und eine Fülle von Einzelfallregelungen aus. Daraus lässt sich nun die grosse Bedeutung der mündlichen Tora erahnen. Der umfassende Normierungsanspruch des jüdischen Rechts, der intensiv gerade auch das alltägliche Leben betrifft, bewirkt eine Fülle von Rechtsfragen, die zu klären die mündliche Tora bezweckt. Die mündliche Tora ist also erforderlich, um das Recht praktisch anwendbar zu halten. Indem die Mischnah Grundlage des Talmud und damit einer Vielzahl weiterer, historisch später entstehenden Kommentierungen wird, bildet sie eine sehr wichtige Quelle des jüdischen Rechts. In der Verschriftlichung der mündlichen Tora lässt sich ein typisches Phänomen in der Entwicklung differenzierter Rechtskulturen erkennen. Wo Rechtsnormen (aus unterschiedlichen Entstehungstatbeständen) in mündlicher Form entstehen, zeigt sich, dass mündliches Wissen bereits über wenige Jahrzehnte verändert. Diese Veränderung ist gerade im Bereich des Rechts typischerweise nicht erwünscht, weil es die Erwartungssicherheit der Rechtsbetroffenen gefährdet, weshalb versucht wird, das Recht durch Verschriftlichung zu stabilisieren.

V. An der Primarschule S in Zürich besteht die Gewohnheit, dass die Schüler und Lehrpersonen zu Schulbeginn und Schulschluss mit Handschlag begrüßen und verabschieden. Einzelne Schüler lehnen es mit Unterstützung ihrer Eltern aus religiösen Gründen ab, ihrer Lehrerin zum Gruss die Hand zu geben. Die Schulleitung möchte die Schüler zum Handschlag verpflichten. Die Schüler berufen sich auf ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit.

1. Welche Anforderungen sind an die gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung zum Handschlag zu stellen? (3 Punkte)

Zunächst kann geprüft werden, ob ein Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliegt. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich erfolgreich auf die Religionsfreiheit berufen, wer sich glaubwürdig eine religiöse Überzeugung geltend macht, welche durch das von staatlicher Seite verlangte Verhalten betroffen wird. Unerheblich ist dabei, ob die religiöse Überzeugung sich stark vom Landestypischen unterscheidet oder ob sie von den anderen Glaubensangehörigen geteilt oder befolgt wird. Mangels widersprechender Angaben im Sachverhalt ist ein Grundrechtseingriff demnach anzunehmen *[Die Prüfung der Grundrechtsbetroffenheit ist nicht ausdrücklich gefragt und entsprechend für die Vergabe der vollen Punktzahl nicht erforderlich. Da die Prüfung vor dem Hintergrund der Fragestellung aber einleuchtet, kann dafür 0.5, bei besonders guter Antwort maximal 1 Punkt vergeben werden. Eine Überschreitung der Maximalpunktzahl ist nicht möglich.]*

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV erfordert für die Einschränkung von Grundrechten eine gesetzliche Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen setzen eine Grundlage in einem formellen Gesetz voraus. Geringere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage werden in einem sogenannten Sonderstatusverhältnis gestellt. Als Sonderstatusverhältnis bezeichnet werden besonders enge Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und Privaten, wie etwa bei Strafgefangenen, Militärangehörigen oder Schülerinnen und Schülern. Sofern sich ein Eingriff in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergibt, sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte der Eingriffsgrundlage herabgesetzt. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses, das primär auf die Förderung geistiger und seelischer

Fähigkeiten zielt, wohl nicht in voraussehbarer Weise, dass die Lehrpersonen mit Handschlag begrüsst und verabschiedet werden müssen, weshalb keine Herabsetzung der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage anzunehmen ist. Fraglich ist demnach, ob ein schwerwiegender Grundrechtseingriff anzunehmen ist, der eine Grundlage in einem formellen Gesetz erfordert, oder ob eine auf ausreichender Delegation beruhende nachgeordnete Norm als Grundlage ausreicht. Die Schwere des Grundrechtseingriffs beurteilt sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien, wobei aufgrund der Subjektivität religiöser Überzeugungen eine objektive Nachvollziehbarkeit der subjektiven Darlegung der Wesentlichkeit einer Norm massgeblich ist. Das Bundesgericht hat zudem angedeutet, dass ein Eingriff dann eher schwerwiegend ist, wenn eine bestimmte Verhaltensweise aufgezwungen werden soll und nicht bloss ein passives Erleben. Dies wäre bei einer Verpflichtung zum Handschlag der Fall, womit eine Einstufung als schwerer Grundrechtseingriff wahrscheinlich ist. Damit wäre eine Grundlage in einem formellen Gesetz erforderlich.

[A. A. mit Begründung vertretbar]

2. Angenommen, es liegt eine ausreichende gesetzliche Grundlage vor: Wie ist die Rechtmässigkeit der Verpflichtung vor Art. 15 BV zu beurteilen? (5 Punkte)

[Für die Prüfung des Vorliegens eines Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit gilt gleiches wie unter V.1. Eine doppelte Bonierung unter V.1. und V.2. ist ausgeschlossen.] Nach Art. 36 Abs. 2 BV ist ein legitimes öffentliches Interesse Voraussetzung für die Einschränkung der Grundrechte. Denkbare öffentliche Interessen sind hier dasjenige an der Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebs oder jenes an der Integration. Für das öffentliche Interesse an der Gewährleistung des ordentlichen Schulbetriebs spricht, dass die Grundrechtsbetroffenen mit einer schulinternen Übung brechen und so zu einem gewissen Grad die gewohnten Abläufe an der Schule stören. Da an vielen anderen Schulen aber eine persönliche Begrüssung und Verabschiedung von Lehrpersonen und SchülerInnen mit Handschlag nicht stattfindet, erscheint es nicht überzeugend, dass die Ordnung des Schulbetriebs durch einzelne Schüler ernsthaft gestört wird, wenn diese den Handschlag zu Unterrichtsbeginn und -ende verweigern. Das Interesse an der Integration liesse sich mit dem Argument stützen, dass der Handschlag in der Schweiz in vielen Kontexten die übliche Form der Begrüssung darstellt und dass insbesondere ein gleicher Umgang mit Frauen und mit Männern erwartet wird. Der Handschlag in der Schule bildet in dieser Hinsicht einen grundlegenden Akt sozialer Kommunikation, dessen Verweigerung die Integration in die Gesellschaft deutlich erschweren könnte. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dispensation vom Schwimmunterricht liesse sich insofern mit dem Interesse der Integration der Schüler in die schweizerische Gesellschaft ein legitimes öffentliches Interesse annehmen. Fraglich ist nun, ob der Grundrechtseingriff nach Art 36 Abs. 3 BV verhältnismässig ist. Dafür muss er geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Zu fragen ist also, ob die Verpflichtung der Schüler zum Handschlag geeignet ist, deren Integration in die Gesellschaft zu fördern. Es lässt sich argumentieren, dass durch das mit einer Verpflichtung bewirkte Händeschütteln der äusserliche Rahmen üblicher sozialer Kommunikation eingehalten wird, dass also eine Integration befördert wird. Allerdings kann zumindest bezweifelt werden, ob der Zwang von Kindern zu einem Verhalten, das ihren Werthaltungen widerspricht, tatsächlich auch innerlich eine gesellschaftliche Integration befördert. Im Primarschulalter ist eine solche Integrationswirkung aber wohl auch nicht ganz auszuschliessen. Es ist weiter zu fragen, ob die Massnahme für die Förderung des öffentlichen Interesses erforderlich ist. Insbesondere darf kein gleich geeignetes milderes Mittel bestehen. Gegen die Erforderlichkeit der Massnahme liesse sich einwenden, dass es auch andere Formen der Begrüssung gibt als den Handschlag, und dass etwa eine bloss mündliche Begrüssung den sozialen Zweck, die Unterrichtssituation zu rahmen, in gleicher Weise erfüllen kann. Da der Handschlag aber in den meisten Situationen die übliche und entsprechend sozial erwartete Form der Begrüssung ist, und sich das Ziel der Integration insbesondere auch in die Zukunft und auf ausserschulische Situationen richtet, lässt sich wohl dennoch die Erforderlichkeit der Massnahme bejahen. Schliesslich ist zu fragen, ob die Anordnung des Handschlags zumutbar ist, ob also das

verfolgte Ziel die Eingriffstiefe zu rechtfertigen vermag. Gegen die Zumutbarkeit spricht, dass nach bundesgerichtlicher Argumentation (vgl. oben V.1.) aufgrund des geforderten aktiven Verhaltens um einen schwerwiegenden Eingriff handelt, während die Tragweite der Zielerreichung für sich genommen absehbar beschränkt ist. Auf der anderen Seite könnte man argumentieren, dass die formale Unterscheidung zwischen Anordnung eines Tuns und Anordnung eines Duldens zur Qualifikation als schwerer Eingriff nicht vollständig überzeugt und dass der Handschlag eine nur gering wiegende Verhaltensänderung bedeute, während die Begrüssung mit Handschlag eine gesteigerte soziale Bedeutung zukomme, von der abzuweichen ein deutliches Zeichen unzureichender Integration darstelle. Jedenfalls müssen die konkreten Umstände des Einzelfalls, die hier nur rudimentär beschrieben sind, berücksichtigt werden.

[Verschiedene Ergebnisse sind vertretbar. Massgeblich ist allein die Stellungnahme mit überzeugender Argumentation.]

VI. Der Schutz der Religionsfreiheit durch den Staat erfordert in einzelnen Bereichen vom Staat mehr als die Enthaltung von jeder Stellungnahme. Dies zeigt sich zum Beispiel (a) im Strafrecht und (b) im Tierschutzrecht. Bitte beschreiben Sie jeweils kurz den vom Gesetzgeber gewählten Regelungsmechanismus und die dahinterstehenden Ziele und zeigen Sie knapp auf, welche Argumente gegen die gewählten Regelungen sprechen. ((a): 2 Punkte, (b) 2 Punkte)

Verpflichtungen des Staates jenseits der blossen religiösen Neutralität ergeben sich insbesondere, wenn die Ausübung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch Private stark beschränkt wird, oder wenn durch andere Normierungsmotivationen begründete Regelungen gewisse Glaubensgemeinschaften in besonders schwerwiegender Weise belasten.

Ausdruck dieser zweiten Schutzausrichtung ist die Regelung im Tierschutzrecht (b). Um unnötiges Leid von Säugetieren bei der Schlachtung zu verhindern, verbietet das schweizerische Recht die Schlachtung ohne vorherige Betäubung des Tieres (Art. 21 Abs. 1 TSchG). Das jüdische und das islamische Recht schreiben derweil das Schächten von Tieren vor, wobei dieses nach jüdischer und (in der Lehre umstrittener) islamischer Ansicht ohne vorherige Betäubung zu erfolgen hat. Die geschützte religiöse Position des Einzelnen tritt hier in Konflikt mit dem Interesse am Tierschutz. Um beiden Interessen gerecht zu werden, erlaubt Art. 14 Abs. 1 TSchG deshalb die beschränkte Einfuhr von koscherem Fleisch und Halalfleisch zur ausreichenden Versorgung der jüdischen und islamischen Gemeinschaft. Eine differenzierte Abwägung, bei der, wie bei der grundsätzlichen Zulässigkeit des Schlachtens, die Interessen der betroffenen Menschen stärker gewichtet werden, prägt also die Regelung der Fleischproduktion. Kritisch hinterfragt werden könnte wohl die Entscheidung, das Schächten in der Schweiz absolut zu verbieten, obwohl die Einfuhr von Koscher- und Halalfleisch möglich ist. Durch diese Regelung wird im Ergebnis die schweizerische Abwägung zwischen Tierschutz und Gewährleistung religiöser Freiheit an die Entscheidung des ausländischen Gesetzgebers über die Zulässigkeit des Schächten geknüpft, was nicht überzeugt.

Ausdruck der Schutzpflicht des Staates für die Gewährleistung von Grundrechten im Verhältnis zwischen Privaten sind die Regelungen im Strafrecht (a) betreffend den Schutz der Glaubensfreiheit in Art. 261 (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) und 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung). Art. 261 StGB schützt dabei den Glauben des Einzelnen (nicht aber die Referenz des Glaubens selbst, also etwa einen Gott oder einen Propheten), indem die öffentliche Herabsetzung von Glaubensüberzeugungen anderer unter Strafe gestellt wird. Art. 261^{bis} StGB dient durch das Verbot u.a. sich auf die Religionszugehörigkeit stützender diskriminierender Tätigkeiten (Aufruf zu Hass oder Diskriminierung, Verbreitung diskriminierender Ideologien, öffentliche Herabsetzung) dem Schutz der Menschenwürde der Deliktsbetroffenen. Beide Normen verfolgen zudem auch den Zweck der Sicherung des öffentlichen Friedens. Während die beiden Strafnormen darauf zielen, die Wirksamkeit der Glaubens- und Gewissensfreiheit unter Privaten zu stärken, werden durch die Verbote aber auch andere Grundrechtspositionen beschränkt. Das Verbot gewisser Handlungen und Aussagen betrifft insbesondere die Meinungs- und die Kunstfreiheit. Gegen die strafrechtliche Regelung wird daher teilweise vorgebracht, dass diese die

Freiheit der Meinungsäußerung und den öffentlichen Diskurs in zu starker Weise beschneide. Freilich ist jedenfalls die Abgrenzung der zu schützenden Positionen und der zulässigen Meinungsäußerungen auch von zeitspezifischen Wertungen abhängig.

Abgegebene Gesetzestexte:

EMRK 9, 10, 14

BV 5, 7-9, 15-17, 19-21, 35, 36, 72

StGB 261, 261^{bis}

TSchG 14, 21