

## Recht und Religion

### ***Abschlussklausur: Sachverhalt und Musterlösung***

#### **Aufgabe I (6 Punkte)**

**1. In der Grundrechtsdogmatik ist im Kontext der Glaubens- und Gewissensfreiheit gelegentlich die Rede vom sogenannten *forum internum*. Was ist mit diesem Begriff gemeint? (2 Punkte)**

Mit *forum internum* ist der rein innerliche Teil des Glaubens bezeichnet im Gegensatz zu seinen äusserlichen Manifestationen wie z.B. der Feier eines Gottesdiensts. Wird das *forum internum* geschützt, so ist gewährleistet, dass innerlich frei geglaubt werden kann. Der Schutz des *forum internum* gehört zum Kerngehalt des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

**2. Die Grundrechte binden die Organe des Staates, spielen also besonders im öffentlichen Recht eine Rolle. Religion ist aber auch Gegenstand von Rechtsbereichen, die Rechtsverhältnisse unter Privaten betreffen. Beschreiben Sie die allgemeinen Tendenzen, nicht konkrete Beispiele, denen der schweizerische Gesetzgeber bei der Regelung solcher Sachverhalte typischerweise folgt. (4 Punkte)**

Nach Art. 35 Abs. 1 und 3 BV sollen die Grundrechte, darunter auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit, in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen kommen und auch unter Privaten Wirkung entfalten, soweit sie sich dafür eignen. Der Ausgangspunkt des gesetzgeberischen Umgangs mit Fragen der Religion in den Rechtsverhältnissen unter Privaten ist demnach, dass religiöse Praxis grundsätzlich schutzwürdig ist, da es dabei um eine wesentliche Facette der menschlichen Persönlichkeit geht. Diesen Schutz gewährleistet der Gesetzgeber allerdings nicht absolut. Er findet Grenzen insbesondere in Ausprägungen anderer leitender Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung wie der Privatautonomie, der Wirtschaftsfreiheit oder der Gleichberechtigung. Typischerweise legt der Gesetzgeber diese Schranke derweil nicht absolut fest. Vielmehr strebt er eine Abwägung zwischen den Grundwerten des schweizerischen Rechtssystems im Einzelfall an, indem er Spielräume für Abwägungen eröffnet durch Ermessensnormen, Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe. So wird die Entscheidung über die Tragweite religiöser Freiheit im Ergebnis regelmässig von der Legislative auf die Behörden der Exekutive und der Judikative ausgelagert.

#### **Aufgabe II (10 Punkte)**

**Im Kanton K wird ein das Schulgesetz dahingehend geändert, dass das Tragen von Kopftüchern in öffentlichen Primarschulen verboten ist. Gestützt auf dieses Gesetz untersagt die Schulleitung der Primarschule S dem 11-jährigen Mädchen M, weiterhin in der Schule ihr Kopftuch zu tragen. M und ihre Eltern wollen gegen dieses Verbot vorgehen, da ihr Glaube das Tragen des Kopftuchs vorschreibe. Sie berufen sich auf Art. 9 EMRK, Art. 15 BV und Art. 303 ZGB. Prüfen Sie bitte die Rechtslage. Unabhängig von Ihren einzelnen Entscheidungen, nehmen Sie zu allen Stufen der Grundrechtsprüfung Stellung.**

*[Entscheidend ist nicht das Resultat der Grundrechtsprüfung, sondern die Schlüssigkeit und Vollständigkeit der Argumentation.]*

In einem ersten Schritt ist die Frage zu prüfen, ob ein Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliegt. Dies wäre unter anderem dann der Fall, wenn die neue Norm die religiöse Praxis der Betroffenen beschränken würde. Unter die religiöse Praxis fällt auch die Befolgung religiöser Kleidungs Vorschriften. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein religiöses Gebot vorliegt, ist auf den Horizont der Betroffenen abzustellen. Vorliegend betonen M und ihre Eltern, dass das Tragen eines Kopftuchs ein religiöses Gebot darstellt. Es gibt keine Anhaltspunkte im Sachverhalt, die an dieser Behauptung zweifeln lassen. Das Kopftuchverbot stellt demnach eine Beschränkung der religiösen Praxis von M dar. Ein Eingriff in das Grundrecht liegt vor.

Die Rechtmässigkeit eines Grundrechtseingriffs setzt weiter eine ausreichende gesetzliche Grundlage voraus. Schwere Eingriffe müssen eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben (Art. 36 Abs. 1 BV). Im vorliegenden Fall ist das Kopftuchverbot im Schulgesetz des Kantons K vorgesehen, also in einem Gesetz im formellen Sinne. Es besteht damit eine ausreichende gesetzliche Grundlage.

Weiter muss der Grundrechtseingriff einem legitimen öffentlichen Interesse dienen oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen (Art. 15 Abs. 2 BV). Dieses öffentliche Interesse ist vorliegend nicht vollständig klar. Möglich ist, dass die Massnahme primär der Integration dienen soll. Es ist auch denkbar, dass damit die Ausgrenzung durch andere Mitschüler verhindert werden soll. Ebenfalls könnte argumentiert werden, dass die Kinder durch die Massnahme vor religiöser Indoktrination der Eltern geschützt werden sollen, dass die Massnahme mithin dem Kindeswohl dient. Schliesslich könnte im Tragen des Kopftuchs eine Gefährdung des religiösen Friedens gesehen werden.

Nun ist zu prüfen, ob die Massnahme verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 3 BV). Dabei ist zunächst zu fragen, ob sich das Kopftuchverbot eignet, die Verwirklichung der angestrebten öffentlichen Interessen zu unterstützen. Zunächst ist festzustellen, dass durch das Kopftuchverbot ein äusserlich differenzierendes Merkmal des betroffenen Mädchens gegenüber Mitschülerinnen beseitigt wird. Man kann aber sicherlich bezweifeln, dass das Verbot, einer innerlich gefühlten (i.e. geglaubten) Verpflichtung nachzukommen, die Integrationsbereitschaft steigert. Es ist derweil denkbar, dass die soziale Ausgrenzung im Klassenverband vermindert wird durch das Erzwingen der Assimilation hinsichtlich des Kopftuchs. Nichtsdestotrotz ist zu bedenken, dass andere äusserliche Unterschiede, z.B. im Kleidungsstil, in der Ernährung oder der Hautfarbe, fortbestehen, an die Ausgrenzung anknüpfen kann. Die Eignung der Massnahme zur Bekämpfung religiöser Indoktrination durch die Eltern ohne weitere ergänzende Massnahmen (Thematisierung religiöser Fragen im Unterricht o.ä.) darf bezweifelt werden, da das Verhältnis zwischen Kind und Eltern letztlich kaum berührt wird. Eine gewisse Eignung zur Gewährleistung des religiösen Friedens ist derweil nicht ausgeschlossen, da eine allfällige sich visuell erkennbare Gruppenbildung beschränkt werden kann.

Weiter muss der Grundrechtseingriff erforderlich sein für die Verfolgung der öffentlichen Interessen. Im Rahmen der Gewährleistung des öffentlichen Friedens ist dies zu bezweifeln: Eine Gefährdung des öffentlichen Friedens durch Kopftücher dürfte wohl höchstens dann angenommen werden, wenn die klare Mehrheit der Schülerinnen Kopftuch trägt und dadurch die religiöse Neutralität gegenüber andersgläubigen Schülerinnen verletzt würde. Mit Blick auf das Ziel, soziale Ausgrenzung zu verhindern, könnte sich das Kopftuchverbot u.U. als notwendig erweisen. Dagegen könnte allerdings auch eingewandt werden, dass die Verhinderung sozialer Stigmatisierung durch andere, mildere Mittel ebenfalls erreicht werden kann. Denkbar ist hier etwa die Auseinandersetzung mit Fragen der Religion und der

Mobbingproblematik im Unterricht. Die Notwendigkeit zur Integration in die hiesige Gesellschaft kann wohl aber bezweifelt werden, da Integration, verstanden als Teilhabe an der Gesellschaft und das Teilen grundlegender Werte, nicht von einem bestimmten Kleidungsstil abhängig ist. Ginge man davon aus, dass das Kopftuchverbot zur Verhinderung der religiösen Indoktrination geeignet ist, wäre die Massnahme vermutlich auch als erforderlich zu beurteilen.

Ein Grundrechtseingriff ist schliesslich nur dann verhältnismässig, wenn die Massnahme auch zumutbar ist. Dabei ist abzuwägen zwischen der Schwere des Eingriffs und dem erreichten Ziel der Massnahme. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Kleidervorschriften, die religiösen Geboten zuwiderlaufen, grundsätzlich als schwerwiegende Eingriffe zu beurteilen. Dementsprechend schwerwiegend müssen das öffentliche Interesse und der Grad seiner Erfüllung sein, um den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Sofern der öffentliche Frieden durch das Tragen des Kopftuchs gefährdet wäre (was hier aber, wie oben gesehen, kaum überzeugend behauptet werden kann), so läge hier ein sehr schwerwiegendes öffentliches Interesse vor, welches wohl das individuelle Interesse am Tragen eines Kopftuchs überwiegen würde. Unter dem Gesichtspunkt der religiösen Integration ist zu berücksichtigen, dass der schweizerische Gesetzgeber mit der umfassenden Kompetenz der Eltern zur religiösen Erziehung ihrer Kinder nach Art. 303 ZGB bewusst einen weiten Rahmen der Freiheit gesetzt hat. Dieser soll nicht im Rahmen der Grundrechtsprüfung „durch die Hintertür“ wieder beschränkt werden, vielmehr müsste hier eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls anzunehmen sein, was sich wohl im Tragen des Kopftuchs (allein) nicht der Fall ist. Das Recht sieht zudem bei konkreten Anhaltspunkten einer Gefährdung des Kindeswohls bereits Massnahmen vor (Kindesschutzrecht). Unter dem Gesichtspunkt der Integration ist angesichts der Zweifel an der Eignung und der Erforderlichkeit (innerlicher Glaube gegenüber äusserlicher Vorschrift; Integration manifestiert sich in anderer Hinsicht als in der Kleidung) schwer zu argumentieren, dass der absehbare Erfolg der Massnahme so schwerwiegend ist, dass der Eingriff aufgewogen wird. Schliesslich ist noch zu fragen, ob das Interesse an der Verhinderung der Ausgrenzung Kopftuch tragender Mädchen innerhalb des Klassenverbands den Eingriff aufzuwiegen vermag. Hier ist insbesondere zu bedenken, dass die Entscheidung kein Kopftuch zu tragen auch vom ausgeschlossenen Mädchen (und ihren Eltern) getroffen werden könnte. Insbesondere scheint es aber stossend, eine staatliche Ausgrenzung (durch ein Sonderregime) zu schaffen, um die Auseinandersetzung mit der Ausgrenzung im Klassenverband zu vermeiden. Die Stigmatisierung wird auf diese Weise bloss auf eine andere Ebene verlagert. Auch aus dieser Perspektive scheint die Vorschrift unzumutbar.

Der Kerngehalt des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der insbesondere das *forum internum* umfasst, ist vorliegend nicht tangiert.

Fazit: Insgesamt erweist sich das Kopftuchverbot an der Schule für unverhältnismässig. Das gegenüber M ausgesprochene Verbot, weiterhin ihr Kopftuch zu tragen, ist rechtswidrig.

### **Aufgabe III (8 Punkte)**

#### **1. Was ist der Talmud? (3 Punkte)**

Beim Talmud handelt es sich um einen Text des Judentums, der in der Zeit des 5./6. Jh. entstanden ist und erläutert, wie die Normen der Torah in der Praxis anzuwenden sind. Es gibt zwei Fassungen des Talmud, den sog. Jerusalemer/palästinischen Talmud und den babylonischen Talmud. Besonders

letzterer erreicht in der jüdischen Rechtswissenschaft eine ausgesprochen grosse Bedeutung. Der Talmud beinhaltet die Mischna sowie eine grosse Menge an auslegenden Texten (Stellungnahmen von rechtsgelehrten Rabbis), welche die praktische Anwendung des göttlichen Rechts im Leben der Menschen ermöglichen sollen. Wie die Mischna bildet der Talmud eine Verschriftlichung von ursprünglich mündlichem (und mündlich tradiertem) Recht. Er dokumentiert die schon früh sehr grosse Bedeutung einer schriftlichen Rechtswissenschaft im Judentum, die gerade auch aktuelle Rechtsprobleme durch neue Auslegungen des ursprünglichen Rechtsbestands zu lösen bestrebt ist.

## **2. Die römisch-katholische Kirche hat die Aufgaben (auch als Ämter bezeichnet) des Lehrens, des Heiligens und des Leitens. Erklären Sie diese Aufgaben. (3 Punkte)**

Das kirchliche Lehramt umfasst die Verbreitung und Stärkung des Glaubens der Menschen. Zentrale Aufgabe der Kirche ist demnach die Verkündigung der göttlichen Botschaft und ihrer richtigen Auslegung. Umfasst werden vom Lehramt sowohl der normale Gottesdienst, aber auch die religiöse Ausbildung (beispielsweise in katholischen Kindergärten) sowie Tätigkeiten der Mission. Als Heiligungsamt wird die Aufgabe bezeichnet, die Gläubigen in eine Gemeinschaft mit Christus/Gott zu bringen. Dies erreicht die Kirche insbesondere durch die Verwaltung und Spende von Sakramenten, in denen das Göttliche sichtbar und sinnlich erfassbar wird. Beispiele für Sakramente, in denen Gott für den Menschen erfahrbar wird, sind etwa die Eucharistie, die Taufe oder die Ehe. Das Leitungsamt der Kirche schliesslich beschreibt die Aufgabe der Kirche, die Menschen in ihrem Glauben anzuleiten. Ausdruck dieser Aufgabe ist auch der hierarchische Aufbau der Kirche, welche eine gewisse Kontrolle sowohl innerhalb des Klerus als auch gegenüber den Laien ermöglicht. Die Organisation der Kirche und das kirchliche Rechtssystem ergeben sich aus dem Leitungsamt.

## **3. Was ist eine Fatwa? (2 Punkte)**

Eine Fatwa ist ein Rechtsgutachten eines islamischen Rechtsgelehrten (Mufti). Sie bezieht sich auf ein konkretes Rechtsproblem bzw. eine konkrete Rechtsfrage, die sich unter islamischen Glaubensangehörigen stellt. Eine Fatwa ist nicht absolut verbindlich, geniesst aber eine gewisse Autorität aufgrund der Expertise des Rechtsgelehrten.

## **Aufgabe IV (6 Punkte)**

**Judentum, Islam, protestantisches und römisch-katholisches Christentum kennen alle Rechtsnormen, wobei die Menge und die Bedeutung von Recht sich je nach Glauben unterscheidet. Die Entstehung und Fortbildung von Recht hängt dabei massgeblich zusammen mit dem Bestehen von Institutionen. Beschreiben Sie bitte die Bedeutung dieser Institutionen für die Entstehung und Fortbildung von religiösem Recht in den vier angesprochenen Glaubensrichtungen.**

Recht als ein Komplex von Normen mit Anspruch auf durchsetzbare Verbindlichkeit entsteht in einem Rahmen, in dem (1.) ein Regelungsbedürfnis besteht und (2.) die Möglichkeit (i.e. die politische Macht), zumindest ein Stück weit die Einhaltung der Normen einzufordern. Da religiöses Recht seine Letztbegründung in sich trägt, findet es in religiösen Gesellschaften besondere Akzeptanz. Religiöses Recht entsteht also insbesondere dann, wenn religiöse Institutionen bzw. Institutionen mit religiöser Legitimation mit der erwähnten politischen Macht bestehen. Das Judentum und der Islam, deren Schriften in einem Kontext auch politischer Herrschaft entstehen oder auf einen solchen jedenfalls rekurren, kennen dementsprechend bereits in diesen frühen Schriften (Torah, Koran) einen hohen

Grad an Normativität. Anders verhält es sich im Christentum, welches nicht in einem Kontext politischer Verantwortlichkeit entsteht. Im Neuen Testament, das hier im Zentrum steht, finden sich weniger rechtliche Regeln als bloss moralische Handlungsgebote. Gleichwohl lässt sich auch im Christentum eine intensive Normierung beobachten in Zeiten anderer politischer Verhältnisse: Erstens erfordert das Wachstum der Kirche eine Organisationsstruktur und Entscheidungsinstanzen (insb. Konzile). Zweitens erlässt mit der Erhebung des Christentums zur Staatsreligion das römische Kaisertum umfassend Kirchenrecht. Ähnliches gilt später für das fränkische bzw. römisch-deutsche Kaisertum. Drittens wird ein politisch sehr starkes und relativ unabhängiges Papsttum im Hochmittelalter selbst sehr intensiv rechtsetzend tätig. Im Rahmen des Protestantismus lässt sich demgegenüber beobachten, dass die Anknüpfung an bereits starke staatliche Institutionen gemeinsam mit der Rückbesinnung auf die Bibel zu einem massiven Rückgang kirchlicher Regelungsgewalt führt.

Wie die Entstehung von religiösem Recht, so ist auch die Fortentwicklung desselben massgeblich von Institutionen abhängig. Die Betrachtung unterschiedlicher Entwicklungen in den Religionen bezeugen, wie stark der Konnex zwischen Institutionen und Rechtsfortbildung ist. So kennt die römisch-katholische Kirche eine vergleichsweise einheitliche Fortentwicklung ihres Rechts. Durch ihre hierarchische Organisation mit dem Papst als klarem Oberhaupt war es möglich, die Fortentwicklung des Rechts über Jahrhunderte bis heute zu steuern. In protestantischen Kirchen, die in der Tendenz einer Institutionalisierung sehr kritisch gegenüberstehen, ist nicht nur der Grad an Normierung sehr gering, sondern auch die Regelungsinhalte sind keineswegs stets deckungsgleich. Im Judentum und im Islam schliesslich lassen sich in der Geschichte jeweils unterschiedliche Strömungen oder Schulen ausmachen, da keine verbindlichen zentralen Institutionen bestehen. So haben sich im Islam verschiedene Rechtsschulen gebildet, deren Ansichten jeweils von einem Teil der Muslime als verbindlich anerkannt werden. Auch im Judentum gab es unterschiedliche Überlieferungstraditionen und verschiedene Lehrmeinungen, die jeweils Unterstützung fanden. In der Gegenwart gibt es sowohl im Judentum (liberal, konservativ, orthodox) als auch im Islam sehr unterschiedliche Lesarten des religiösen Rechts. (Eine inhaltlich ähnliche Tendenz lässt sich freilich auch etwa im römisch-katholischen Glauben beobachten, wenn zahlreiche Gläubige die Normen des kanonischen Rechts nicht mehr in der Tragweite respektieren, wie das die Kirche fordert. Diese Entwicklung hat ihre Wurzel aber, anders als in anderen Glaubensgemeinschaften, nicht in einer mangelnden Institutionalisierung.)

***Abgegebene Rechtstexte:***

*BV 7, 8, 15, 35, 36, 72*

*EMRK 9*

*ZGB 303*