



FVRR

FREIBURGER VERÖFFENTLICHUNGEN ZUM RELIGIONSRECHT

Herausgegeben von  
René Pahud de Mortanges  
Professor an der Universität Freiburg Schweiz

10

René Pahud (Hrsg.)

**Das Religionsrecht  
der neuen Bundesverfassung**

**Le droit des religions  
dans la nouvelle Constitution fédérale**

2001

Universitätsverlag Freiburg Schweiz  
Editions Universitaires Fribourg Suisse

# Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung

von *Andreas Kley*

## 1 Konzept der Nachführung im Religionsverfassungsrecht

Die Bundesversammlung hat am 3. Juni 1987 die Totalrevision gemäss Art. 120 aBV beschlossen und dem Bundesrat den Auftrag erteilt, eine Totalrevision vorzubereiten und ihr einen Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung zu unterbreiten<sup>1</sup>. Das Parlament hat aus Neuerungsunlust den Auftrag an den Bundesrat beschränkt. Die Revision sollte die schweizerische Verfassungsordnung nicht neu gestalten, „vielmehr solle sie die bestehenden Grundstrukturen wahren und sich in erster Linie darauf verlegen, das geltende Verfassungsrecht aufzuarbeiten und geordnet darzustellen, das Verfassungsrecht also [...] nachzuführen“<sup>2</sup>. In diesem Sinne bestimmt Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. Juni 1987: „Der Entwurf wird das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen“. Nach der Annahme durch Volk und Stände am 18. April 1999<sup>3</sup> trat die neue Verfassung per 1. Januar 2000 in Kraft.

Verfassungsrechtler sprechen verschiedentlich hinter mittlerweile nicht mehr so deutlich vorgehaltener Hand die Meinung aus, die neue Bundesverfassung sei mehr als eine blosser Nachführung. Denn der Umfang der effektiven Neuerungen dürfe nicht unterschätzt werden; erst in den kommenden Jahren werde sich der Innovationsgehalt der neuen Verfassung erweisen. In der Tat lassen sich die Neuerungen nicht mehr an einer Hand aufzählen. Dazu kommt der bekannte Umstand, dass sich ein Text nicht einfach aktualisieren lässt. Vielmehr laden neue Formulierungen notwendigerweise zu neuen Interpretationen ein. So betrachtet, war die Rede von

<sup>1</sup> Bundesbeschluss über die Totalrevision der Bundesverfassung vom 3. Juni 1987 (BB1 1987 II 963).

<sup>2</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996 (BB1 1997 I 1 ff.), S. 27.

<sup>3</sup> Vgl. BB1 1999 V S. 5986 f. (Erwahrungsbeschluss).

der „Nachführung“ lediglich ein „verbales Placebo“<sup>4</sup>, das Neuerungs-  
ängste zu dämpfen versuchte.

Im folgenden sollen die vom Verfassungsgeber beabsichtigten und die  
möglichen Änderungen im Bereich des Religionsrechts sichtbar gemacht  
werden. Es sind die Themenbereiche der Verfassungspräambel (nachfol-  
gend Ziff. 2.), der religionsrelevanten Grundrechte (3), des Verhältnisses  
von Staat und Kirche in bundesstaatlicher Hinsicht (4) sowie der religions-  
rechtlichen Bestimmungen im Zivilrecht und Justizwesen (5) zu behandeln.

## 2 Bedeutung der neuen Präambel

Diejenige Bestimmung der Verfassung, die in der Bevölkerung und im  
Parlament am meisten Diskussionen ausgelöst hat, besitzt nach vorherr-  
schender Auffassung keinen „normativen Wert“<sup>5</sup>. Trotzdem ist die Prä-  
ambel wohl der in der Literatur am meisten kommentierte Bestandteil der  
Verfassung<sup>6</sup>. Sie verlangt vom Bürger eine weltanschauliche Stellung-  
nahme; „in der Präambel steckt politischer Zündstoff“<sup>7</sup>. In der Tat hat

<sup>4</sup> Vgl. ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesver-  
fassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 1999, S. 301-347, insb. S. 302.

<sup>5</sup> Vgl. WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesver-  
fassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931, S. 2; JAKOB SCHOLLEN-  
BERGER, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kom-  
mentar mit Einleitung, Berlin 1905, S. 66 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HAL-  
LER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, S. 11, 101;  
BERNHARD EHRENZELLER, „Im Bestreben den Bund zu erneuern“ – Einige  
Gedanken über „Gott“ und die „Welt“ in der Präambel des „Bundesbeschlus-  
ses über eine neue Bundesverfassung“ in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hg.),  
Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen und Lachen 1998, S. 981-1006,  
insb. S. 984 und 989 ff.

<sup>6</sup> Siehe die Literaturangaben bei JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Kommentar zur Prä-  
ambel, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenos-  
senschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert/Kürt Eichenber-  
ger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler, Zürich 1987 ff. (zit.  
Komm. BV); LEONIE WASER-HUBER, Die Präambeln in den schweizerischen  
Verfassungen, Diss. Bern 1988; HEINRICH KOLLER, Gottesglaube und Verfas-  
sungsgebung, in: Kirche – Kultur – Kommunikation: Peter Henrici zum 70.  
Geburtstag, Zürich 1998, S. 485-508.

<sup>7</sup> PETER SALADIN, Zur Herleitung der Präambel, in: Reformatio 25 (1976), S. 15  
ff., insb. 22 f.; siehe auch PETER SALADIN, Zur Präambel einer revidierten Ver-

sich das Bedürfnis nach Stellungnahme in der Diskussion zur Präambel  
gezeigt: Den Behörden gingen im Rahmen des Vernehmlassungsverfah-  
rens Eingaben von 6400 Privaten und von rund 100 Organisationen mit  
Stellungnahmen zur Präambel ein. Im Parlament haben viele Votanten  
zur - in der Präambel anscheinend ausgedrückten - staatsphilosophischen  
und ethischen Grundlegung des Staates Stellung bezogen<sup>8</sup>. Beispielsweise  
war umstritten, ob die Anrufung Gottes („invocatio Dei“) als Einleitungs-  
satz in der Präambel erscheinen solle. Schliesslich entschied sich das Par-  
lament für die Beibehaltung und der ständerätliche Berichterstatter stellte  
klar, dass damit keine der Religionen bevorzugt werden solle, denn alle  
namhaften Religionen der Welt könnten sich hinter diese Anrufung stel-  
len. „Sie ist ein Akt und ein Zeichen der Bescheidenheit, dass Men-  
schenwerk und Menschenhand nicht alles aus eigener Kraft können, son-  
dern dass wir auf die Hilfe und den Schutz einer höheren Macht angewie-  
sen sind“<sup>9</sup>. Das Votum zeigt stellvertretend für viele das Bedürfnis des  
politischen Menschen nach einer transzendentalen Verankerung. Die An-  
rufung Gottes hat eine integrative Kraft<sup>10</sup>. Diese Transzendenzbedürfnisse  
lassen sich mit den unterschiedlichsten Vorstellungen verbinden, gleich-  
wohl haben sie keine rechtliche Bedeutung. Insofern ist die Präambel der  
wohl geeignetste Ort für die friedliche Zusammenführung der unter-  
schiedlichsten staatsphilosophischen und ethischen Vorstellungen.

## 3 Religionsrelevante Grundrechte

### 3.1 Menschenwürde

Der Grundrechtskatalog der neuen Bundesverfassung wird mit dem  
Art. 7 eingeleitet: „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schüt-  
zen“<sup>11</sup>. Diese Bestimmung ist derivativ, d.h. von ausländischen Vorbildern

fassung, in: Peter Saladin, die Kunst der Verfassungserneuerung. Schriften zur  
Verfassungsreform 1968-1996, Basel und Frankfurt a.M. 1998, S. 37 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Amtl. Bull. SR 1998 23 f., 148, 203, 225; Amtl. Bull. NR 1998 119-129,  
404, 459, 489.

<sup>9</sup> Votum Frick, Amtl. Bull. SR 1998 23.

<sup>10</sup> EHRENZELLER (zit. in Anm. 5), S. 988, spricht von einer „Brückenfunktion“ in  
die Zukunft und von einem „Traditionsanschluss“.

<sup>11</sup> Der Grundsatz der Menschenwürde findet sich auch in den meisten neueren

abgeleitet. Der Schutz der Menschenwürde im modernen Verfassungsrecht hat philosophische und geschichtliche Ursprünge<sup>12</sup>. Was Menschenwürde heisst, hat Immanuel Kant eindrucksvoll in der dritten Fassung des Kategorischen Imperativs formuliert: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als auch in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest“<sup>13</sup>. Aus theologischer Sicht lässt sich der Gedanke der Menschenwürde nicht direkt aus den biblischen Überlieferungen ableiten. Die „Vorstellung von einer an keine Bedingung geknüpften Würde der menschlichen Person“<sup>14</sup> ist aber im Gedanken der Gottebenbildlichkeit vorgezeichnet und lässt sich biblisch insoweit begründen, als der (insbesondere schutzbedürftige) Mensch von Gott in seinen Bund berufen und aufgenommen ist.

Die Verfassungstexte des 18. und 19. Jahrhunderts haben sich m.W. nicht der Menschenwürde angenommen<sup>15</sup>. Das blieb den Verfassungen nach 1945 vorbehalten.

In Deutschland war die Stipulierung der Menschenwürde im Grundgesetz die Antwort auf das Dritte Reich mit seiner grenzenlosen Instrumentalisierung des Menschen im Dienst des Rassenwahns. Der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee hielt fest: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Staat um des Staats willen“<sup>16</sup>. Der Parlamentarische Rat hat daraus den Menschenwürde-Artikel des Art. 1 Abs. 1 GG formu-

liert: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Die Verwirklichung der Menschenwürde ist ein allen Grundrechten, aber auch dem übrigen Verfassungsrecht innewohnender Hauptzweck; sie ist ein „Orientierungspunkt für die Ausgestaltung der Verfassung“<sup>17</sup>. Die Menschenwürde soll als Leitlinie für die Auslegung und Konkretisierung der verschiedenen verfassungsmässigen Rechte dienen. Der Staat, der die Würde eines Menschen respektiert, sorgt stets dafür, dass er den Menschen als Wesen behandelt, das um seiner selbst willen existiert. Folglich hat der Staat stets darauf zu achten, dass seine Handlungen das Interesse an individueller Selbstbestimmung und Selbstachtung wahren. Es ist dem Staat grundsätzlich verwehrt, den Menschen für Staatszwecke zu instrumentalisieren. Die Menschenwürde ist nicht ein klassisches Grundrecht, sondern ein „tragendes Konstitutionsprinzip“<sup>18</sup>, das die einzelnen Grundrechte und die Verfassung insgesamt anreichert. Die Grundrechte verwirklichen die Menschenwürde; jedes ist ein spezifischer Aspekt der Menschenwürde<sup>19</sup>. Ein Verstoss gegen die Menschenwürde wird primär durch die Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte abgewehrt<sup>20</sup>, es gibt infolgedessen kein besonderes Grundrecht, das die Menschenwürde verwirklicht<sup>21</sup>. Beispielsweise setzt die Glaubens- und Gewissensfreiheit die Menschenwürde auf dem Gebiet der Religion und Weltanschauung um.

Kantonsverfassungen; vgl. Art. 5 KV NE, Art. 7 Abs. 1 KV JU, Art. 9 KV BE, § 9 KV AG, § 5 KV TG, § 5 KV BL, Art. 10 KV UR.

<sup>12</sup> Vgl. KLAUS STERN, Staatsrecht, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 6 ff.; FRANZ JOSEF WETZ, Die Würde der Menschen ist antastbar, Stuttgart 1988, S. 14 ff.; WOLFGANG HUBER, Gerechtigkeit und Recht, Grundlinien christlicher Ethik, Gütersloh 1996, S. 222 ff.

<sup>13</sup> IMMANUEL KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1786, S. 428 f. (Reclam-Ausgabe, S. 79); ders., Werke Band 6, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1983, S. 61.

<sup>14</sup> Vgl. HUBER (zit. in Anm. 12), S. 254.

<sup>15</sup> Als einzige und bemerkenswerte Ausnahme ist der Verfassungsentwurf von LUDWIG SNELL von 1831 (Verfassung des Kantons Zürich) zu erwähnen (Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und echten Repräsentativsystem, das keine Vorrechte nach Eremtionen kennt, sondern auf der Demokratie beruht; S. 1 und S. 48). SNELL sieht in der persönlichen Freiheit und der Sicherheit des Eigentums den Staatszweck, „und die dadurch erst mögliche Entwicklung aller menschlichen Anlagen, also die Behauptung der Menschenwürde“ (ebd., S. 48).

<sup>16</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs von Herrenchiemsee, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 1951, S. 48.

<sup>17</sup> Vgl. URS BOLZ, Die neue Verfassung Artikel für Artikel, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrecht, Bern 1995, S. 255.

<sup>18</sup> BVerfGE 96, 375 (399); 87, 209 (228); vgl. auch RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, S. 34.

<sup>19</sup> Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 1.

<sup>20</sup> Vgl. HANS D. JARASS/BODO PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, München 1997, N. 2a zu Art. 1 GG; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 33.

<sup>21</sup> Nach der Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 139 soll die Menschenwürde jeden Menschen vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung schützen. Selbstverständlich schützt das Folterverbot des Art. 10 Abs. 3 BV in exemplarischer Weise die Menschenwürde; allerdings darf diese nicht auf das Folterverbot vermindert werden, denn sie würde damit entbehrlich, da sie bloss das Folterverbot wiederholt. Die Botschaft ist diesbezüglich unklar. Auch das Bundesgericht hat die Menschenwürde vereinzelt in die Nähe des Folterverbots gerückt; vgl. BGE 123 I 229 und 234.

### 3.2 Diskriminierungsverbot und Geschlechtergleichheit

Unter Diskriminierung versteht man die Deklassierung und rechtlich entwürdigende Schlechterstellung bestimmter, in der Geschichte immer wieder misshandelter Personengruppen. Es handelt sich um eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Menschen, welche deren Wertschätzung als Personen betrifft. Die erfolgende Benachteiligung ist als Herabwürdigung einzustufen, weil sie ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal verwendet, das einen wesentlichen Bestandteil der persönlichen Identität ausmacht<sup>22</sup>. Das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV zählt solche Diskriminierungsgründe beispielhaft („namentlich“) auf: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung oder eine körperliche, geistige oder psychische Behinderung. Es ist möglich, dass die Rechtsprechung weitere Diskriminierungsgründe anerkennt, wie die Gesundheit oder den Zivilstand<sup>23</sup>. Das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV ist verletzt, wenn die Schlechterstellung kausal wegen des unzulässigen Grundes erfolgt und sachlich nicht gerechtfertigt werden kann.

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet die direkte oder unmittelbare und auch die indirekte oder mittelbare Diskriminierung<sup>24</sup>. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn das Gesetz oder die rechtsanwendende Praxis Personengruppen unterschiedlich nach Kriterien behandelt, die im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV als diskriminierend angesehen werden. Bei einer indirekten Diskriminierung behandelt das Gesetz oder die Praxis alle Menschen formal gleich, die fragliche Regelung wirkt sich jedoch faktisch zu Lasten einer bestimmten Personengruppe aus. Das war etwa der Fall bei den Wählbarkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 75 und 76 aBV, wonach stimmberechtigte Schweizerbürger weltlichen Standes für die Dauer von vier Jahren in den Nationalrat gewählt werden konnten. Diese Bestimmungen behandelten die „Geistlichen“ aller Konfessionen nur formal gleich. Denn nach dem Rechtsverständnis der katholischen Kirche war es ihren Geistlichen verwehrt, für die Dauer eines Mandates von ihrem Status als Geistliche zu-

<sup>22</sup> Vgl. WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000, S. 106 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV, in: Ulrich Zimmerli (Hg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 103-129, insb. S. 109.

<sup>23</sup> Vgl. Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 142 f.

<sup>24</sup> Vgl. KÄLIN (zit. in Anm. 22), S. 113 f.; JÖRG PAUL MÜLLER (zit. in Anm. 22), S. 124-126.

rückzutreten<sup>25</sup>, wie das bei den Pfarrern der evangelisch-reformierten Kirchen möglich war. In der Sache wurden die katholischen Geistlichen diskriminiert, weil sie kein Nationalratsmandat annehmen konnten<sup>26</sup>. Es war folgerichtig, dass die Bundesversammlung diese mit Art. 8 Abs. 2 BV nicht mehr zu vereinbarende Bestimmung des Art. 75 aBV strich<sup>27</sup>.

Im Übrigen ist es äusserst unklar, ob das Verbot, Personengruppen aus religiösen und weltanschaulichen Gründen zu diskriminieren, einen besseren Schutz bietet als die entsprechende Garantie des Art. 15 BV. Es ist anzunehmen, dass das religiöse Diskriminierungsverbot keine eigenständige Tragweite hat<sup>28</sup>. So ist denn auch die Problematik des Art. 75 aBV anhand des Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) diskutiert worden, der diese Diskriminierung verbietet.

Es ist hingegen eine andere Frage, ob sich die Kirchen in ihrem Amtsverständnis an die Gleichstellung der Geschlechter gemäss Art. 8 Abs. 3 BV zu halten haben<sup>29</sup>. Sie lässt sich nicht einfach beantworten, da neben der Geschlechtergleichheit namentlich die Organisationsautonomie und die korporative Religionsfreiheit<sup>30</sup> der Kirchen hineinspielt. Zwischen den widerstrebenden Prinzipien ist praktische Konkordanz herzustellen; d.h. keines dieser Prinzipien darf auf Kosten eines anderen einseitig verwirklicht werden. M.E. verbietet es sich daher, dass der Staat auf dem Weg des Art. 8 Abs. 3 BV der katholischen Kirche direkt das Priestertum der Frauen vorschreiben kann.

<sup>25</sup> Gemäss Ingress von c. 290 CIC wird die einmal empfangene Weihe niemals ungültig, und der klerikale Stand geht nur in äusserst eng umschriebenen Fällen verloren. Ein temporärer Rücktritt ist nicht möglich.

<sup>26</sup> Vgl. PETER KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 1988, S. 156 ff.; UELI FRIEDERICH, Zur neuen schweizerischen Religionsverfassung, in: SJKR 4 (1999), S. 103.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 133 VE 1996, der das Erfordernis des weltlichen Standes noch anerkannte; vgl. auch die geäusserte Änderungsabsicht in der Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 371 f.; vgl. die aktuellen Wählbarkeitsvoraussetzungen in Art. 143 BV.

<sup>28</sup> Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER (zit. in Anm. 19), S. 115, 124.

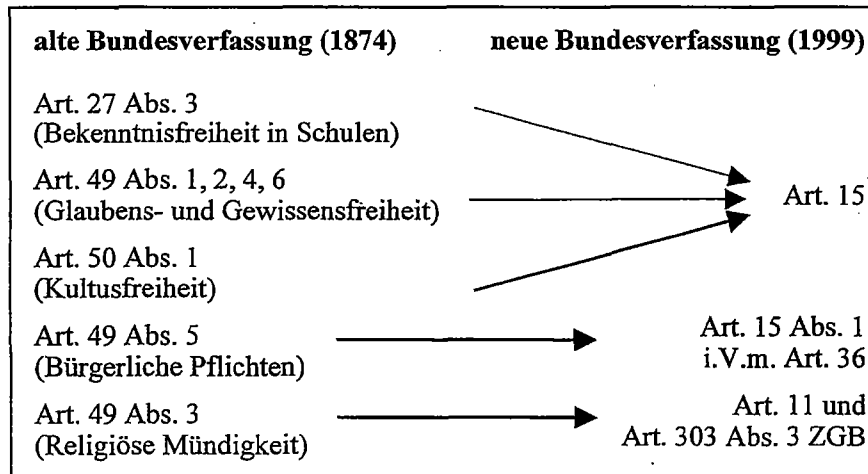
<sup>29</sup> Siehe DENISE BUSER/ADRIAN LORETAN (Hg.), Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen. Ein Beitrag zur menschenrechtlichen und ökumenischen Diskussion, Freiburg i.Ue. 1999.

<sup>30</sup> Vgl. zur korporativen Religionsfreiheit CHRISTIAN R. TAPPENBECK/RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Ist der Bistumsartikel völkerrechtswidrig?, S. 137 in diesem Band und den Beitrag von PETER KARLEN, „Die korporative Religionsfreiheit: Postulat und Verwirklichung“, S. 33 in diesem Band.

### 3.3 Glaubens- und Gewissensfreiheit

#### 3.3.1 Bündelung in Art. 15 BV

Die geschriebenen Garantien der alten Bundesverfassung auf Wahrung der Religions- und Kultusfreiheit sind stark gekürzt worden, ohne dass allerdings in der Substanz eine Reduktion des verfassungsrechtlichen Schutzes stattgefunden hätte. Die verschiedenen religionsrechtlichen Garantien der alten Verfassung wurden im Wesentlichen wie folgt in Art. 15 BV gebündelt:



Diese Bündelung zeigt die erhebliche Entkrampfung im Verhältnis zwischen Staat und Kirche, die sich auch in den religionsrechtlichen Bestimmungen im Zivilrecht und Justizwesen manifestiert<sup>31</sup>. Die Detailgarantien der alten Bundesverfassung konnten auf das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit zurückgeführt werden<sup>32</sup>. Eine Verminderung des Schutzniveaus geht damit nicht einher. Das zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK, welche die verschiedensten Aspekte umfasst. Art. 9 EMRK schützt etwa gegen ei-

<sup>31</sup> Vgl. unten Abschnitt 5.

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 156 f.; ALEXANDER MISIC, Der Grundrechtskatalog, in: THOMAS FLEINER (Hg.) et al., BV-CF 2000. Die Neue Schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstrukturen, Basel/Genf 2000, S. 71-76, S. 73 f.

ne auf das Evangelium abgestützte Eidespflicht oder gegen ein weitgehendes Verbot religiöser Werbung<sup>33</sup>.

#### 3.3.2 Negative Glaubens- und Gewissensfreiheit

Die negative Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 49 Abs. 2 aBV ist in die etwas kürzere und modernere Formulierung des Art. 15 Abs. 4 BV überführt worden. Gestrichen wurde einzig das in Abs. 1 enthaltene Verbot der Bestrafung wegen Glaubensansichten. Die anerkannten Landeskirchen dürfen ebenfalls keine Strafen wegen Glaubensansichten aussprechen, wie das historisch motivierte Verbot deutlich macht. So darf einem Selbstmörder oder einer konfessionslosen Person die Bestattung auf dem Friedhof nicht verweigert werden. Die Kirchen können in ihrem internen Recht freilich weiterhin Strafen und Nachteile vorsehen und aussprechen. So kennt das Recht der katholischen Kirche ein eigentliches internes Strafrecht<sup>34</sup>, dessen Wirksamkeit je nach Einstellung der Anhänger nicht unterschätzt werden darf. Im Hinblick auf Art. 15 BV ist dieses Strafrecht freilich unbedenklich, da seine Anwendung mit keinerlei staatlicher Hoheitsgewalt unterstützt wird und auch die landeskirchlichen Organisationen ihre Hoheitsgewalt diesbezüglich nicht zur Verfügung stellen. Es ist indes ein offenes Problem, wie die katholische Kirche in ihrem internen Bereich die Menschenrechte zur Anwendung bringt und durchsetzt<sup>35</sup>.

#### 3.3.3 Bürgerliche Pflichten

Der von Art. 49 Abs. 5 aBV vorgesehene Vorrang der bürgerlichen Pflichten spricht lediglich den Vorrang des staatlichen Rechts, namentlich der Schul- und Wehrpflicht gegenüber privaten Gewissensentscheidungen oder kirchlichen Vorschriften für die Mitglieder an. Dabei handelt es sich nicht um den generellen Vorrang des staatlichen Rechts gegenüber der

<sup>33</sup> Vgl. die Urteile *Buscarini gegen San Marino* vom 18.2.1999, in: Human Rights Case Digest (HRCDD) 1999, Vol. 10, S. 44-46 und *Kokkinakis gegen Griechenland* vom 25.5.1993, Publications de la cour, Série A Nr. 260-A; vgl. weitere Hinweise bei MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, S. 382 ff.

<sup>34</sup> Vgl. cc. 1313-1399 CIC (VI. Buch).

<sup>35</sup> Vgl. FELIX HAFNER, Grund- und Menschenrechte in der Kirche, AJP 1995, S. 703 ff.; FELIX HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Freiburg i.Ue. 1992, S. 111 ff.

Religionsfreiheit, sondern um normale Schranken der Glaubens- und Gewissensfreiheit<sup>36</sup>, die sich an Hand von Art. 36 BV messen lassen müssen. Die Streichung dieser Vorschrift hat demzufolge nichts geändert<sup>37</sup>.

Das eidg. Versicherungsgericht hat in diesem Sinn entschieden, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit kein Privileg verschafft, sich über staatliche Gebote und Verbote hinwegzusetzen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Glaubensbetätigung stehen. So verletzt das Krankenkassenobligatorium Art. 15 BV nicht, selbst wenn der Pflichtige unter Hinweis auf Bibelzitate geltend macht, er wolle in Gesundheit und im Einklang mit dem Willen des Schöpfers leben. Deshalb sei eine Versicherung für ihn eine unerträgliche Misstrauensbekundung gegenüber dem „himmlischen Arzt“<sup>38</sup>.

### 3.3.4 Frage der Grundrechtsträgerschaft der Kinder und Jugendlichen sowie der juristischen Personen

Die alte Bundesverfassung war in der Zeit des Kulturkampfes entstanden und als dessen Abbild enthielt sie detaillierte religionsrechtliche Vorschriften, die im Laufe der Jahrzehnte ihre Bedeutung verloren. Sie legte unter anderem auch die *Handlungsfähigkeit in Fragen der Religionsfreiheit* auf das erfüllte 16. Altersjahr fest (Art. 49 Abs. 3 aBV), womit der über die Eltern erfolgende Einfluss der Kirchen auf die Jugendlichen zeitlich eingegrenzt werden sollte<sup>39</sup>. Die neue Bundesverfassung konnte infolge des inzwischen erfolgten gesellschaftlichen Wandels auf eine solche Bestimmung verzichten. Vielmehr nimmt sie sich in Art. 11 Abs. 2 BV dieser Problematik allgemein, d.h. im Hinblick auf alle Grundrechte an.

Die *Unmündigen* oder *Entmündigten* sind grundsätzlich Träger von Grundrechten und geniessen den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit, denn die Menschenrechte gelten als „angeborene Rechte“. So wie jeder Mensch rechtsfähig ist<sup>40</sup>, so ist jeder Mensch grundrechtsfähig. Es sei denn,

<sup>36</sup> ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 118 m.w.H.; FRIEDERICH (zit. in Anm. 26), S. 93 ff. (98 f.).

<sup>37</sup> JÖRG PAUL MÜLLER (zit. in Anm. 19), S. 95.

<sup>38</sup> Urteil K 151/97 vom 18.10.1999, NZZ vom 26.9.2000, Nr. 224, S. 16.

<sup>39</sup> Zur religionsrechtlichen Rechtsstellung der Schüler in der öffentlichen Schule vgl. KÄLIN (zit. in Anm. 22), S. 153 ff.

<sup>40</sup> Vgl. HUBER, (zit. in Anm. 12), S. 256 f. (m.w.H.); vgl. auch Art. 16 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966,

das Verfassungsrecht gewähre bestimmte Grundrechte ausdrücklich nur den Mündigen, wie etwa die politischen Rechte (Art. 136 Abs. 1 BV). Der in diesem Zusammenhang zuweilen verwendete Begriff der „Grundrechtsmündigkeit“ ist abzulehnen, da es keine der zivilrechtlichen Mündigkeit vergleichbare Grundrechtsmündigkeit gibt, die von einem bestimmten Altersjahr an gelten würde<sup>41</sup>. Demzufolge sind auch Kinder durch Art. 15 BV vor staatlichen Strafmassnahmen wegen Glaubensansichten geschützt. Die Frage der Grundrechtsträgerschaft Unmündiger und Entmündigter ist indessen zu trennen von der Frage der *Handlungsfähigkeit* im Rahmen der Grundrechte. Art. 11 Abs. 2 BV räumt den Unmündigen und Entmündigten die *Handlungsfähigkeit* im Bereich der Grundrechte generell ein, soweit sie urteilsfähig sind. Damit spricht er Art. 19 Abs. 2 ZGB an, der für das Zivilrecht bestimmt, dass die urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten diejenigen Rechte ausüben können, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Was Art. 19 Abs. 2 ZGB für den Umgang mit privatrechtlichen Rechtsgeschäften regelt, gilt analog für die Ausübung der Grundrechte. Insofern trifft Art. 11 Abs. 2 BV generell den Kern der Sache, obwohl er die Rechtslage nur verkürzt wiedergibt. Bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit besteht eine spezielle Gesetzesregelung. Art. 303 Abs. 3 ZGB, wonach die Jugendlichen nach dem erfüllten 16. Altersjahr im Rahmen der Glaubens- und Gewissensfreiheit selbst handlungsfähig werden<sup>42</sup>, gibt nämlich den Inhalt des gestrichenen Art. 49 Abs. 3 aBV wieder. Art. 303 Abs. 3 ZGB setzt die Urteilsfähigkeit in Fragen der Glaubens- und Gewissensfreiheit abstrakt auf das erfüllte 16. Altersjahr fest, was sich durchaus mit Art. 11 Abs. 2 BV vereinbaren lässt.

Die neue Bundesverfassung wollte nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Kirchensteuerpflicht der juristischen Personen nicht abschaffen<sup>43</sup>. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit erstreckte sich nach der

SR 0.103.2, Art. 11 ZGB. Die allgemeine Rechtsfähigkeit ist ein Kerngehalt der Rechtsgleichheit des Art. 8 Abs. 1 BV; KARL LARENZ (1903-1993) hatte als nationalsozialistischer Rechtsprofessor versucht, die Rechtsfähigkeit allein auf die „Arier“ zu beschränken; vgl. Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechts-Grundbegriffe, Berlin 1935, S. 21; siehe dazu auch KLEY (zit. in Anm. 4), S. 334 f., mit dem Originalzitat.

<sup>41</sup> Siehe die berechtigten Einwände des Ständerates, der Art. 15 Abs. 2 BV gestützt auf JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 91, streichen wollte (vgl. Amtl. Bull. SR 1998 1103 f.).

<sup>42</sup> BGE 119 Ia 181 f.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 126 I 122 ff. (131 f.). Die effektive Situation bei den Kirchensteuern wird in der Unterlage der Interkantonalen Kommission für Steueraufklä-

bisherigen Rechtslage nicht auf juristische Personen<sup>44</sup>, es sei denn, diese verfolgten nach ihren Statuten selbst ein religiöses oder kirchliches Ziel<sup>45</sup>. Deshalb konnten die kantonalen Steuergesetzgeber den juristischen Personen Kirchensteuern auferlegen, ohne dass diese die Möglichkeit hatten, aus den öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen auszutreten. In den parlamentarischen Beratungen zu Art. 15 BV wollte man von dieser Rechtslage nicht abweichen, obwohl die Lehre diese Rechtsprechung mit guten Gründen kritisierte<sup>46</sup>. Die Grundrechte verkörpern grundlegende und allgemeine Rechtsprinzipien, die insoweit jedem Rechtssubjekt und auch den juristischen Personen zustehen, soweit Grundrechte nicht die menschliche Person voraussetzen („ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“, Art. 19 Abs. 3 GG). Von daher ist es offensichtlich, dass das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit (Art. 10) oder das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14) in keinem Fall auf juristische Personen anwendbar sind.

Der allgemeine und grundlegende Charakter der Grundrechte verlangt indes nach einer möglichst breiten Grundrechtsträgerschaft, gerade auch in bezug auf die juristischen Personen. Wenn diese schon ideelle Grundrechte wie die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) besitzen, so müssen sie sich auch auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) berufen können. Daher ist die vom Bundesgericht bemühte Durchgriffslehre abzulehnen<sup>47</sup>. Danach entscheidet sich die Frage der Grundrechtsträgerschaft auf die hinter einer juristischen Person befindlichen natürlichen Personen. Der Durchgriff mag in haftungsrechtlichen Fragen zweckmässig sein, für die Frage des Anwendungsbereichs der Grundrechte ist er untauglich, da er beliebig vorgenommen oder verweigert werden kann. Die Grundrechte gelten infolge ihres allgemeinen Charakters generell und dürfen nicht be-

---

Die Kirchensteuern in der Schweiz, Bern 1999 (Dezember) hervorragend dargestellt. Siehe auch den Beitrag „Kultusbudgets und Kirchensteuern“ von URS JOSEF CAVELTI in diesem Band S. 52.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 4, 533; BGE 35 I 333; BGr. vom 25.5.1940, ZBl 1940, S. 358 ff.; BGE 95 I 350 und BGE 102 Ia 468, bestätigt von der Europäischen Menschenrechtskommission; vgl. Beschwerde Nr. 7865/77, X. AG gegen die Schweiz, DR 16, 85 = VPB 47/1983 Nr. 190; BGE 107 Ia 128; BGE 126 I 122 ff. (126 ff.).

<sup>45</sup> Vgl. BGE 97 I 227, BGE 118 Ia 52.

<sup>46</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN, in: Komm. BV N. 118 zu Art. 49; JÖRG PAUL MÜLLER (zit. in Anm. 19), S. 99 ff.; KLEY (zit. in Anm. 4), S. 337; KARLEN (zit. in Anm. 26), S. 361 ff. Siehe die tradierten Gegenmeinungen bei: LOUIS CARLEN (Hg.), Die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen in der Schweiz, Freiburg i.Ue. 1989.

<sup>47</sup> Vgl. KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 1088, 1117 f.

liebigem Argumentieren ausgesetzt werden<sup>48</sup>. Schon aus diesen Gründen müssen sich die juristischen Personen auf Art. 15 BV berufen können.

Der Text der neuen Bundesverfassung ist in dieser Frage mehrdeutig. Die Absätze 2 und 3 von Art. 15 BV sprechen von „Personen“ als Berechtigten. Bei dieser Wortwahl ist die (umstrittene) Ansicht<sup>49</sup> vertreten worden, der Personenbegriff der neuen Bundesverfassung erfasse sowohl natürliche als auch juristische Personen<sup>50</sup>. Danach würde sich die positive Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 BV klar auf die natürlichen und *juristischen* Personen beziehen. Art. 15 Abs. 4 BV verwendet bei der negativen Glaubens- und Gewissensfreiheit den Ausdruck „Niemand“<sup>51</sup>, der an sich für natürliche und juristische Personen verwendet werden kann. Wenn sich die Abs. 2 und 3 schon auf die juristischen Personen beziehen, so müsste sich auch die offene Formulierung von Abs. 4 („Niemand“) gleichermassen auf die juristischen Personen erstrecken. Das Postulat einer grundrechtlich motivierten Abschaffung der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen erhält durch die Verwendung des Personenbegriffs zweifellos gute Argumente. Das Bundesgericht liess sich indes davon nicht überzeugen und beharrte auf der Fortführung der bisherigen Praxis, da kein Anlass zu deren Änderung bestehe. Das Bundesgericht hat aus politischen und institutionellen Gründen die tradierte Ordnung aufrechterhalten<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Das Bundesgericht verrät sich mit der auch in der Literatur oft verwendeten Formulierung: „So ist nicht einzusehen ...“, vgl. BGE 126 I 122 ff. (130).

<sup>49</sup> Nach meiner Ansicht ist diese Auffassung unhaltbar, da der Verfassungsgeber die Begriffe „Mensch“, „Person“ usw. nicht konsequent verwendet, vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Supplement zur 4. Auflage, Die neue Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 60; KLEY (zit. in Anm. 4), S. 333-340.

<sup>50</sup> So YVO HANGARTNER, Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung, AJP 1997, S. 139 ff., 148; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 104 f., mit gewissen Relativierungen.

<sup>51</sup> Die Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 156 will die Glaubens- und Gewissensfreiheit weiterhin bloss den natürlichen Personen (mit den raren Ausnahmen) zusprechen. Die parlamentarischen Beratungen haben daran nichts geändert, vgl. Votum von Berichterstatter Inderkum, Amtl. Bull. SR 1998 40. Im Nationalrat wurde die Frage gar nicht diskutiert, vgl. Amtl. Bull. NR 1998 850.

<sup>52</sup> Dazu gehören etwa die finanziellen Auswirkungen, vgl. BGE 126 I 122 ff. (132), E. 5e oder die Tatsache, dass drei gewährleistete Kantonsverfassungen die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen vorsehen, vgl. BGE 126 I 122 ff. (130 f.), E. 5d aa.

### 3.4 Umfassende Verwirklichung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Rechtsordnung

Die Grundrechte wehren nicht nur Eingriffe des Staates in die Freiheitssphäre des Individuums ab, sondern sind auch Leitideen zur Gestaltung der gesamten Rechtsordnung. Diese historische Wirkung der Grundrechte ist vor allem im Grundrechtsverständnis der französischen Revolution zum Ausdruck gekommen<sup>53</sup>.

Dieses sogenannte konstitutiv-institutionelle oder objektive Grundrechtsverständnis ist in der Staatsrechtslehre immer schon anerkannt gewesen: „Die Freiheitsrechte haben aber nicht nur diese negative Funktion von Schranken für die Staatsgewalt zu erfüllen. Als verfassungsrechtliche Ordnung des Verhältnisses zwischen Individuum und Staat gebieten die Freiheitsrechte zugleich eine freiheitliche Grundlegung der gesamten staatlichen Rechtsordnung. Bundes- und kantonaler Gesetzgeber haben sich nach den Freiheitsrechten der Bundesverfassung zu orientieren“<sup>54</sup>. Gerade dieser Gedanke ist in Art. 35 Abs. 1 BV verankert worden, wonach die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zum Ausdruck kommen müssen<sup>55</sup>. Die folgenden Beispiele illustrieren, inwiefern die objektivrechtliche Wirkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit zum Ausdruck kommt:

- Die Raumplanungs- und Baugesetzgebung macht es grundsätzlich möglich, dass die Kirchen Gebäude zur Abhaltung der religiösen Feiern errichten dürfen. Zwar können die Kirchen das nicht an einem Ort ihrer Wahl machen, aber der Gesetzgeber muss durch die Einrichtung von Zonen für öffentliche Bauten eine Abweichung von der üblichen Bauordnung für Wohn- und Gewerbehäuser vorsehen.
- Das Steuerrecht gestattet allen Steuerpflichtigen den Abzug von freiwilligen Geldleistungen an gemeinnützige juristische Personen<sup>56</sup>, zu welchen z.T. auch die privatrechtlich organisierten und die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen sowie die sie unterstützenden religiösen

<sup>53</sup> Vgl. ANDREAS KLEY, Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis, in: Thomas Geiser/Hans Schmid/Emil Walter-Busch (Hg.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern 1998, S. 435-454, insb. S. 440-444.

<sup>54</sup> FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 244.

<sup>55</sup> So HÄFELIN/HALLER (zit. in Anm. 49), S. 60; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 152.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. i des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990, SR 642.11; Art. 9 Abs. 2 lit. i des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14.12.1990, SR 642.14.

juristischen Personen gehören. Von der Steuerpflicht sind die Kirchengemeinden, juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke und Kultuszwecke verfolgen<sup>57</sup>, gänzlich befreit. Der Staat würdigt damit deren von Art. 15 BV geschützte Tätigkeit.

- In der Schweizer Armee wird der Pflege der religiösen Bedürfnisse über die Anforderungen des Art. 15 Abs. 1 BV hinaus Beachtung geschenkt. Zunächst stellt der Bund - allerdings aus einem gewissen Eigeninteresse heraus - die seelsorgerliche Betreuung vor allem durch evangelisch-reformierte und römisch-katholische Pfarrer sicher. Sodann werden Truppengottesdienste an den kirchlichen Feiertagen durchgeführt und auf Wunsch erhalten im Dienst verstorbene Armeeinghörige eine militärische Bestattung. Die Armeeinghörigen haben schliesslich die Religionen zu achten und namentlich auch die Sonntagsruhe der Bevölkerung zu schützen<sup>58</sup>.
- Das Gemeinwesen anerkennt nicht nur den Sonntag als den religiösen Feiertag der meisten christlichen Religionen, sondern das Arbeitsgesetz gestattet es den Kantonen, höchstens acht Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichzustellen<sup>59</sup>. Damit kann den unterschiedlichen religiösen Traditionen in den einzelnen Kantonen besser Rechnung getragen werden, zumal einige Kantone ursprünglich entweder weitestgehend der evangelisch-reformierten oder aber der römisch-katholischen Konfession folgten.

Diese Beispiele liessen sich vermehren. Die Gesetzgebung enthält punktuell zahlreiche Bestimmungen, welche in einer Detailfrage die Glaubens- und Gewissensfreiheit als ein allgemeines, liberales Prinzip fördern wollen. Walther Burckhardt schrieb zum Umfang dieser Berücksichtigung der Religionsfreiheit in der Gesetzgebung: „Der Staat kann nicht verhalten werden, allen religiösen Anschauungen Rechnung zu tragen; aber er kann sich auch nicht über alle diese Anschauungen hinwegsetzen; er soll ihnen möglichst Rechnung tragen (...)“<sup>60</sup>. Die Durchsetzung der objektiven Grundrechtswirkung ist - wie Burckhardt zu Recht

<sup>57</sup> Vgl. Art. 56 lit. c, g und h des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990, SR 642.11; Art. 23 Abs. 1 lit. c, f und g des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14.12.1990, SR 642.14.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 63-67 des Dienstreglementes der Schweizerischen Armee vom 22.6.1994, SR 510.107.0

<sup>59</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.3.1964, SR 822.11.

<sup>60</sup> BURCKHARDT (zit. in Anm. 5), S. 447.

ausführt - beschränkt. Denn diese Dimension verpflichtet vor allem den Gesetzgeber und kann meist nicht klageweise als Anspruch aus Art. 15 Abs. 1 BV gerichtlich durchgesetzt werden. Weigert sich der Gesetzgeber in einem seiner Erlasse, Bedürfnisse von Religionsgemeinschaften zu berücksichtigen, so haben sie diese politische Tatsache hinzunehmen. Nur in den selteneren Fällen wird damit eine Verletzung des Art. 15 Abs. 1 BV einhergehen, die infolge ihrer Schwere gerichtlich auf dem Wege der Anfechtung des Erlasses oder eines gestützt auf ihn erfolgenden Anwendungsakts angefochten werden kann.

Schliesslich resultiert als Konsequenz des objektiven Grundrechtsverständnisses gemäss Art. 35 Abs. 1 BV die Anordnung der indirekten Drittwirkung der Grundrechte, wie sie durch Abs. 3 derselben Bestimmung vorgesehen ist. Im Bereich der religiösen Freiheit wird die indirekte Drittwirkung in der einfachen Gesetzgebung verschiedentlich aufgenommen, etwa indem Art. 261 StGB die ungestörte Ausübung der Glaubens- und Gewissensfreiheit sichert und Art. 261<sup>bis</sup> StGB die Verbreitung religiös diskriminierender Äusserungen verbietet. Im Arbeitsrecht ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der Inanspruchnahme von Grundrechten aus Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (z.B. Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen<sup>61</sup>) missbräuchlich und wird mit einer Verpflichtung zu einer Entschädigungszahlung von maximal sechs Monatslöhnen geahndet. In einem singular gebliebenen Fall hatte das Bundesgericht ferner entschieden, dass der Ehemann kein Recht habe, „die religiösen Überzeugungen seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzutun“<sup>62</sup>. Art. 35 Abs. 3 BV sorgt also durchaus dafür, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit in machtanfälligen Konstellationen die religiöse Freiheit gegen die Einwirkung anderer, mächtiger Privater absichert. Freilich weist Art. 35 Abs. 3 BV diese Sache lediglich aus, im Vergleich zur alten Bundesverfassung hat damit keine Änderung der Verfassungslage stattgefunden, da die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte allgemein akzeptiert war<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 17.12.1990, SJZ 1991, S. 176 ff.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 4, 435.

<sup>63</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER (zit. in Anm. 5), S. 382-384; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 153.

### 3.5 Anspruch auf schickliche Bestattung

Der Bundesrat<sup>64</sup> und das Bundesgericht<sup>65</sup> weisen den Anspruch auf eine schickliche Bestattung des Art. 53 Abs. 2 aBV dem Gehalt der Menschenwürde aus Art. 7 BV zu. Nach dem Bundesrat konnte dieses „kleine Sozialrecht“ deswegen aus dem Text der geschriebenen Verfassung entfernt werden. Die Menschenwürde, ein allgemeiner Leitgrundsatz jeglichen staatlichen Handelns und insbesondere der Grundrechte, enthält keinen direkt anwendbaren normativen Gehalt. Art. 7 BV ist eine allgemeine Richtlinie und gewissermassen der Vorspruch zu allen Grundrechten der Verfassung<sup>66</sup>. Der Bundesrat machte dies selbst deutlich, indem er der Menschenwürde des Art. 7 BV den Schutz vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zuschrieb<sup>67</sup>. Nun freilich spricht diesen Garantiegehalt Art. 10 Abs. 3 BV mit dem Verbot der Folter und jeder anderer Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung aus, womit eine Identifikation der Menschenwürde mit dem Folterverbot oder irgend einem andern Grundrecht lediglich als unnötige Wiederholung erscheint. Diese wenig überzeugende Argumentation des Bundesrates lässt erkennen, dass die Menschenwürde kein thematisch abgrenzbares Grundrecht ist, sondern als ein allgemeines und abstraktes Prinzip gilt. Nur in Einzelfällen könnte man ihr subsidiär einen normativen Gehalt zusprechen; gewissermassen um einen verfassungsrechtlichen Aufhänger für ein eigentlich „nicht geschriebenes“ Grundrecht zu erhalten<sup>68</sup>. Diese besondere Situation liegt beim Anspruch auf schickliche Bestattung nicht vor. Dieses Recht sollte m.E. grundrechtlich bei der Garantie der persönlichen Freiheit des Art. 10 BV eingereiht werden<sup>69</sup>, da schon die bisherige ungeschriebene persönliche Freiheit diesen Aspekt als über den Tod hinauswirkendes Recht schützte<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> Vgl. Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 141. Siehe auch Reform der Bundesverfassung – Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, 1995, S. 34.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 125 I 306; 123 I 119; 98 Ia 508 E. 8c, S. 523; 45 I 132.

<sup>66</sup> Vgl. oben Abschnitt III.A. über die Menschenwürde.

<sup>67</sup> Vgl. Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 139.

<sup>68</sup> Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER (zit. in Anm. 19), S. 2; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 33.

<sup>69</sup> So auch MISIC (zit. in Anm. 32), S. 77.

<sup>70</sup> Vgl. NICCOLO RASELLI, Schickliche Beerdigung für „Andersgläubige“, AJP 1996, S. 1103 ff. (insb. S. 1105); siehe auch zum Problem der muslimischen Friedhöfe: KÄLIN (zit. in Anm. 22), S. 126 ff.

#### 4 Verhältnis zwischen Staat und Kirche

Die Bundesverfassung erwähnt in Art. 72 Abs. 1 BV eigentlich unnötigerweise die Zuständigkeit der Kantone zur Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat, denn nach Art. 3 und 42 Abs. 1 BV sind dafür – wie schon im bisherigen Recht – ohnehin die Kantone zuständig. Die Bestimmung hat aber insofern einen Sinn, als sie verhindert, dass eine stillschweigende Bundeskompetenz begründet werden kann.

Die meisten Kantone haben die tradierten christlichen Kirchen und vereinzelt die jüdischen Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkannt. Diese Bevorzugung ist bisher von der Rechtsprechung nie in Frage gestellt worden. Im Zuge der Migration und des konfessionellen Wandels in der Gesellschaft stellen sich hinsichtlich der Rechtsgleichheit zunehmend schwierige Fragen<sup>71</sup>.

Art. 72 Abs. 2 BV, welcher Art. 50 Abs. 2 aBV neu formuliert, gestattet Bund und Kantonen Massnahmen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften. Der Bund ist nur insoweit kompetent, als kantonale Massnahmen nicht genügen<sup>72</sup>. Art. 72 Abs. 2 BV ändert im übrigen die bundesstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Staat und Kirche nicht. Diese Bestimmung wiederholt faktisch die Polizeigeneralklausel von Bund (Art. 173 Abs. 1 lit. a-c und Art. 185 BV) und Kantonen für den Sachbereich der religiösen Streitigkeiten. Die Polizeigeneralklausel gestattet es den Exekutivbehörden von Gemeinden, Kantonen und Bund allgemein, im Falle einer schweren und unmittelbaren Gefahr polizeiliche Massnahmen zum Schutze der Polizeigüter zu treffen, sofern eine zeitliche Dringlichkeit vorliegt und keine gesetzliche Regelung des Problems besteht. Die Massnahme muss dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen. Als Polizeigüter gelten Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr<sup>73</sup>. Die von der Exekutive getroffenen Massnahmen bestehen entweder im Erlass von Verboten oder Geboten (Polizeinotverfügung) oder im Erlass einer Polizeinotverordnung. In der Lehre ist die Meinung vertreten worden, Art. 72 Abs. 2 BV erlaube unterhalb der Anforderungsschwelle der Polizeigene-

<sup>71</sup> Siehe dazu KÄLIN (zit. in Anm. 22), S. 97 ff.; CLA RETO FAMOS, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Lichte des Rechtsgleichheitsprinzips, Diss. St. Gallen (=FVRR 6), Freiburg i.Ue. 1999.

<sup>72</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN in Komm. BV, N. 34 zu Art. 50 BV.

<sup>73</sup> BGE 125 I 369 E. 7 (S. 383) betreffend das baselstädtische Anwerbeverbot auf öffentlichem Grund („Scientologen-Gesetz“).

ralklausel entsprechende Massnahmen<sup>74</sup>. Es ist allerdings kaum eine Situation eines interkonfessionellen Konflikts vorstellbar, bei dem die Erfordernisse der Polizeigeneralklausel nicht erfüllt sind<sup>75</sup>, aber dennoch Massnahmen gemäss Art. 72 Abs. 2 BV zulässig erscheinen. Auch im Falle eines schweren religiösen Konflikts ist bei staatlichen Polizeimassnahmen die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 36 BV für die Eingriffe in die Glaubens- und Gewissensfreiheit zu fordern. Liegt eine Situation eines religiösen Konflikts vor, so genügt die allgemeine Polizeigeneralklausel vollkommen, denn sie bringt eine Aufweichung des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage. Würde Art. 72 Abs. 2 BV noch weitere Erleichterungen für staatliche Massnahmen vorsehen, so wären die rechtsstaatlichen Prinzipien des Art. 5 BV sowie die Garantie der Glaubens- und Gewissensfreiheit von Art. 15 BV in unmittelbarer Gefahr. Art. 72 Abs. 2 BV hat m.E. höchstens die Bedeutung, dass das Polizeigut der öffentlichen Ruhe und Sicherheit durch das spezielle Gut des „öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften“ ergänzt wird und deshalb ein spezifisches öffentliches Interesse markiert. Art. 72 Abs. 2 BV ergänzt insofern die allgemeine Polizeigeneralklausel in einem Nebenpunkt. Gleichwohl erhält dieser Absatz gegenüber der Polizeigeneralklausel dadurch keine selbständige Bedeutung; er ist wie Abs. 1 deklaratorisch<sup>76</sup>.

Die Genehmigungspflicht für die Errichtung von Bistümern (Art. 72 Abs. 3 BV) wurde wegen der politischen Brisanz unverändert in die neue Verfassung überführt<sup>77</sup>. Ihre Streichung hätte die Annahme der neuen Verfassung gefährdet<sup>78</sup>. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK) beschloss eine Kommissionsinitiative mit dem Ziel der Streichung des Bistumsartikels, der Nationalrat stimmte ihr in der Sitzung vom 27.9.2000 zu, der Ständerat in der Sitzung vom 28.11.2000. Dieses Vorhaben ist zu begrüssen, da sich die Situation seit 1874 grundlegend geändert hat. Es geht nicht an, dass dem Bistumsartikel ein neuer Sinn zugesprochen

<sup>74</sup> So TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (zit. in Anm. 30); ULRICH HÄFELIN, in: Komm. BV, N. 35 zu Art. 50 aBV m.w.H. in Fn. 98; BURCKHARDT (zit. in Anm. 5), S. 465; FLEINER/GIACOMETTI (zit. in Anm. 54), S. 339.

<sup>75</sup> Eben z.B. die zeitliche Dringlichkeit und die schwere, direkte und unmittelbare Gefahr für Polizeigüter, vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 486.

<sup>76</sup> Vgl. RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 116.

<sup>77</sup> Vgl. das Referat „Der Bistumsartikel und die Verfassungsreform“ von PHILIPPE GARDAZ in diesem Band S. 69.

<sup>78</sup> So etwa Votum Schmid in Amtl. Bull. NR 1998 306 (Separatdruck); Votum BR Koller, Amtl. Bull. SR 1998 86 (Separatdruck); vgl. auch RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 117.

wird, denn im Verfassungsrecht hat die historische Interpretation ein besonderes Gewicht. Mit der Umdeutung des Art. 72 Abs. 3 BV wird versucht, in die innerkirchlichen Spannungen und Differenzen in der katholischen Kirche einzugreifen. Dem Staat steht es nicht zu, in kirchenpolitischen Auseinandersetzungen eine Partei zu unterstützen. Nach dieser zutreffenden Überlegung der Mehrheit des Nationalrates<sup>79</sup> sollte diese Bestimmung ersatzlos gestrichen werden, selbst wenn sie möglicherweise der verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist<sup>80</sup>. Montesquieu hatte sich über die negativen Folgen der Beteiligung des Staates an Religionsstreitigkeiten wie folgt geäußert: "Dadurch wird der Fürst, da er fast immer hineingezogen wird, die Liebe und Achtung eines Teils seiner Untertanen verlieren und Hass und Verachtung eines anderen Teils auf sich ziehen"<sup>81</sup>.

Art. 50 Abs. 3 aBV über die Bildung und Trennung von Religionsgemeinschaften wurde mangels Relevanz gestrichen<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Vgl. Amtl. Bull. NR 2000 S. 1030, vgl. dazu den Bericht der Kommission vom 25.5.2000, BBl 2000, 4038 ff. und die Stellungnahme des Bundesrates vom 13.9.2000, BBl 2000, S. 5581.

<sup>80</sup> Der Bundesrat als Kollegium und auch Bundesrat Koller persönlich vertrat die Ansicht, dass Art. 72 Abs. 3 BV gegen die internationalen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte verstösst und auch Art. 15 BV verletzt; vgl. Amtl. Bull. NR 1998 310 (Separatdruck). Der Bistumsartikel ist im Gegensatz dazu nach TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES (zit. in Anm. 30), verfassungs- und völkerrechtskonformer Auslegung zugänglich. Siehe zum Bistumsartikel grundlegend: CHRISTOPH WINZELER, Strukturen von einer „anderen Welt“, Bistumsverhältnisse im schweizerischen Bundesstaat 1848-1998, ihre historische Entwicklung und ihre Inkulturation, (=FVRR 2) Freiburg i.Ue. 1998; WALTER GUT, Der Staat und die Errichtung von Bistümern. Neuere Erwägungen zu Art. 50 Abs. 4 BV, Freiburg i.Ue. 1997.

<sup>81</sup> MONTESQUIEU, Meine Gedanken, hrsg. und übersetzt von Henning Ritter, München/Wien 2000, S. 121 f., Nr. 690, vgl. auch Nr. 917, S. 154.

<sup>82</sup> Vgl. FRIEDERICH (zit. in Anm. 26), S. 101 m.w.H.

## 5 Religionsrechtliche Bestimmungen im Zivilrecht und Justizwesen

Die alte Bundesverfassung war in der Zeit des Kulturkampfes entstanden und enthielt eine Reihe antikatholischer Laisierungsvorschriften, so etwa das Verbot religiöser oder kirchlicher Vorschriften, welche die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte einschränken (Art. 49 Abs. 4 aBV). Diese Bestimmung entwirft das Bild einer dem Staat gegenüber feindlich und mächtig auftretenden katholischen Kirche. In der Tat rang der Staat der Kirche eine ganze Reihe von öffentlichen Aufgaben ab, so die *Volksschule*, die deshalb allein unter staatlicher Leitung steht (Art. 27 Abs. 1 aBV, Art. 62 Abs. 2 BV). Ferner sind hier das *Zivilstandswesen*, die Verfügung über die *Begräbnisplätze* und das *Ehewesen* zu nennen (Art. 53 und 54 aBV). Diese beiden letzteren Bestimmungen sind ersatzlos gestrichen worden. In diesen Bereichen hat sich die alleinige Herrschaft der staatlichen Behörden so weit realisiert, dass von diesen Vorschriften abgesehen werden konnte. Zwar gilt weiterhin das einfachgesetzliche Primat der Ziviltrauung gemäss Art. 97 Abs. 3 ZGB. Die Bestrafung mit einer Busse bis zu 1000 Franken wegen Verletzung des Verbotes der religiösen Eheschliessung vor der Ziviltrauung ist aber zwischenzeitlich aufgehoben worden<sup>83</sup>. Ferner hat die geistliche Gerichtsbarkeit für das staatliche Recht keine Bedeutung mehr. Mit der „Verstaatlichung des Ehewesens“ haben die kirchlichen Gerichte diese Aufgabe verloren und die Streichung des obsoleten Art. 58 Abs. 2 aBV<sup>84</sup> war nur folgerichtig. Die Aufhebung dieser Vorschriften zeigt die Entkrampfung des Verhältnisses zwischen dem Bund und der katholischen Kirche an. Selbstverständlich sind die Kirchen, namentlich die katholische Kirche mit ihrem eigenen (kanonischen) Recht nicht gehindert, ein rein kircheninternes Justizsystem aufzubauen, das etwa im Falle der katholischen Kirche über die diözesanen Kirchengerichte (Offizialate), das zweitinstanzliche „Interdiözesane Schweizerische Kirchliche Gericht“ in Freiburg

<sup>83</sup> Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft zum neuen Scheidungsrecht noch an einer gesetzlichen Ermächtigung für eine Verbotsnorm festgehalten, vgl. Art. 103 Abs. 2 seines Entwurfs in BBl 1996 I 76, 202. Das Parlament folgte diesem Vorhaben nicht; vgl. Amtl. Bull. NR 1997 2671, Amtl. Bull. SR 1996 755. Die Strafnorm des Art 182 Abs. 2 aZStV musste aus diesem Grund gestrichen werden, vgl. AS 1999 3041. Siehe zu weiteren Änderungen der Bundesgesetzgebung im Bereich des Staatskirchenrechts im Jahr 2000: JAKOB FREY, Staatskirchenrechtliche Bewegungen bei der eidgenössischen Gesetzgebung im Jahr 2000, in: SJKR 5 (2000), (im Druck).

<sup>84</sup> Botschaft (zit. in Anm. 2), S. 183.

und/oder schliesslich über die letztinstanzliche Rota Romana in Rom läuft<sup>85</sup>. Für die Stellung des Menschen im staatlichen Recht haben diese Verfahren keinerlei Bedeutung und sind insofern unproblematisch. Allerdings ist die faktische Wirkung dieser Gerichtsbarkeit je nach Glaubensstatus nicht zu unterschätzen, weshalb dieser Bereich dem Staat nicht gleichgültig sein darf. Allfällige Massnahmen dagegen wären gemäss den Artikeln 3, 42 Abs. 1 und 72 Abs. 1 BV primär von den Kantonen zu treffen.

## 6 Bewertung

Das geltende Religionsrecht hat in der neuen Bundesverfassung von 1999 zweifellos ein einigermaßen dichtes und wohlgeformtes „Gefäss“ gefunden. Die wesentlichen Regelungsgehalte sind in zwei Artikeln, nämlich Art. 15 und Art. 72, konzentriert worden<sup>86</sup>. Zum einen gewährleistet der Bund mit Art. 15 die individuelle Glaubens- und Gewissensfreiheit und zum andern sichert er mit Art. 72 den religiösen Frieden. Bis auf den Bistumsartikel sind die Kulturkampfbestimmungen von 1874 gefallen; die „Spuren einer überholten Zeit“<sup>87</sup> sind mit Recht beseitigt worden. Den Kern des Religionsrechts bildet die neue und gebündelte Fassung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 15 mit dem allgemeinen Verwirklichungsartikel 35 und dem Schrankenartikel 36; Art. 72 ist bis auf die Bestimmung über die Bistümer in Abs. 3 rein deklaratorisch.

Freilich wohnt dem Text der Bundesverfassung von 1999 auch die Möglichkeit inne, dass er anders und neu verstanden wird. Zwar war beim Erlass der neuen Verfassung von Bundesrat und Bundesversammlung die politische Absicht erklärt worden, inhaltlich wenig oder jedenfalls nichts Wesentliches ändern zu wollen. In diesem Sinne hatte das Bundesgericht in einem Urteil vom 13. Juni 2000 zu Art. 15 BV entschieden, dass auch die neue Verfassung die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen gestatte<sup>88</sup>. Ein gewisses Potential besitzt das Diskriminierungsverbot in bezug auf religiöse, weltanschauliche und nach dem Krite-

<sup>85</sup> Vgl. cc. 1419 ff., 1438 ff., 1442 ff. CIC.

<sup>86</sup> Gl. A. FRIEDERICH (zit. in Anm. 26), S. 103; RHINOW (zit. in Anm. 18), S. 116.

<sup>87</sup> JOSEF BRUHIN, Die beiden Vatikanischen Konzile und das Staatskirchenrecht der schweizerischen Bundesverfassungen. Theologische Überlegungen zum Verhältnis von Kirche und Staat, Freiburg i.Ue. 1975, S. 25.

<sup>88</sup> Vgl. Abschnitt III.b.4.

rium des Geschlechts erfolgende Differenzierungen bzw. Diskriminierungen. Dieses Verbot ist nämlich auch in Abkommen zum Schutz der Menschenrechte und in ausländischen Verfassungstexten enthalten. Hier könnte die internationale und ausländische Rechtsprechung der Schweiz neue Impulse liefern, welche sogar in das Selbstverständnis der Kirchen eingreifen. Dabei ist etwa an die Weihe von Priesterinnen und den Zölibat in der katholischen Kirche oder an die kirchliche Ehe von gleichgeschlechtlichen Paaren zu denken. Ich bin der festen Überzeugung, dass in diesen Fragen der Staat nicht über eine ausufernde Grundrechtssprechung wesentliche Punkte kirchlichen Selbstverständnisses bestimmen darf. Es ist die Aufgabe der Kirchen, in ihrem eigenen Bereich Lösungen zu diskutieren, vorzuschlagen und dann eine Entscheidung zu treffen. Ein „Grundrechts-Josephinismus“ würde sich als Bumerang erweisen, denn das Diktat der Freiheit führt keine Freiheit herbei. Es ist von grösster Bedeutung, dass der Bund im Hinblick auf die Verwirklichung der Grundrechte in den Kirchen eine mittlere und nicht eine extreme Linie verfolgt.

Art. 72 Abs. 1 und 2 BV über das Verhältnis Kirche - Staat ist eine relativ nichtssagende, bloss deklaratorische Bestimmung, die dem Staat keine Möglichkeiten zur Religionspolitik eröffnet, sondern eine an sich überflüssige Spezial-Polizeigeneralklausel für das Gebiet der Religion<sup>89</sup>. Soll hingegen Art. 72 Abs. 3 BV über die Genehmigungspflicht bei der Bistumserrichtung eine dynamische Politik gegen die Kirchen und innerkirchliche Strömungen ermöglichen, so besteht die erhebliche Gefahr einer Verletzung der korporativen und individuellen Glaubens- und Gewissensfreiheit. Der Staat sollte sich hier lediglich als Hüter der Polizeigüter verstehen. Eine in den „Innenraum“ der Kirchen eingreifende Religionspolitik ist grundsätzlich abzulehnen. Es ist zu hoffen, dass die vom National- und Ständerat beschlossene Streichung des Abs. 3 auch von Volk und Ständen getragen wird.

<sup>89</sup> Vgl. Abschnitt 5.