

## Prüfung «Recht und Religion»

Herbstsemester 2021

PD Dr. iur. Anne Kühler, LL.M.

Vorbemerkung:

Relevant ist auch die Begründung, nicht nur das Ergebnis! Für gute Argumentationen können überdies Zusatzpunkte vergeben werden.

Die hier angegebenen Punkte sind nicht abschliessend; es können auch weitere Punkte erwähnt werden.

### **Aufgabe 1: (9 Punkte)**

Der Berner Rechtsprofessor Markus Müller plädiert für die Anerkennung eines Toleranzgebots.

**Aufgabe 1a)** Was versteht er darunter, was ist das Neue an der Forderung nach der Anerkennung eines Toleranzgebots und welche Gründe sprechen aus seiner Sicht für diese Auffassung?

Lösungsvorschläge:

«Toleranzgebot»

- Zitat Markus Müller: «Religiöse Toleranz im hier postulierten Sinn muss daher in eine Haltung des Respekts übergehen, die den anderen als gleichwertig achtet und von ihm zu lernen bereit ist. Eine solche Toleranz sucht den Dialog. (...) Sie setzt im Gegensatz zur Neutralität einen eigenen religiösen Standpunkt voraus.»
- Toleranz bedeutet: den Anderen als gleichwertig erachten, aufbauend auf einem religiösen Standpunkt («bei der Neutralität müssen wir uns verleugnen; bei er Toleranz nicht»).
- Religiöse Toleranz als individuelle Grundpflicht und staatliche Handlungsmaxime

Das Neue an der Forderung nach der Anerkennung eines Toleranzgebots:

- Anerkennung des religiösen Standpunktes, der eigenen religiösen Bindungen: der Staat und seine Menschen bauten auf religiösen Grundlagen auf.
- Verabschiedung des Mythos des neutralen Staates: Der Staat solle aktiv auf den Wertebestand der Gesellschaft einwirken: Wir müssen uns am ethischen Grundkonsens orientieren und Religion muss zur öffentlichen Sache erklärt werden.
- (Mit Bezug auf das sog. Böckenförde-Diktum, welches lautet: «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und auf säkularisierter Ebene in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.»): Müllers Antwort:

Es muss den Staat interessieren, wie er sich aktiv einbringen kann: wir dürfen nicht stehenbleiben bei der Unmöglichkeit der Wertegenerierung (wie es Böckenförde in seinem Diktum sagt). Die Frage muss vielmehr lauten: Wie kann die religiöse Prägung nutzbringend einbezogen werden in das Gemeinwesen? Wir müssen uns für diese Voraussetzungen des Staates interessieren.

- Wer kann diese Werte generieren? Es seien zu einem wesentlichen Teil die christlich-jüdischen Religionsgemeinschaften und Kirchen.
- Ferner auch: Plädoyer für die Aufgabe des subjektiven Religionsverständnisses; der Staat soll selbst stärker in die Hand nehmen zu definieren, was Religion ist.

Dafür spricht aus seiner Sicht insbesondere:

- Die Menschen können nicht neutral sein – deshalb ist Neutralität nicht durchführbar; man weckt unrealistische Erwartungen, wenn man dies als Grundsatz des Staates propagiert (Tücken der Umsetzung, Unmöglichkeit der Neutralität). Also bedarf es einer Alternative, welche diesen Umstand anerkennt/berücksichtigt.
- Siehe auch die Punkte oben, insb.: Wir müssen uns für die moralischen, ethischen Voraussetzungen des Staates interessieren.
- Nur wer selbst religiös ist, kann andere Religionen/andere Religiöse verstehen, was wesentlich sei für Zusammenleben im Staat

**Aufgabe 1b)** Wie bewerten Sie diesen Vorschlag von Markus Müller? Welche Vorteile und welche Nachteile sehen Sie?

Vorteile/Dafür spricht:

- Der Einwand von Markus Müller ist berechtigt: Unmöglichkeit von Neutralität: wir sind alle eingebunden in gewisse Überzeugungen. Die Menschen sind nicht abstrakte, wertneutrale Wesen. Daher kann auch der Staat, der mittels solcher Menschen handelt, nicht neutral sein.
- Traditionen der Kirchen sind (auch) wichtig für die Wertegenerierung des Staates; gerade auch im Austausch beispielsweise mit neuen sozialen Bewegungen.
- Weitere Möglichkeiten im Sinne der obigen Ausführungen bei 1a).

Nachteile/Dagegen spricht:

- Problem: wenn der Einzelne unfähig ist, neutral zu sein, kann er dann tolerant sein?
- Zu weitgehende Forderung! Übertrieben.
- Soll man aufgrund der Unmöglichkeit von Neutralität das Postulat der Neutralität abschaffen? Man kann ja trotzdem versuchen, sich dem «Ideal» Neutralität zu nähern; ist es nicht trotzdem wünschenswert, sich an Neutralität zu halten.
- Wieso soll Religion so wichtig sein für diese Wertegenerierung, die der Staat braucht. Können wir z.B. nicht aus den Werten, die von sozialen Bewegungen wie der Klima-Bewegung vermittelt werden, mehr schöpfen als aus den Werten, für die sich die Religionsgemeinschaften einsetzen? Warum soll die religiöse Basis derart wichtig sein? Warum soll die Religion derart stark betont werden?
- Ambivalenz des Toleranzbegriffs: Man duldet etwas, was man selbst nicht für überzeugend hält; (Müller wertet den Toleranzbegriff natürlich auf; aber es bleibt eine Ambivalenz).

## **Aufgabe 2: (8 Punkte)**

**Aufgabe 2a)** Welches sind die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Religionsgemeinschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland?

Lösung:

- Geschriebene Voraussetzungen (nach Verfassung und Mitgliederzahl: Gewähr der Dauer) und ...
- ... ungeschriebene Voraussetzungen (Rechtstreue, Anerkennung fundamentaler Verfassungsprinzipien).

Hinsichtlich der Gewähr der Dauer: Art. 137 Abs. 5 WRV hält fest: «... wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten...»

Die im Grundgesetz genannten Voraussetzungen sind formal-organisatorischer Natur. Danach muss eine Religionsgemeinschaft lediglich nach Verfassung und Mitgliederzahl die Gewähr der Dauer bieten, um die Körperschaftsrechte erlangen zu können. Die dabei erforderliche Prognoseentscheidung erfordert eine Bewertung und enthält einen gewissen Spielraum. Für die Feststellung dieser Voraussetzungen ist auf ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder abzustellen. Es kommt dabei auf den tatsächlichen Zustand einer Religionsgemeinschaft an: um eine aussagekräftige Einschätzung des künftigen Fortbestands zu bieten, können Indizien herangezogen werden: ausreichende finanzielle Mittel, eine Mindestbestandszeit und eine gewisse Intensität des religiösen Lebens.

Eine inhaltliche Kontrolle und Bewertung der Religion darf bei der auf Antrag einer Religionsgemeinschaft durch das entsprechende Bundesland vorzunehmenden Verleihung der Körperschaftsrechte nicht stattfinden.

**Aufgabe 2b)** Welche Unterschiede sehen Sie im Vergleich mit dem schweizerischen System der Anerkennung von Religionsgemeinschaften?

Lösungsmöglichkeiten:

- Voraussetzungen auf der Ebene der Verfassung (GG) verankert, während in der Schweiz die Voraussetzungen auf kantonaler Ebene festgehalten sind – gleichmässige Geltung dieser Voraussetzungen im ganzen Staat.
- Voraussetzungen sind relativ tief/niederschwellig und erlaubt es grundsätzlich, einen grossen Kreis von Religionsgemeinschaften anzuerkennen.
- Sofern die anerkannten Kirchen/Religionsgemeinschaften in der Schweiz in einer Kantonsverfassung verankert sind, braucht es eine kantonale Volksabstimmung, um neue Religionsgemeinschaften anzuerkennen. In Deutschland wird die Anerkennung durch (Verwaltungs-)Behörden der Bundesländer verliehen (bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen (Art. 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung) wird die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen).

**Aufgabe 2c)** Wäre dieser Ansatz des deutschen Verfassungsrechts auch für die Schweiz von Vorteil?

Lösungsmöglichkeiten:

- Problem der Kompetenzfrage, da die Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Religionen gemäss Art. 72 BV den Kantonen obliegt.
- «Ermächtigend; ermöglichend»: Tendenziell gewährt dieser Ansatz ganz verschiedenen Religionsgemeinschaften gewisse Befugnisse und räumt ihnen eine Sonderstellung ein: damit sind besondere Rechte verbunden, wie etwa Mitgliederbeiträge durch staatliche Finanzbehörden einziehen zu lassen oder beamtenähnliche Dienstverhältnisse zu unterhalten; es werden also insgesamt Privilegien geschaffen.
- Argument der Rechtsgleichheit (was in der Schweiz mit Blick auf die Anerkennung «nur» gewisser [traditioneller] Religionsgemeinschaften ja umstritten ist): Gleichbehandlung zwischen den Religionsgemeinschaften wird besser gewährleistet und ermöglicht Rechtssicherheit, während in der Schweiz nur die Anerkennung gewisser Religionsgemeinschaften kantonale geregelt ist, regelmässig aber nicht die Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften.
- Symbolhafte Bedeutung: Damit verbunden auch symbolische «Anerkennung» weiterer Religionsgemeinschaften als nur der traditionellen Religionsgemeinschaften.

### **Aufgabe 3: (6 Punkte)**

**Aufgabe 3a)** Wie begründet Rudolph Sohm seine These «Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch.»?

Lösungsmöglichkeiten:

- Positivistisches Rechtsverständnis
- Sohm setzte sich mit rechtlicher Normativität auseinander und vertrat eine zutiefst etatistische Rechtsvorstellung für die sich der Begriff des Staats aus dem Begriff des Rechts ergab. In dieser Perspektive wurde der staatliche Zwang zum Inbegriff des Rechts. Dem stellte Sohm die Kirche gegenüber, die er als dem Staat ethisch gleichgeordnet, aber rechtlich untergeordnet beschrieb.
- Er vertrat also einen Dualismus von rechtlicher und geistlicher Sphäre.
- Die provokante These Sohms war von der Vorstellung geleitet, dass vor dem Recht nur die verfassten Kirchen, aber keine ideellen Einheiten Bestand haben.

**Aufgabe 3b)** Was spricht aus der Sicht des heutigen evangelischen Kirchenrechts für diese These, was spricht dagegen?

Lösungsmöglichkeiten:

Für diese These spricht:

- Der Dualismus im Sinne von Rudolph Sohm: Nach wie vor besteht eine grosse Divergenz zwischen dem Wesen des Rechts und dem Wesen der Kirche. Das Wesen der Kirche ist geistlich; das Wesen des Rechts ist weltlich: Die Kirche wird durch den göttlichen Geist geführt. Das Recht ist immer menschlich, irdisch und dadurch fehlbar und der Zeitströmung unterworfen.

- z.B. im Sinne des Schweizer Theologen Emil Brunner: Die gemeinschaftliche Natur der Kirche stehe einer rechtlichen Institutionalisierung entgegen. Die Kirche sei eine Gottesgemeinschaft durch Jesus Christus, eine Menschengemeinschaft, nicht ein Rechtsinstitut.
- Relative Geltung des Kirchenrechts

Gegen diese These spricht:

- Die Auffassung, dass das Kirchenrecht als Teil des missionarischen Zeugnisses/Auftrags der Kirche gesehen wird
- Kirchenrecht als Dienstrecht, das seinem Wesen nach bekenntend und vom staatlichen Recht verschieden ist.
- Das Argument von Karl Barth: Kirche und Kirchenrecht widersprechen sich nicht, sondern bedingen sich gegenseitig. Kirchenrecht muss freilich in Ansatz und Ausführung «geistliches Recht» sein, «Recht, das in der Gemeinschaft des Heiligen Geistes Jesu Christi aufzusuchen, zu finden, aufzurichten und zu handhaben ist».
- Die christliche Gemeinde kann auf eine Ordnung der Kirche und damit auf das Recht nicht verzichten.
- Die Ordnung der Kirche (und ihr Recht) wird aber immer eine spezifische Ordnung und ein Recht *sui generis* sein. Das Spezifische ergibt sich aus ihrem Auftrag: Die Sendung zur Verkündigung des Evangeliums ist der Daseinszweck der Kirche, alles kirchliche Handeln ist deshalb ein Aspekt dieser Sendung, auch ihr Recht steht in diesem Dienst/diesem Auftrag.
- Oft wird auch im weltlichen Recht gesagt, dass das Recht nach heutigem Verständnis durchaus auf vorrechtliche Grundlagen angewiesen ist. Zudem stellt das Recht auch nicht notwendigerweise eine Zwangsordnung dar, wie das Beispiel des völkerrechtlichen soft law zeigt.

#### **Aufgabe 4: (4 Punkte)**

**Aufgabe 4a)** Das römisch-katholische Kirchenrecht ist auch durch das weltliche Recht beeinflusst worden. Bitte nennen Sie ein Beispiel dafür.

Lösungsmöglichkeiten:

- Einfluss weltlichen Rechts durch grosse Kodifikationsbewegungen (z.B. BGB) auf CIC
- Orientierung an Systematik des weltlichen Rechts, z.B. Allgemeiner Teil der Strafbestimmungen und Besonderer Teil der Strafbestimmungen im CIC
- Religionsfreiheit durch die weltliche Religionsfreiheit beeinflusst

**Aufgabe 4b)** Bitte nennen Sie drei grundsätzliche Unterschiede zwischen staatlichem Recht (etwa der Schweiz) und dem römisch-katholischen Kirchenrecht, wie es etwa im CIC von 1983 statuiert ist.

Lösungsmöglichkeiten:

- (1) Weltliches Recht ist demokratisch legitimiert, während römisch-katholisches Kirchenrecht nicht demokratisch legitimiert ist.
- (2) Die Kirche kann die Erfüllung der Pflichten durch die Gläubigen zwar einfordern, aber oft nicht zwangsweise durchsetzen. Umgekehrt können auch die Gläubigen ihre Rechte nicht

immer gegenüber den Trägern der Leitungskirche klageweise einfordern, weil zum Teil die institutionellen Vorkehrungen fehlen.

Einhaltung der religiösen Normen durch die Gläubigen beruht faktisch weitgehend auf Einsicht und Freiwilligkeit.

- (3) Die Rechte der Gläubigen sind insofern unter einem Vorbehalt, als die Gläubigen auf das Gemeinwohl der Kirche Rücksicht zu nehmen haben. Die Rechte der Gläubigen sind als keine Grundrechte im Sinne des modernen Verfassungsrechts, welche insbesondere auch Machtmissbrauch seitens der Hierarchie zu verhindern versuchen.
- (4) Nicht alle Menschen, sondern nur die Getauften werden durch die rein kirchlichen Gesetze verpflichtet.
- (5) Keine Gewaltenteilung: Verfassungsmodell der absoluten Monarchie.

### **Aufgabe 5: (6 Punkte)**

**Aufgabe 5a)** Welche Argumente lassen sich aus rechtstheoretischer Sicht für die Anerkennung von religiösem Recht vorbringen?

Lösung:

- Aus rechtstheoretischer Sicht lässt sich vorbringen, dass der Rechtsbegriff nicht nur auf den Staat bezogen sein muss (so geht ein traditionelles, positivistisches Rechtsverständnis davon aus: «Recht»=staatliches Recht). Aus rechtstheoretischer Ebene sind insbesondere die verschiedenen Strömungen des Rechtspluralismus von Bedeutung. Demnach gibt es andere Rechtsbegriffe, die auf die soziale Geltung von Rechtsnormen abstellen oder auf die Wirksamkeit von Rechtsnormen.

Relevant wird unter rechtspluralistischen Theorien:

- Frage nach der Herkunft/Erzeugung von Recht: Die verschiedenen rechtlichen Ordnungen gehören nicht alle zu einem einzigen System, sondern haben mehr als eine Quelle: es gibt unterschiedliche soziale Quellen von Recht.
- Frage nach der Wirksamkeit von Recht: Es gibt parallel wirksame Rechtsordnungen, denn staatliches Recht und nichtstaatliche Rechtsnormen können gleichermassen sozial wirksam sein. → auch religiöses Recht ist sozial wirksames Recht
- Frage nach der Geltung von Recht: z.B. in den Kolonien galt gleichzeitig unterschiedliches Recht
- Die Kategorie des nicht-staatlichen Rechts: Recht anderer Akteure, also anderer sozialer Gemeinschaften (wie z.B. das religiöse Recht einer Gemeinschaft von Gläubigen, die Satzung eines Sportvereins oder interne Rechtsordnungen multinationaler Unternehmen)

**Aufgabe 5b)** Welches Argument lässt sich dem positiven Recht für die Anerkennung von religiösem Recht entnehmen?

Lösung:

Selbstbestimmungsrecht der Kirchen oder (korporative) Religionsfreiheit

### **Aufgabe 6: (7 Punkte)**

Bezüglich der Beurteilung der Frage, ob das Anbringen eines Kruzifixes in Klassenzimmern von öffentlichen Schulen zulässig sei oder nicht, setzen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg und das schweizerische Bundesgericht unterschiedliche Akzente. Wie bewerten Sie die Begründung des EGMR und das Ergebnis, zu welchem der EGMR kommt? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.

Lösung:

- a) Vergleich der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts und des EGMR:
  - BGer: Kruzifix in Klassenzimmern einer öffentlichen Schule ist unzulässig (BGE 116 Ia 252 [1990]).
  - Der EGMR lässt den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum; lässt es also zu, dass in Italien Kruzifixe in Klassenzimmern öffentlicher Schulen aufgehängt werden (Fall Lautsi gegen Italien, Beschwerde-Nr. 30814/06 [2011]).
  
- b) Überzeugt die Begründung des EGMR aus Ihrer Sicht?  
Stichworte: (Möglichkeit oder Unmöglichkeit) religiös-weltanschaulicher Neutralität der Schule; Problem der Beeinflussung der Schüler\*innen durch starke Symbole vs. schwaches (passives) Symbol; margin of appreciation (Beurteilungsspielraum der Europaratsstaaten) in Fragen betreffend das Verhältnis von Staat und Religion aufgrund der grossen Kontroversen in diesem Bereich und der unterschiedlichen geschichtlichen Prägungen der einzelnen Staaten.
  
- c) Insbesondere: Überzeugt die Begründung des EGMR aus Ihrer Sicht, in politisch heiklen Themen wie der Religion einen weiten margin of appreciation zu gewähren?  
Stichworte: Rücksicht auf Traditionen und nationale geschichtliche Eigenheiten sowie auf innerstaatliche demokratische Entscheidungsfindung in ethisch/religiös umstrittenen Fragestellungen. Problem des Minderheitenschutzes gerade im Bereich der Religion bzw. des Verhältnisses von Staat und Religion.