

# Staatliches Religionsrecht (Religionsverfassungsrecht) der Schweiz

Ein Überblick über die wichtigsten  
Grundzüge

Christoph Winzeler

**IR****PAPER****10**

# Staatliches Religionsrecht (Religionsverfassungsrecht) der Schweiz\*

## Ein Überblick über die wichtigsten Grundzüge

Christoph Winzeler\*\*

### Inhaltsverzeichnis

1	Religionsfreiheit in der Schweiz	2	2	«Kirche und Staat» in den Kantonen	14
1.1	Die Religionsfreiheit gemäss Art. 15 der Bundesverfassung	4	2.1	Zuständigkeit der Kantone für das Religionsverfassungsrecht gemäss Art. 72 Abs. 1–2 der Bundesverfassung	14
1.1.1	Historische Vorbemerkungen	4	2.1.1	Historische Vorbemerkung	14
1.1.2	Die Religionsfreiheit als Individualrecht	4	2.1.2	Beschränkung auf Beispiele	15
1.1.2.1	Positive Religionsfreiheit	5	2.2	Öffentlich-rechtliche Anerkennung – Dualismus in der katholischen Schweiz	15
1.1.2.2	Negative Religionsfreiheit	6	2.2.1	Die kantonale Ebene	16
1.1.2.3	Weltanschauliche Neutralität des Staats	7	2.2.2	Die Ebene der Gemeinden	18
1.1.3	Korporativer Teilgehalt: Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften	8	2.2.3	Anwendung auf weitere Religionen?	18
1.1.3.1	Ansätze schon in der Kultusfreiheit gemäss Art. 50 der Bundesverfassung von 1874	8	2.2.4	Kündbarkeit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung?	19
1.1.3.2	Befreiung privatrechtlich verfasster Religionsgemeinschaften von der Kirchensteuer juristischer Personen	8	2.3	«Kleine» oder «öffentliche» Anerkennung von Religionsgemeinschaften privaten Rechts	19
1.1.3.3	Umfassend verstandenes Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften?	9	2.3.1	Voraussetzungen	20
1.1.3.4	Gemeinde- und Körperschaftsautonomie bei öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften	9	2.3.2	Verfahren	21
1.1.3.5	Die Hangartnersche Formel für öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften	9	2.3.3	Wirkungen	21
1.1.4	Schutzbereich und Schranken, Kerngehalt	10	2.4	Vertragliche Regelungen	21
1.1.4.1	Schutzbereich und Schranken	10	2.5	Anspruch auf Anerkennung?	23
1.1.4.2	Kerngehalt	11	3	Die subsidiäre Verfügbarkeit des Privatrechts	23
1.2	Die Religionsfreiheit nach EMRK und UNO-Pakt II	12	Literatur		25
1.2.1	Art. 9 EMRK	12			
1.2.2	Art. 18 UNO-Pakt II	13			

\* Ursprünglich veröffentlicht in: *Michael Klöcker/Udo Tworuschka* (Hg.), *Handbuch der Religionen*, Ergänzungslieferung 70, Westarp Science, Hohenwarsleben 2021, unter Benützung früherer Arbeiten des Verfassers, worunter insb. «Religion im demokratischen Staat, Beiträge zum Religionsverfassungsrecht und zur Religionsfreiheit», Zürich/Basel/Genf 2012 (abgekürzt «RdS»), «Das Verhältnis von Religionen und Staat in rechtlicher Sicht» (2008), in: RdS, S. 7–36, «Die Religionsfreiheit als individuelles und korporatives Grundrecht» (2011), in: RdS, S. 93–114; soweit nötig in den Fussnoten und im Literaturverzeichnis à jour gebracht.

Abdruck mit freundlicher Zustimmung des Verlags Westarp Science, wofür diesem herzlich gedankt sei.

\*\* Dr. iur. utr., LL. M., Advokat, em. Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü. (bis 2021).

### Zusammenfassung

Dieser Beitrag erläutert wichtige Elemente des schweizerischen Religionsverfassungsrechts, insbesondere das Grundrecht der Religionsfreiheit der Bundesverfassung und die in einer Mehrheit von Kantonen entwickelten Grundzüge für das Verhältnis des Staats zu den Religionen. Nicht behandelt werden die von diesen Grundzügen abweichenden Regelungen der Trennungskantone Genf und Neuenburg (zu diesen immerhin Anm. 74).

Das staatliche Religionsrecht – heute meist Religionsverfassungsrecht genannt – ist der vom Staat gesetzte Rahmen für Sein und Wirken der Religionen. Was sich innerhalb dieses Rahmens abspielt, liegt weitgehend im Ermessen der Religionsgemeinschaften und ihrer Mitglieder. Verfassungsrechtlich ist das Thema unter zwei Gesichtspunkten darzustellen.

Einerseits steckt die Religionsfreiheit als staats- und völkerrechtlich garantiertes Grundrecht den erwähnten Rahmen ab. Sie steht allen Menschen und jeder Religion innerhalb gewisser Schranken zu. Darüber hinaus können auch die Religionsgemeinschaften selbst (als juristische Personen) das Grundrecht in Anspruch nehmen. Grundsätzlich gilt dies für privat- wie öffentlich-rechtlich geordnete Religionsgemeinschaften, wobei im zweitgenannten Fall die Grenzen z.T. umstritten sind.

Andererseits bedarf das institutionelle Verhältnis des Staats zu den Religionen und Religionsgemeinschaften einer Regelung durch Verfassung oder Gesetz. Hierfür zuständig sind die schweizerischen Kantone (Gliedstaaten). Sie unterscheiden zwischen «öffentlich-rechtlich anerkannten» Religionsgemeinschaften, wozu die evangelisch-reformierten Landeskirchen, die römisch-katholische Kirche, einige jüdische Gemeinschaften und vereinzelt die christkatholische (altkatholische) Kirche gehören, einerseits und den übrigen Religionsgemeinschaften andererseits. Letztere sind für ihren Rechtsverkehr dem Privatrecht unterworfen und können in wenigen Kantonen «öffentlich anerkannt», d.h. mit besonderen Rechten ausgestattet werden (bspw. Zugang zu den Personendaten der Einwohnermeldeämter und zur Spitalseelsorge in den staatlichen Krankenhäusern).

Mit der Anerkennung weiterer Religionen, insbesondere des Islam, befindet sich die Schweiz noch am Beginn. Sie ist in den Kantonen politisch umstritten.

## Résumé

Cette contribution explique des éléments importants du droit constitutionnel suisse en matière de religion, en particulier le droit fondamental de la liberté de religion de la Constitution fédérale et les grandes lignes développées dans une majorité de cantons pour les relations entre l'Etat et les religions. Les réglementations des cantons de Genève et de Neuchâtel, qui s'écartent de ces principes fondamentaux, ne sont pas traitées (à propos de ces cantons, voir tout de même la note 74).

Le droit public des religions – ou droit constitutionnel des religions – est le cadre fixé par l'Etat pour l'existence et l'activité des religions. Ce qui se passe dans ce cadre est largement laissé à l'appréciation des communautés religieuses et de leurs membres. Du point de vue du droit constitutionnel, le sujet doit être présenté sous deux aspects.

D'une part, la liberté de religion, en tant que droit fondamental garanti par l'Etat et le droit international, délimite le cadre mentionné. Elle revient à tous les hommes et à chaque religion dans certaines limites. D'autre part, les communautés religieuses elles-mêmes (en tant que personnes morales) peuvent faire valoir ce droit fondamental. En principe, cela s'applique aux communautés religieuses de droit privé et de droit public, bien que dans le second cas, les limites soient en partie contestées.

D'autre part, la relation institutionnelle de l'Etat avec les religions et les communautés religieuses nécessite une réglementation par la constitution ou la loi. Les cantons suisses (Etats membres) sont compétents en la matière. Ils font une distinction entre les communautés religieuses «reconnues de droit public», dont font partie les Eglises nationales réformées évangéliques, l'Eglise catholique romaine, certaines communautés juives et, dans quelques cas, l'Eglise catholique chrétienne (vieille-catholique), d'une part, et les autres communautés religieuses, d'autre part. Ces dernières sont soumises au droit privé pour leurs relations juridiques et peuvent être «reconnues publiquement» dans quelques cantons, c'est-à-dire dotées de droits particuliers (p.ex. accès aux données personnelles des offices de l'état civil et à l'aumônerie dans les hôpitaux publics).

La Suisse n'en est qu'au début de la reconnaissance d'autres religions, en particulier de l'islam. Elle est politiquement controversée dans les cantons.

## Summary

This article explains important elements of Swiss constitutional law on religion, in particular the fundamental right of freedom of religion in the Federal Constitution and the basic principles developed in a majority of cantons for the relationship between the state and the religions. It does not deal with the regulations of the separation cantons of Geneva and Neuchâtel, which deviate from these basic principles (on these, however, see note 74).

Constitutional law on religion means a state's legal framework for the incorporation and activity of religions. What religious communities and their members do within this framework is left largely to their liberty. In terms of constitutional law, the topic may be summarized under two aspects.

One aspect is the right to freedom of religion as guaranteed by the state's constitution as well as international law. Every human being and every religion is entitled to such freedom, within certain limits of course. In principle, this also applies to religious communities as legal entities, irrespective of whether they are incorporated under private or under public law. In the latter case, the limits of corporate freedom are controversial to some extent.

The other aspect concerns the state's institutional relationship with religions and their communities. Its regulation – by constitutional amendment or by legislation – falls within the competence of the Cantons as member states of the Swiss Confederation. They apply a distinction between religious communities incorporated under public law («öffentlich-rechtlich anerkannt»), i.e., the evangelical reformed churches, the roman catholic church, some jewish communities and, in some Cantons, the old catholic church on one side, and the other religious communities, incorporated under private law. In a few Cantons, the latter may be granted particular rights such as access to the public administration's resident registration data or the possibility to offer pastoral care to their members in public hospitals.

Government recognition of other religions, such as particularly Islam, is yet in its beginnings, and politically controversial in the Cantons.

# 1 Religionsfreiheit in der Schweiz

## 1.1 Die Religionsfreiheit gemäss Art. 15 der Bundesverfassung

### 1.1.1 Historische Vorbemerkungen

Erstmalig für die Schweiz, wenn auch nur vorübergehend, fand die Religionsfreiheit Anerkennung in Art. 6 der Verfassung der Helvetischen Republik von 1798<sup>1</sup>, und zwar als Teil der individuellen Gewissensfreiheit («uneingeschränkt», doch unter einem Polizeivorbehalt zur Gewährleistung des inneren Friedens und der öffentlichen Ruhe).

Während des 19. Jahrhunderts, als sich die Schweiz vom Staatenbund zum Bundesstaat wandelte und wenig später den Kulturkampf erlebte, galt in ihr die Religionsfreiheit auf doppelt eingeschränkte Weise:

- Zwar gehört sie zu den ältesten Menschenrechten überhaupt, war jedoch im jungen Schweizer Bundesstaat zunächst noch unterentwickelt. Art. 44 der ersten Bundesverfassung von 1848 schützte nur die Kultusfreiheit der «anerkannten christlichen Konfessionen»<sup>2</sup>. Ein Ausbau zur umfassenden Religionsfreiheit sollte, wenn auch mit Ausnahmen, erst 1874 folgen (Art. 49–52 aBV)<sup>3</sup>.
- Um die Mitte des 19. Jahrhunderts war zudem die Religionsfreiheit in der Schweiz weniger Individualrecht als vielmehr staatspolitische Vorkehrung zur Sicherung des religiösen Friedens<sup>4</sup>. Sie diente der Konsolidierung des noch jungen Staatswesens und blieb zunächst auf jene zwei grossen Konfessionen eingeschränkt, die sich zuvor während Jahrhunderten politisch be-

kämpft hatten. Im 19. Jahrhundert und insbesondere durch den Kulturkampf blieb sie mit antikatolischen Ausnahmen durchgesetzt (Jesuitenverbot [Art. 51 aBV], Klostergründungsverbot [Art. 52 aBV])<sup>5</sup>.

### 1.1.2 Die Religionsfreiheit als Individualrecht

Art. 15 BV übernimmt für die Religionsfreiheit aus der alten Verfassung von 1874 den Begriff der «Glaubens- und Gewissensfreiheit». Er hebt dadurch die ersten und ursprünglichen Schutzgüter der Religionsfreiheit hervor, welche – so früher das Bundesgericht – als Menschenrecht «nur physischen Personen zustehen könne» (BGE 97 I 116 Erw. 3.a). Freilich war es schon im Präjudiz von 1878, das dem Bundesgericht als Anknüpfungspunkt für seine Praxis diente (BGE 4 533 Erw. 2–4), nicht um die Begründung und Entfaltung der Religionsfreiheit gegangen, sondern um ihre Einschränkung: Mit dem Argument, juristische Personen könnten sich auf sie nicht berufen, wurde deren kirchliche Besteuerung geschützt<sup>6</sup> (die sog. Kirchensteuer juristischer Personen, die es in der Schweiz bis heute gibt<sup>7</sup>).

Der menschenrechtliche Akzent, wie ihn Art. 15 BV zum Ausdruck bringt, steht für die Praxis im Vordergrund. Dabei schützt die Religionsfreiheit unterschiedlichste Glaubensvollzüge, deren Legitimität sich nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Religion beurteilen muss (s. nachstehend 1.1.4.1), kann doch der weltanschaulich neutrale Staat

«Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit – insbesondere nicht auf ihre Übereinstimmung mit den heiligen Schriften – überprüfen [...]. Ebenso ist es ihm verwehrt, die Bedeutung einer religiösen

<sup>1</sup> Alfred Kölz, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 127. Dazu: Christoph Winzeler, «Im Namen Gottes des Allmächtigen!» Das Religionsverfassungsrecht der Schweiz – eine historisch gewachsene Ausgleichs- und Friedensordnung, in: ZRG KA 102 (2016), S. 429.

<sup>2</sup> Kölz, Quellenbuch, Bd. 1 (Anm. 1), S. 463.

<sup>3</sup> Alfred Kölz, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bd. 2: Von 1848 bis in die Gegenwart, Bern 1996, S. 166–168.

<sup>4</sup> Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 310–315; Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis

1848, Bern 1992, S. 586–587; Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Aufl., Bern 1982, S. 4–6.

<sup>5</sup> Wobei das Jesuitenverbot als Art. 58 schon in der ersten Bundesverfassung von 1848 enthalten war: Kölz, Quellenbuch, Bd. 1 (Anm. 1), S. 465. Dazu: Winzeler, Im Namen Gottes (Anm. 1), S. 32–35 m.w.H.

<sup>6</sup> Vgl. aus dieser über 100 Jahre alten Rechtsprechung: BGE 126 I 130; Urteil 2C\_71/2010 vom 22. September 2010, in: SJKR 15 (2010), S. 98–104.

<sup>7</sup> Süess/Tappenbeck/Pahud de Mortanges, S. 5–42, 47–77; Winzeler, Einführung, S. 153–157 m.w.H.

Vorschrift und damit ihr Gewicht bei der Interessenabwägung selber festzustellen. In diesem Punkt haben die staatlichen Organe vielmehr von der Beurteilung auszugehen, welche die religiöse Norm für die Beschwerdeführer hat» (BGE 135 I 79 Erw. 4.4).

Die Religionsfreiheit steht allen Religionen zur Verfügung, und was eine Religion sei, liegt im Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft (s. nachstehend 1.1.4.1). Das gilt nicht nur für Religionen mit einer alten Tradition wie das Judentum, das Christentum oder den Islam; es gilt z.B. auch für die Scientology Kirche (BGE 125 I 369 Erw. 1.b, wobei das Bundesgericht deren Qualifikation als Religionsgemeinschaft nach einem rechtsvergleichenden Ausblick offen bzw. ihrem Selbstverständnis anheimgestellt lässt)<sup>8</sup>.

Der Schutz von Art. 15 BV bedeutet entweder ‚positiv‘, etwas tun zu dürfen (s. nachstehend 1.1.2.1), oder ‚negativ‘, davon verschont zu bleiben (s. nachstehend 1.1.2.2). Hinzu kommt der Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität des Staats: eine selbständig einklagbare Ableitung aus der Religionsfreiheit (s. nachstehend 1.1.2.3). Adressaten der Religionsfreiheit sind regelmässig der Staat, seine Körperschaften und seine Anstalten, nur ausnahmsweise Private<sup>9</sup>. Die nachstehend erwähnten Bundesgerichtsentscheide dienen als Beispiele; eine vollständige Wiedergabe der Rechtsprechung sprengte den vorliegenden Rahmen.

### 1.1.2.1 Positive Religionsfreiheit<sup>10</sup>

- Unter dem Schutz der Verfassung stehen als positive Religionsbetätigungen zunächst Annahme, Bewahrung, Änderung und Aufgabe eines persönlichen Glaubens im Forum internum (BGE 101 Ia 392 Erw. 3.b), wobei auch Atheismus den Schutz der Religionsfreiheit genießt (BGE 116 Ia 252 Erw. 6.a). Unter «Glaube» ist jeweils mehr als nur die Meinung zu einer bestimmten Angelegenheit oder Frage, nämlich eine umfassende Sicht von Welt und Sinn des Lebens, eine Weltanschauung i.w.S. gemeint (vgl. die Definition des Bundesgerichts in BGE 119 IV 260 Erw. 3.b.aa). Änderung und Aufgabe eines religiösen Glaubens stehen unter dem Schutz der Verfassung, auch wenn die betroffene

Religion oder ein anderer Staat sie nicht erlaubt<sup>11</sup>. Dieser Grundsatz gehört zum Kerngehalt der Religionsfreiheit (s. nachstehend 1.1.4.2).

- Ausdrücklich erwähnt Art. 15 BV das Recht, «religiösem Unterricht zu folgen» (Abs. 3) bzw. ihm fernzubleiben (Abs. 4). Damit ist der konfessionelle Unterricht als Hinführung zu einem bestimmten Glauben gemeint. Das in Abs. 4 verankerte Abmelderecht (s. nachstehend 1.1.2.2) gilt nur ihm, nicht einem neutralen Religionskundeunterricht.
- Alsdann sind Bekundungen des so verstandenen Glaubens im Forum externum geschützt: Predigt und Werbung, entsprechende Kleidung (wie z.B. eine Kopfbedeckung, BGE 119 IV 260 Erw. 3.b.bb, 123 I 296 Erw. 2.b.aa, 142 I 49 Erw. 5–9.4.2), das Tragen von Zeichen (wie z.B. des Kreuzes) oder die Einhaltung von Speisevorschriften, überhaupt die Gestaltung des menschlichen Lebens in seinen Abläufen, Beziehungen und Wertungen. Eine muslimische Schülerin darf im Rahmen des obligatorischen Unterrichts einen Schleier tragen und dadurch ihren Glauben zum Ausdruck bringen (BGE 142 I 49); die Einschränkung ihrer Religionsfreiheit durch ein Schleierverbot ist mit der Religionsfreiheit nicht vereinbar (im Gegensatz zur weitergehend einschränkbarer Freiheit der Lehrerin, BGE 123 I 296, s. nachstehend 1.1.2.2). Das für einen Sikh aus religiösem Grund bestehende Verbot, sein Haupt zu entblößen, war für das Bundesgericht jedoch kein Grund, ihn von der Helmtragepflicht beim Motorradfahren zu befreien, trotz der Inkonvenienz, im öffentlichen Raum den Turban mit dem Helm zu vertauschen oder mit dem Helm als Fussgänger unterwegs zu sein (BGE 119 IV 260 Erw. 3.b.bb).
- Der Schutz der Religionsfreiheit deckt regelmässig auch die Wahrnehmung religiöser Feiertage, soweit sie nicht im staatlichen Kalender bereits vorgesehen sind. Hierfür pflegt die Praxis in langer, unbestrittener Tradition Schülerinnen und Schülern der verschiedenen Religionen einen Dispens vom obligatorischen Unterricht zu gewähren (Beispiele: BGE 114 Ia 129, 117 Ia 311).

<sup>8</sup> Im Ergebnis gleich: Müller/Schefer, S. 256.

<sup>9</sup> Winzeler, Einführung, S. 30–31 m.w.H.

<sup>10</sup> Winzeler, Einführung, S. 24–29 m.w.H.

<sup>11</sup> Winzeler, Religionsfreiheit und Religionswechsel, S. 167–170 m.w.H.

- Der Schutz der Verfassung gilt Angehörigen aller Religionen, nicht nur Christinnen und Christen. So haben z.B. muslimische Strafgefangene das Recht, ihr Freitagsgebet abzuhalten (BGE 113 Ia 304 Erw. 3–5)<sup>12</sup>. Eine «sachgerechte Anstaltsordnung [...] muss Mittel und Wege finden, um die Ausübung des Glaubenslebens möglichst gut zu gewährleisten, ohne den Strafvollzug übermässig zu belasten» (BGE 113 Ia 304 Erw. 3). Dazu gehört, «möglichst vielen Häftlingen den Besuch gemeinsamer Gottesdienste zu ermöglichen» (BGE 113 Ia 304 Erw. 4.d).
- Art. 15 BV nennt auch das Bekennen des Glaubens «in Gemeinschaft mit anderen» (Abs. 2, bspw. die Teilnahme an gottesdienstlichen Liturgien oder Prozessionen, die Entgegennahme von Sakramenten) und die Mitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft in «einer Religionsgemeinschaft» (Abs. 3–4). Dadurch schützt er die kollektive Inanspruchnahme der individuellen Freiheit. Von da ist es nicht mehr weit zur Frage, ob der Religionsfreiheit ein korporativer Teilgehalt innewohnt und sich die Religionsgemeinschaft nicht nur als Vertreterin ihrer Mitglieder, sondern aus eigenem Recht auf sie berufen kann (s. nachstehend 1.1.3).

### 1.1.2.2 Negative Religionsfreiheit<sup>13</sup>

- Als negative Religionsfreiheit gilt das Recht, von religiösem Zwang durch den Staat verschont zu bleiben. Die Zeiten der Glaubenseinheit («cuius regio, eius religio», *Ius reformandi* der staatlichen Obrigkeit) sind durch die Gewährleistung der Religionsfreiheit überwunden. So darf der moderne Rechtsstaat von den Rechtsunterworfenen insbesondere kein religiöses Bekenntnis erwarten.
- Art. 15 Abs. 4 BV gewährleistet Schülerinnen und Schülern bzw. bis zum vollendeten 16. Lebensjahr ihren erziehungsberechtigten Eltern (Art. 303 Abs. 3 ZGB) das Recht der jederzeitigen Abmeldung vom Religionsunterricht. Dabei

handelt es sich um den konfessionellen, z.B. evangelisch-reformierten, römisch-katholischen oder ökumenischen Unterricht, verstanden als Unterweisung in der jeweiligen Konfession. Dieser muss freiwillig bleiben, weil der Staat auch den Schulkindern keinen religiösen Zwang antun darf. Vom konfessionellen Unterricht ist der Religionskundeunterricht zu unterscheiden, der objektiv und in gleicher Distanz die verschiedenen Religionen erklärt. Ein solcher Unterricht, verstanden als Mittel zur Integration der Menschen in den multikulturellen Staat, darf obligatorisch sein. Andernfalls verfehlt er seinen Zweck.

- Sodann dürfen Schülerinnen und Schüler der obligatorischen Volksschule<sup>14</sup> verlangen, dass ein im Klassenzimmer angebrachtes Kruzifix entfernt wird (BGE 116 Ia 252)<sup>15</sup>. Dieser 1990 ergangene Bundesgerichtsentscheid stimmt im Tenor mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 93, 1)<sup>16</sup> überein und wurde in der Schweiz ebenso kontrovers aufgenommen<sup>17</sup>. Er ist aber seither nicht mehr ins Wanken geraten, auch nicht durch den Lautsi-Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von 2011 (Beschwerde-Nr. 30814/06), der Italien im Rahmen seiner «Margin of Appreciation» den Spielraum gewährte, anders zu entscheiden. Nicht betroffen vom Kruzifixverbot sind m.E. die Hörsäle der Universitäten, denn das Studium ist freiwillig und den Studierenden als Erwachsenen zumutbar, mit der Präsenz eines ihnen fremden Glaubenssymbols umzugehen (jedenfalls wenn es sich um kleine, schlichte Kruzifixe wie in einigen Hörsälen der Universität Freiburg i.Ü. handelt, die in einer katholischen Tradition steht).
- Analog durfte der Kanton Genf einer muslimischen Volksschullehrerin untersagen, im Schleier zu unterrichten (BGE 123 I 296)<sup>18</sup>; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den Entscheid des Bundesgerichts bestätigt (Beschwerde-Nr. 42393/98, *Dahlab v. Schweiz*).

<sup>12</sup> Winzeler, Einführung, S. 28–29 m.w.H.

<sup>13</sup> Winzeler, Einführung, S. 30–34 m.w.H.

<sup>14</sup> Bis zur Vollendung ihres 16. Lebensjahrs die Inhaber der elterlichen Gewalt, Art. 303 Abs. 3 ZGB.

<sup>15</sup> Winzeler, Ordnung oder Freiheit, S. 146–147 m.w.H.

<sup>16</sup> Zur Situation und Diskussion in Deutschland, statt vieler: *Martin Heckel*, Das Kreuz im öffentlichen Raum, Zum «Kruzifix-Beschluss» des Bundesverfassungsgerichts, in:

ders., *Gesammelte Schriften, Staat Kirche Recht Geschichte*, Bd. 4, Tübingen 1997, S. 1069–1136 m.w.H.

<sup>17</sup> Kritik am Entscheid: *Walter Gut*, Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen, Eine Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheiden über Kreuze und Kruzifixe in kommunalen Schulzimmern, Zürich 1997.

<sup>18</sup> Winzeler, Ordnung oder Freiheit, S. 148–151 m.w.H.

Weil die Lehrerin im Unterricht die Staatsgewalt vertritt, ist ihre Freiheit im Vergleich zu jener der Schülerin (s. vorstehend 1.1.2.1) stärker eingeschränkbar. Voraussetzung des Genfer Entscheids war, dass für diese Massnahme eine gesetzliche Grundlage bestand («Les fonctionnaires [de l'instruction publique] doivent être laïques; il ne peut être dérogé à cette disposition que pour le corps enseignant universitaire»<sup>19</sup>). Somit lässt sich BGE 123 I 296 nicht ohne Weiteres auf Kantone mit einer weniger laizistischen Schulgesetzgebung übertragen. Bemerkenswerterweise haben sich in diesem Fall keine Schülerinnen, Schüler oder Eltern über die Lehrerin und eine durch sie bewirkte Verletzung ihrer Religionsfreiheit beklagt; die Schulbehörde ist von Amtes wegen eingeschritten und hat ihr das Tragen des Schleiers im Unterricht verboten. Damit ist das Urteil weniger typisch für eine Verletzung der negativen Religionsfreiheit als der weltanschaulichen Neutralität des Staats (s. nachstehend 1.1.2.3).

- Zu erwähnen sind schliesslich zwei Bundesgerichtsentscheide zum Schwimmunterricht in der obligatorischen Volksschule<sup>20</sup>. Der erste Entscheid von 1997 gewährte einer muslimischen Schülerin bzw. ihrem erziehungsberechtigten Vater das Recht auf Dispensierung vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht (und kann so als Beispiel für die negative Religionsfreiheit gesehen werden). Das Bundesgericht versagte eine Überprüfung der durch die Schülerin hierfür geltend gemachten Glaubenslehre (BGE 119 Ia 178 Erw. 4.c) und kam zum

Schluss: «Die Berücksichtigung von Religionsvorschriften einzelner Schüler – sei es von Angehörigen der traditionell in der Schweiz verwurzelten Glaubensbekenntnisse, sei es von anderen – findet [...] dort ihre Schranke, wo ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr aufrechterhalten werden kann [...]. Es kommt letztlich darauf an, ob konkret zu befürchten ist, dass durch die nachgesuchte Dispensation ein geordneter und effizienter Schulbetrieb und damit der Ausbildungsauftrag der Schule in Frage gestellt wird» (BGE 119 Ia 178 Erw. 7.e). Im Jahr 2008 änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und entschied nunmehr gegenständig (BGE 135 I 79). Zwar enthielt es sich auch hier eines Urteils über die geltend gemachte Glaubenslehre (BGE 135 I 79 Erw. 4.4), gewichtete aber das öffentliche Interesse an der Grundrechtseinschränkung höher (BGE 135 I Erw. 7.1–7.2: Chancengleichheit aller Schülerinnen und Schüler, Integration der verschiedenen Bevölkerungsgruppen).

### 1.1.2.3 Weltanschauliche Neutralität des Staats

Den Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität regelt den Auftritt des Staats im öffentlichen Raum und besonders im Schulwesen<sup>21</sup>. Er wurzelt in der objektiven oder programmatischen Schicht der Religionsfreiheit (Art. 15 BV). Das Bundesgericht hat ihn zu einem selbständig einklagbaren Teilgehalt der Religionsfreiheit als Individualrecht erklärt (BGE 123 I 296 m.w.H.)<sup>22</sup>. Aus seiner Herleitung ergibt sich die Akzessorietät des Grundsatzes zur Religionsfreiheit und ggf. weiteren Grundrechten<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Art. 120 Abs. 2 der Loi sur l'instruction publique.

<sup>20</sup> *Winzeler*, Ordnung oder Freiheit, S. 152–154 und 157–161 m.w.H.

<sup>21</sup> Dazu, statt vieler: *Engi*, S. 172–175, 189–210 und passim (Standardwerk); *Horst Dreier*, Staat ohne Gott, Religion in der säkularen Moderne, München 2018, S. 95–139; *Karlen*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, S. 113–117, 148–152 und 188–192; *Kiener/Kälin/Wytenbach*, S. 332–336; *Müller/Schefer*, S. 269–280; *Herbert Plotke*, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 191–205; *Klaus Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972; *Christian R. Tappenbeck/René Pahud de Mortanges*, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), Religiöse Neutralität, Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 105–136; *Winzeler*,

Die weltanschauliche Neutralität des Staates; *ders.* Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht.

Kritisch dazu: *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Religionsverfassungsrecht, Eine systematische Darstellung, 5. Aufl., München 2022, S. 101–104; *Christian Hillgruber*, Staat und Religion, Paderborn/München/Wien/Zürich 2007, S. 47–65; *Markus Müller*, S. 77–90 und 150–158 (Vorschlag eines Paradigmatauschs, Neutralität gegen Toleranz).

<sup>22</sup> Dazu und zum Folgenden: BBl 1997 I, S. 156; *Engi*, S. 153–157; *Winzeler*, Die weltanschauliche Neutralität des Staates, S. 120–129 m.w.H.; *ders.* Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht, S. 108–113 m.w.H.

<sup>23</sup> *Engi*, S. 168–187.

Das Wesentliche des Neutralitätsgrundsatzes lässt sich im Identifikationsverbot zusammenfassen: dem Verzicht des Staats darauf, sich einseitig mit einem bestimmten Glauben zu identifizieren<sup>24</sup>.

Die praktische Bedeutung des Neutralitätsgrundsatzes hält sich jedoch in Grenzen, zumal die meisten auf ihn gestützten Entscheide auch mit der negativen Religionsfreiheit begründet werden könnten (Hauptbeispiel: das Kreuzifixverbot, s. vorstehend 1.1.2.2)<sup>25</sup>.

### 1.1.3 Korporativer Teilgehalt: Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften

#### 1.1.3.1 Ansätze schon in der Kultusfreiheit gemäss Art. 50 der Bundesverfassung von 1874

Schon die Kultusfreiheit gemäss Art. 50 der alten Bundesverfassung von 1874 – in Art. 15 BV nicht mehr ausdrücklich erwähnt, aber unstrittig weiterhin enthalten (BGE 129 I 74 Erw. 4.1)<sup>26</sup> – birgt Ansätze eines Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften. 1910 erlaubte das Bundesgericht der evangelisch-reformierten Zürcher Kirchgemeinde Neumünster – einer öffentlich-rechtlichen Korporation –, sich gegen eine städtische Läuteordnung auf die Kultusfreiheit zu berufen (BGE 36 I 374 Erw. 2). Kirchliches Glockengeläute ist eine korporative Glaubensäusserung par excellence. Es wäre sachfremd, die Geltendmachung der Kultusfreiheit in diesem Fall «nicht der Korporation als solcher» zuzugestehen,

«da doch sie es ist, welcher die Vornahme dieser Handlungen obliegt und welche daher ihrer kirchenverfassungsmässigen Aufgabe nicht gerecht werden kann, wenn sie in unzulässiger Weise daran verhindert wird: in diesem Falle würde die Korporation von einem unzulässigen staatlichen Verbote in ihrer eigenen rechtlichen Stellung direkt betroffen, und sie muss daher auch befugt sein, im Wege des staatsrechtlichen

Rekurses ihre Rechte (die sich freilich mit den kirchlichen Interessen ihrer Angehörigen decken, so dass sie materiell als Vertreterin dieser letztern erscheint) zu wahren» (ebd).

Ähnlich sind Prozessionen zu beurteilen (BGE 108 Ia 41 Erw. 3.a, auch wenn hier eine natürliche Person als Beschwerdeführerin auftrat). Für architektonische Glaubensäusserungen durch den Bau einer Kirche gilt dasselbe, wenn man solche Bauten im Schutzbereich der Religionsfreiheit sieht (BGE 1C366\_2009 vom 30. November 2009, Erw. 7.2). Entsprechend verletzt das Minarettverbot gemäss Art. 72 Abs. 3 BV von 2009 – ein neuer Ausnahmetext – in erster Linie die korporative und höchstens in zweiter die individuelle Freiheit<sup>27</sup>.

#### 1.1.3.2 Befreiung privatrechtlich verfasster Religionsgemeinschaften von der Kirchensteuer juristischer Personen

Beim Kirchensteuerentscheid von 1878 (s. vorstehend 1.1.2) konnte die Praxis nicht stehen bleiben, und 1969 erkannte das Bundesgericht die Unhaltbarkeit der kirchlichen Besteuerung juristischer Personen, soweit es sich um Religionsgemeinschaften handelt (BGE 95 I 350, 355). Entsprechend passte das Gericht seinen Sprachgebrauch an und hielt 1992 fest, die Religionsfreiheit schütze «den Einzelnen und die Religionsgemeinschaften vorab vor unerlaubtem Zwang durch den Staat» (BGE 118 Ia 46 Erw. 4.c).

Denn juristische Personen «können Träger von Grundrechten sein, soweit das betreffende Recht seiner Natur nach überhaupt einer juristischen Person zustehen kann», was bei der Religionsfreiheit für juristische Personen mit religiösem Zweck und für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, wenn sie die religiösen Interessen ihrer Mitglieder vertreten<sup>28</sup>, zutrifft<sup>29</sup> (s. nachstehend 1.1.3.5).

<sup>24</sup> *Engi*, S. 189–192 m.w.H.; *Winzeler*, Die weltanschauliche Neutralität des Staates, S. 122–123 m.w.H.; *ders.*, Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht, S. 105 m.w.H.

<sup>25</sup> *Winzeler*, Die weltanschauliche Neutralität des Staates, S. 128–129 m.w.H.; *ders.*, Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht, S. 111–113 m.w.H.

<sup>26</sup> BBl 1997 I, S. 155–156.

<sup>27</sup> Wobei hier m.E. das Diskriminierungsverbot gegenüber der Religionsfreiheit und die völkerrechtliche gegenüber der

staatsrechtlichen Ebene im Vordergrund stehen dürften: *Winzeler*, Einführung, S. 166–168; *ders.*, Das Minarettverbot – eine Nachlese, in: RdS, S. 205–212; *ders.*: in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hg.), Basler Kommentar Bundesverfassung (BV), Basel 2015, Art. 72 N 57–59 m.w.H.

<sup>28</sup> So auch die Hangartnersche Formel, s. nachstehend 1.1.3.5.

<sup>29</sup> *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, S. 84.

### 1.1.3.3 Umfassend verstandenes Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften?

Für die schrittweise Zulassung von Religionsgemeinschaften zur Berufung auf die Religionsfreiheit hat sich der Begriff des Selbstbestimmungsrechts eingebürgert<sup>30</sup>. Dabei ist jedoch zu differenzieren: Ein konsequent verstandenes Selbstbestimmungsrecht geht für alle Religionsgemeinschaften gleich weit, wogegen der korporative Teilgehalt der herkömmlich aufgefassten Religionsfreiheit enger dem Selbstverständnis der jeweiligen Gemeinschaft folgt, mithin von Fall zu Fall unterschiedlich weit gehen kann<sup>31</sup>. Hierin liegt ein starkes Verfassungsargument für die Annahme eines generalisierten Selbstbestimmungsrechts, denn die Religionsfreiheit birgt auch ein Gleichheitselement (die sog. Parität)<sup>32</sup>.

### 1.1.3.4 Gemeinde- und Körperschaftsautonomie bei öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften

In einem Entscheid von 1982 schützte das Bundesgericht die Autonomie der Landeskirchen und ihrer Gemeinden, soweit der kantonale Verfassungs- oder Gesetzgeber sie gewährleistet, mithin entsprechend Art. 50 Abs. 1 BV (BGE 108 Ia 82 Erw. 1–2). Mit dieser Klarstellung war nicht weniger, aber auch nicht mehr als ein weiterer Schritt zum Selbstbestimmungsrecht für die Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts getan. Die «Massgabe des kantonalen Rechts» (Art. 50 Abs. 1 BV für die Einwohnergemeinden) bedeutet jedoch, dass die so begründete Autonomie nicht gegen Vorschriften des Kantons, sondern bloss in deren Rahmen angerufen werden kann.

Ein echtes Selbstbestimmungsrecht der öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften

bedingt deshalb weitere Schritte der Konkretisierung von Art. 15 BV, auf die nunmehr einzugehen ist.

### 1.1.3.5 Die Hangartnersche Formel für öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften

Früher galt eine Korporation des öffentlichen Rechts – in etwas vereinfachter Sicht – als Teil des Staats und konnte schon deshalb keine Grundrechte gegen den Staat geltend machen<sup>33</sup>. Bei den Religionsgemeinschaften entsprach dies dem Entwicklungsstand des landesherrlichen Kirchenregiments und seiner Ausläufer vom 16. bis ins 19. Jahrhundert<sup>34</sup>.

Ein Teil der heutigen Lehre kommt über die Grundrechtsbindung der öffentlich-rechtlichen Korporation zu einem vergleichbaren Ergebnis: Die Adressatin von Grundrechten kann diese nicht ihrerseits gegen den Staat geltend machen. Nun muss eine öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaft ihren Mitgliedern zwar nicht die Religionsfreiheit, sehr wohl aber z.B. das rechtliche Gehör oder das Willkürverbot gewährleisten<sup>35</sup>. Da eine solche Grundrechtsbindung für Religionsgemeinschaften des Privatrechts nicht besteht, öffnet sich dadurch ein Graben zwischen öffentlichem und privatem Recht, der als solcher heute nur noch schwer zu rechtfertigen ist. Denn ob eine Religionsgemeinschaft im öffentlichen oder privaten Recht siedelt, hat i.d.R. keinen sachlichen Grund, sondern mit dem ‚Zufall‘ der Geschichte zu tun. Auch sind öffentliches und privates Recht gleichermassen vom Staat gesetzt. Ob ihre Unterscheidung für sich allein heute noch derart grundlegende Konsequenzen rechtfertigt (über die Verfahrensfragen hinaus), ist eine kritische Überlegung wert. Insbesondere braucht nicht ausgeschlossen zu werden, dass eine

<sup>30</sup> Winzeler, Einführung, S. 38–59.

<sup>31</sup> Karlen, Die korporative religiöse Freiheit in der Schweiz, S. 37.

<sup>32</sup> Winzeler, Strukturen von einer «anderen Welt», S. 94–101 m.w.H.

<sup>33</sup> Noch ausgeprägt in diesem Sinn: *Dietrich Schindler sen.*, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3. Aufl., Zürich 1950, S. 27, wonach «Kirchenrecht als staatliches oder staatlich delegiertes Recht aufzufassen» sei.

<sup>34</sup> Winzeler, Strukturen von einer «anderen Welt», S. 89–90.

<sup>35</sup> Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2007 (römisch-katholische Kirchgemeinde

Röschenz), in: SJKR 12 (2007), S. 255–312. *Felix Hafner/Urs Brosi*, Bischöfliche Personalentscheide und landeskirchliches Recht, Gutachten, Basel 2007, S. 21, 35–42 u.a. (rechtliches Gehör); *Wolfgang Rüfner*, Zuständigkeit staatlicher Gerichte in kirchlichen Angelegenheiten, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 1097 (Willkürverbot). Kritische Auseinandersetzung damit: *Christoph Winzeler*, Ein Kirchenkonflikt in der katholischen Schweiz, Bemerkungen zum ‚Fall Röschenz‘, in: ZevKR 53 (2008), S. 341–351.

Korporation z.B. einerseits gewisse Verfahrensrechte einhalten muss, auf der anderen jedoch selber die Religionsfreiheit beanspruchen kann.

Der St. Galler Staatsrechtler *Yvo Hangartner* hat deshalb 1989 einen funktionalen Ansatz entwickelt, der auch Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in den Genuss der Religionsfreiheit bringt<sup>36</sup> (und sich im Ergebnis mit BGE 36 I 374 Erw. 2 i.S. Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Neumünster deckt, s. vorstehend 1.1.3.1):

«Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich nicht auf die Grundrechte berufen, weil diese Rechte auf die einzelnen Menschen bezogen sind und die Träger hoheitlicher Gewalt deswegen gerade nicht berechtigen, sondern verpflichten. Eine besondere Situation liegt jedoch dann vor, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts kraft ihrer Eigenart (z.B. die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen) oder in einer bestimmten Funktion (z.B. Hochschulen im akademischen Bereich) der Grundrechtsverwirklichung Privater unmittelbar und spezifisch zudient. Dann verlangt das auf die Einzelmenschen bezogene Grundrechtsverständnis, dass sich der Hoheitsträger kraft seiner Eigenart beziehungsweise in der betreffenden Funktion gleich wie Private auf die in Frage stehenden Grundrechte berufen kann.»

Öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften geniessen demnach unter zwei Voraussetzungen ein Selbstbestimmungsrecht gestützt auf Art. 15 BV:

- Sie müssen einen religiösen Zweck verfolgen (was über die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen in einem begrenzten Bereich wie z.B. der Finanz- oder Immobilienverwaltung hinausgeht) und diesen Zweck nicht nur in ihrer ‚Ordnung‘, ‚Satzung‘ oder ‚Verfassung‘ festhalten, sondern als Gemeinschaft ein Stück weit danach leben (wie eben eine Kirche oder Kirchgemeinde). Die Verfolgung religiöser Zwecke darf im weltanschaulich neutralen Gemeinwesen keine Staatstätigkeit mehr sein<sup>37</sup>. Auch deshalb muss

der Staat diesen Korporationen entsprechende Freiheit zugestehen.

- Sie müssen dabei der Betätigung der Religionsfreiheit ihrer Mitglieder «spezifisch zudien[en]»<sup>38</sup>, was z.B. auf Kirchen und Kirchgemeinden ohne weiteres zutrifft.

Keine öffentlich-rechtliche Korporation ist die römisch-katholische Kirche in ihrer eigenrechtlichen Verfasstheit bzw. das jeweilige Bistum, vertreten durch seinen Diözesanbischof. Dieser kann sich m.E. ohne Weiteres auf die Religionsfreiheit berufen, zumal die Bistümer in den Kantonen als juristische Personen anerkannt sind (s. nachstehend 2.2.1).

#### 1.1.4 Schutzbereich und Schranken, Kerngehalt

##### 1.1.4.1 Schutzbereich und Schranken

Der säkularisierte Staat ist kaum noch in der Lage, Religion allgemeingültig so zu definieren, dass nicht nur der Mainstream der grossen Weltreligionen, sondern auch «die Anhänger von Lehren, welche eine Mehrheit der Bevölkerung für absonderlich oder gar abstrus hält, diese leben und bezeugen können» (*René Pahud de Mortanges*)<sup>39</sup>. Genau hier jedoch, abseits der Konformität und im Dissent, sind Menschen auf die Religionsfreiheit angewiesen. Ob Definitionen wie jene des Bundesgerichts von 1993 hier wirklich helfen, erscheint fraglich:

«Unter dem Schutz der Religionsfreiheit stehen Weltanschauungen, soweit sie Ausdruck des Religiösen oder Transzendenten sind und eine Gesamtschau der Welt und des Lebens zum Gegenstand haben» (BGE 119 IV 260 Erw. 3.b.aa).

Diese Umschreibung ist an ihren Rändern und für Minderheiten, die des Schutzes in erster Linie bedürften, unscharf, wodurch das Grundrecht zu einem stumpfen Hilfsmittel wird.

<sup>36</sup> *Hangartner*, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 122–123. Ebenso: *Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann*, Grundrechte II: Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, S. 117; *Giovanni Biaggini*, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2017, Art. 15 N 16; *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, S. 329; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 109; *Winzeler*, Einführung, S. 42–44 m.w.H.; *ders.*, Die Religionsfreiheit als individuelles und korporatives Grundrecht, S. 100–102 m.w.H.

<sup>37</sup> *Winzeler*, Die weltanschauliche Neutralität des Staates, m.w.H.; *ders.*, Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht, m.w.H.

<sup>38</sup> *Hangartner*, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 122–123.

<sup>39</sup> *René Pahud de Mortanges*, Destruktive Sekten und Missbrauch der Religionsfreiheit, Eine Problemanzeige, in: *AJP* 6 (1997), S. 768.

Das führt zum Vorschlag, für den Schutzbereich der Religionsfreiheit auf das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft abzustellen<sup>40</sup> und die Grenzen, wo nötig, in Gestalt von Schranken zu ziehen<sup>41</sup>. Diese Auffassung scheint auch das Bundesgericht im Wesentlichen zu teilen, wenn es festhält, was eine Religion sei, liege im Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft, oder anders: «Der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit bestimmt sich [...] im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten» (BGE 142 I 49 Erw. 5.2) (ebenso BGE 135 I 79 Erw. 4.4, zit. vorstehend 1.1.2).

Art. 36 BV erlaubt dem Gesetzgeber, die nötigen Grenzen auf der Ebene der Schranken zu ziehen (im Unterschied zum deutschen Grundgesetz, das für Schranken der Religionsfreiheit einen Verfassungsvorbehalt aufstellt<sup>42</sup>). Erst recht bleibt der *Ordre public* – namentlich der Schutz von Leib und Leben – jederzeit vorbehalten<sup>43</sup>. Vom *Ordre public* abgesehen, dienen die vom Gesetzgeber aufgestellten Schranken regelmässig dem Schutz von Polizeigütern:

- Das gilt zunächst für Massnahmen zum Schutz des konfessionellen bzw. religiösen Friedens (Art. 72 Abs. 2 BV).
- Es gilt sodann für den vom Wirtschaftsrecht bekannten Schutz der Bevölkerung vor «täuschen und unlauteren» Anwerbepraktiken» (BGE 125 I 369 Erw. 7).
- Schliesslich gilt dasselbe vom Rechtsmissbrauchsverbot, das über Art. 2 ZGB hinaus Geltung beansprucht<sup>44</sup>.

- Hinzu kommen weitere Bestimmungen des Zivil- und Strafrechts (z.B. das Verbot der kirchlichen ‚Vorausstrauung‘ [Art. 97 Abs. 3 ZGB] und das zivile Scheidungsrecht [Art. 111–134 ZGB]). Sie betreffen teilweise nicht Polizeigüter, sondern kulturelle Eigenheiten der Schweiz und ihres Rechts.

In Bezug auf Anwendungsbereich und Schranken gilt für Religionsgemeinschaften dasselbe wie für natürliche Personen; sie bedürfen daher keiner gesonderten Erörterung.

#### 1.1.4.2 Kerngehalt

Der unantastbare Kerngehalt eines Grundrechts (Art. 36 Abs. 4 BV) lässt sich generell-abstrakt nur unvollständig bestimmen<sup>45</sup>; er kristallisiert sich meist in besonderen Konstellationen seiner Anwendung und Geschichte heraus<sup>46</sup>. Für *Jörg Paul Müller* und *Markus Schefer* deckt er sich mit dem negativen Teilgehalt der Religionsfreiheit (Art. 15 Abs. 4 BV)<sup>47</sup>: «Niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.»

- Dem Verfassungstext voraus liegt die als Kerngehalt uneinschränkbare Freiheit, einen religiösen Glauben zu haben, zu ändern oder nicht zu haben, der «innerster Bereich geistiger Freiheit» (BGE 101 Ia 392 Erw. 3.b). Dieses sog. *Forum internum* wird von totalitären Staaten oft missachtet. Immerhin zeigt die Geschichte, dass ein Glaube zwar verfolgt, aber i.d.R. nicht unterbunden werden kann.

<sup>40</sup> Kritisch dazu: *Josef Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? Heidelberg/Karlsruhe 1980; *Markus Müller*, S. 59–64.

<sup>41</sup> Mit ähnlicher Tendenz, statt vieler: *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag zur pluralistischen und ‚prozessualen‘ Verfassungsinterpretation, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 156–159; *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993, S. 66–140, insb. 78–83; *Jörg Paul Müller*, Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993, S. 30–31; *Winzeler*, Einführung, S. 36–37 m.w.H.

<sup>42</sup> *von Campenhausen/de Wall*, Religionsverfassungsrecht (Anm. 21), S. 82–84 m.w.H.

<sup>43</sup> *Winzeler*, Einführung, S. 65–66 m.w.H.

<sup>44</sup> Einschränkung im Blick auf die Grundrechte: *Thomas Gächter*, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter

besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 217–352, insb. 326–330; *Yvo Hangartner*, Zweckbindung der Freiheitsrechte? in: *Recht als Prozess und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 377–383; *Müller/Schefer*: S. 28–30.

<sup>45</sup> *Hafner*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 715; *Karlen*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, S. 243–245; *Jörg Paul Müller*, S. 141–155.

<sup>46</sup> Kerngehalte als «kristallisierte Güterabwägungen»: *Markus Schefer*, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, S. 93.

<sup>47</sup> *Müller/Schefer*, S. 267. Darüber hinaus gehend: *Kienner/Kälin/Wyttenbach*, S. 340–341 (auch das Verbot, «jemanden zu zwingen, von seinem Glauben abzufallen», und das Recht, den Glauben zu wechseln).

- Sodann ist Kerngehalt bspw. das Verbot, mit Staatsgewalt jemandem ein Bekenntnis oder dessen Leugnung abzuverlangen, nicht aber z.B. der Anspruch einer Volksschullehrerin, im Kopftuch zu unterrichten (BGE 123 I 296 Erw. 2.b.cc), und nicht das Recht auf Arbeits- oder Schulfreiheit an Feiertagen (BGE 129 I 74 Erw. 5.1).
- Es verletzt den Kerngehalt, wenn eine Friedhofsordnung als Regel vorschreibt, dass auf jedem Grab ein Kreuz aufgestellt sein müsse, selbst wenn die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung vorgesehen ist (BGE 101 Ia 392 Erw. 3.b).
- Weiter gilt als Kerngehalt das Recht, jederzeit und mit sofortiger Wirkung aus einer Religionsgemeinschaft auszutreten; der Austritt darf jedoch an ein geordnetes Verfahren gebunden sein (BGE 104 Ia 79 Erw. 3).
- Schliesslich ist das absolute Verbot eines Zwangs zur Mitwirkung an Kultushandlungen, zur Teilnahme am Religionsunterricht und zur Ablegung eines religiösen Eides dem Kerngehalt zuzurechnen<sup>48</sup>.
- Was sich als Kerngehalt qualifiziert, ist in der Lehre z.T. umstritten, und die Rechtsprechung hat selten Gelegenheit, es zu präzisieren. Als Faustregel gehören Glaubensbetätigungen ausserhalb des Forum internum – z.B. gottesdienstliche oder öffentliche Handlungen, Bauvorhaben und die rechtliche Ordnung einer Gemeinschaft – eher nicht dazu. Ausnahmsweise mögen gottesdienstliche Handlungen wie Abendmahl oder Taufe darunter fallen<sup>49</sup>.

Ein Kerngehalt der korporativen Religionsfreiheit ist, wenn überhaupt, nur mit Zurückhaltung anzu-

nehmen (z.B. die Gründung einer Religionsgemeinschaft<sup>50</sup>, nicht aber ihre juristische Ausgestaltung, und die Festlegung eines Bekenntnisses<sup>51</sup>).

## 1.2 Die Religionsfreiheit nach EMRK und UNO-Pakt II

### 1.2.1 Art. 9 EMRK

Das Bundesgericht legt die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention übereinstimmend mit jenen der Bundesverfassung aus (und umgekehrt die Verfassungsgrundrechte völkerrechtskonform), wenn sich eine Abweichung nicht geradezu aufdrängt<sup>52</sup>. Entsprechend lässt sich die Bildung «funktionale[r] Einheit» von nationalem und internationalem Recht beobachten<sup>53</sup>. So hält das Gericht seit 1975 fest, «dass die von der Konvention geschützten Rechte in Verbindung mit den entsprechenden Individualrechten unseres geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrechts zu bestimmen sind» (BGE 101 Ia 67 Erw. 2.c). Art. 9 EMRK deckt sich, soweit die Religionsfreiheit betroffen ist, weitgehend mit Art. 15 BV<sup>54</sup>, sieht man vom unseligen Minarettverbot ab (Art. 72 Abs. 3 BV).

Gleiches lässt sich über das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften sagen, wie es aus der Religionsfreiheit abgeleitet wird. Ähnlich wie in der Schweiz (s. vorstehend 1.3) entwickelt sich auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Entscheide *Hasan and Chaush v. Bulgaria* vom 26. Oktober 2000 [30985/96] und *Metropolitan Church of Bessarabia et al. v. Moldova* vom 13. Dezember 2001 [45701/99]). *Axel von Campenhausen* und *Heinrich de Wall* folgern daraus<sup>55</sup>:

<sup>48</sup> Müller/Schefer, a.a.O.

<sup>49</sup> Vgl. Müller/Schefer, S. 268.

<sup>50</sup> Was die Schweiz im internationalen Vergleich erstaunlich weitgehend garantiert: rechtswirksame Gründung eines Vereins ohne behördliche Eintragung oder Genehmigung: Art. 52 Abs. 2 und 60 Abs. 1 ZGB («sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist»).

<sup>51</sup> Friederich, Selbstbestimmungsrecht von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, S. 92.

<sup>52</sup> Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 67; Haefliger/Schürmann, S. 44; Hangartner, Religionsfreiheit, S. 442; Kienner/Kälin/Wytenbach, S. 16–18; Jörg Paul Müller, S. 179–181; Giusep Nay, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Die schweizerische Perspektive, in: ZSR NF 124 (2005) II, S. 100 und 103–105. Grundlegend

und vertiefend dazu: Daniel Thürer, Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Merten/Papier, S. 55–57.

<sup>53</sup> Christian Tietje, Die EMRK als Bestandteil einer transnationalen europäischen Rechtsordnung, in: Joachim Renzikowski (Hg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, Zürich/Baden-Baden/Basel/Genf/Wien 2005, S. 182.

<sup>54</sup> Haefliger/Schürmann, S. 279–284.

<sup>55</sup> von Campenhausen/de Wall, Religionsverfassungsrecht (Anm. 21), S. 95 m.w.H. Ebenso: Kraus, Religion und Kirche in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 15–16 m.w.H.; ders., Religionsfreiheit im europäischen Recht, S. 192–194; Heinrich de Wall, Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union, in:

«Das Recht des Gläubigen auf Religionsfreiheit umfasse» – so der Gerichtshof – «die Erwartung, dass seine Religionsgemeinschaft in Frieden und frei von staatlichem Einfluss tätig werden darf. Wäre die Freiheit der Organisation der Gemeinschaft nicht von Art. 9 EMRK umfasst, wären [...] alle anderen Aspekte der individuellen Religionsfreiheit verwundbar. Die autonome Existenz von Religionsgemeinschaften sei unverzichtbar für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft und gehöre deshalb zum Kernbestand des Schutzes, den Art. 9 EMRK vermittelt. Darf damit als gesichert gelten, dass Art. 9 EMRK als korporatives Recht der Religionsgemeinschaften aufzufassen ist und ihnen im Kern ein Selbstbestimmungsrecht vermittelt, bleibt die Reichweite dieser Garantie im einzelnen, auch mangels einschlägiger Entscheidungen zu konkreten Fragen, noch unklar.»

Es liegt nahe, hier für die künftige Rechtsentwicklung weiterhin – im Sinn der Rechtsvergleichung als «fünfter Auslegungsmethode» (*Peter Häberle*)<sup>56</sup> – den «Blick zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Recht hin- und herwandern» zu lassen (*Stefan Trechsel*)<sup>57</sup>. So können die unter Art. 49–50 aBV und Art. 15 BV entwickelten Aspekte (s. vorstehend 1.1.3.3 und 1.1.3.5) in die weitere Konkretisierung von Art. 9 EMRK einfließen. Dabei ist an die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte seit je beanspruchte «Margin of Appreciation» zu erinnern, jenen Beurteilungsspielraum, der es ihm erlaubt, nach den kulturellen Gegebenheiten der Unterzeichnerstaaten zu differenzieren<sup>58</sup> (so bspw. im Kruzifixurteil zu Italien, *Lautsi et al. v. Italy* vom 18. März 2011 [Beschwerde-Nr. 30814/06]<sup>59</sup>). Entsprechend kommt

*de Wall* bspw. zum Ergebnis, das Selbstbestimmungsrecht könne bei traditionellen Staatskirchen wie jenen Dänemarks oder Englands in massvollem Umfang eingeschränkt bleiben; er befürwortet hier einen «unterschiedlichen Schutzstandard der korporativen Religionsfreiheit»<sup>60</sup>. Das lässt sich übrigens durch einen rechtsvergleichenden Blick auf den Vertrag von Lissabon bestätigen:

«Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften geniessen, und beeinträchtigt ihn nicht» (Art. 17 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU).

Ähnliche Überlegungen könnten etwa schweizerische Landeskirchen bernischer, waadtländischer oder zürcherischer Art betreffen. Daneben gibt es noch eine grundsätzlich restriktivere Sicht der erwähnten Judikatur. *Markus Schefer* etwa sieht darin stärker den menschenrechtlichen Akzent, belegt ihn mit der Parallelsetzung der Gewissensfreiheit im Konventionstext, hält so das Selbstbestimmungsrecht für lediglich sekundär und verweist für dessen Stützung auf die vom Gerichtshof ergänzend herangezogene Vereinigungsfreiheit gemäss Art. 11 EMRK<sup>61</sup>. Ob sich dadurch im Ergebnis viel ändert, ist eine andere Frage.

### 1.2.2 Art. 18 UNO-Pakt II

Die Gewährleistungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte werden, soweit es klassische Menschenrechte sind, vom Bun-

ZevKR 52 (2007), S. 317 mit dem Hinweis, «dass in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auch ein eigenständiges Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften auf der Grundlage von Art. 9 EMRK im Grundsatz anerkannt wird»; *ders.*, Von der individuellen zur korporativen Religionsfreiheit – die Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK, in: *Renzikowski* (Anm. 53), S. 237–255.

<sup>56</sup> *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‚fünfter‘ Auslegungsmethode, in: *ders.*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer, Berlin 1992, S. 27–44. Vgl. dazu: *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 297–301.

<sup>57</sup> *Trechsel, Stefan*: Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *ZBJV* 115 (1979), S. 468.

<sup>58</sup> *Stephan Breitenmoser*, Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung, in:

*ders./Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassöli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer* (Hg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/Baden-Baden/St. Gallen 2007, S. 124–125 und 136–138; *Sahlfeld*, S. 237–246.

<sup>59</sup> Dazu: *Giusep Nay*, Kruzifixe in staatlichen Schulen, Keine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *SKZ* 179 (2011), S. 376–377.

<sup>60</sup> *de Wall*, Von der individuellen zur korporativen Religionsfreiheit (Anm. 55), S. 249–251.

<sup>61</sup> *Schefer*, S. 110–111. Ähnlich: *Felix Hafner*, Die Bedeutung und Entwicklungsmöglichkeiten des Staatskirchenrechts in einer konfliktreichen Situation, in: *Gabriele Manetsch* 1998–2007 Präsidentin des Kirchenrates [Festgabe der Römisch-Katholischen Kirche des Kantons Basel-Stadt], Basel 2007, S. 34; *Sahlfeld*, S. 159–203.

desgericht wie jene der EMRK behandelt (s. vorstehend 1.2.1, vgl. etwa BGE 120 Ia 247 Erw. 5a)<sup>62</sup>. Aber es gibt für sie kein mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vergleichbares Instrumentarium der Durchsetzung<sup>63</sup>. Inhaltlich stimmt Art. 18 UNO-Pakt II weitgehend mit Art. 9 EMRK überein, abgesehen von der Freiheit zum Religionswechsel, die auf Wunsch islamischer Länder im UNO-Pakt II nicht ausdrücklich erwähnt ist<sup>64</sup>.

Ein Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften wurde – soweit ersichtlich – unter Art. 18 UNO-Pakt II bisher noch kaum erörtert. Allerdings enthält auch er die mit Art. 15 Abs. 2 BV und Art. 9 Ziff. 1 EMRK deckungsgleiche Formulierung, man dürfe die Religionsfreiheit «allein oder in Gemeinschaft mit anderen» betätigen (Abs. 1). Für *Manfred Nowak* erlaubt dieser Wortlaut eine Auslegung, die «auch Personen- und juristische[n] Personen» die Religionsfreiheit zugesteht<sup>65</sup>.

## 2 «Kirche und Staat» in den Kantonen

### 2.1 Zuständigkeit der Kantone für das Religionsverfassungsrecht gemäss Art. 72 Abs. 1–2 der Bundesverfassung

Bei der Betrachtung des juristischen Rahmens für das Verhältnis von Religionen und Staat ist von der Religionsfreiheit auszugehen (s. vorstehend 1). Sie prägt das Religionsverfassungsrecht der Kantone, und dieses hat sich an ihr messen zu lassen. Das Re-

ligionsverfassungsrecht kommt deshalb hier im Anschluss an die Religionsfreiheit zur Darstellung. Soweit der Staat den Religionsgemeinschaften in Form der öffentlich-rechtlichen oder öffentlichen bzw. kleinen Anerkennung ein besonderes Instrumentarium zur Verfügung stellt (s. nachstehend 2.2), kann ihn nur die Religionsfreiheit dabei legitimieren. Das entspricht auch der Konzeption der schweizerischen Bundesverfassung, deren zentraler Wert die Achtung der Menschenwürde ist (Art. 7 BV).

#### 2.1.1 Historische Vorbemerkung

Die weitgehende Zuständigkeit der Kantone zur Regelung des staatlichen Verhältnisses zu den Religionsgemeinschaften – des sog. Religionsverfassungsrechts – ist historisch zu verstehen. Denn die Schweiz entwickelte sich 1848 aus einem früheren Staatenbund zum Bundesstaat. Entsprechend sind die Kantone «souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind» (Art. 3 BV). Das Religionsverfassungsrecht ist als eine der letzten Zuständigkeiten, fast vollständig den Kantonen verblieben. Art. 72 Abs. 1–2 BV halten dies fest<sup>66</sup>:

«<sup>1</sup> Für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat sind die Kantone zuständig.

<sup>2</sup> Bund und Kantone können im Rahmen ihrer Zuständigkeit Massnahmen treffen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften.»

Die Zuständigkeit des Bundes gestützt auf Art. 72 Abs. 2 BV ist subsidiärer Natur: Seine Massnahmen

<sup>62</sup> Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr: Bundesstaatsrecht, S. 69–71; Giorgio Malinverni, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 71–73.

<sup>63</sup> Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, S. 70. Vgl. immerhin zu den Staatenberichts- und weiteren Verfahren der UNO: Thomas Buergenthal/Daniel Thürer, Menschenrechte, Ideale, Instrumente, Institutionen, St. Gallen/Zürich 2010, S. 34–39; Walter Kälin/Irene Grohmann, Die Schweiz im Menschenrechtsfokus der UNO, in: Peter G. Kirchschläger/Thomas Kirchschläger (Hg.), Menschenrechte und Religionen, 6. Internationales Menschenrechtsforum Luzern 2009, Bern 2009, S. 69–75; Manfred Nowak, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in: Kälin/Malinverni/Nowak, UNO-Menschenrechtspakte (Anm. 62), S. 19–29. Grundlegend

im Blick auf die Zukunft: Walter Kälin, Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Die Öffnung des Verfassungsrechts, Symposium zum 65. Geburtstag von Jörg Paul Müller, recht-Sonderheft, Bern 2005, S. 42–49.

<sup>64</sup> Alberto Achermann/Martina Caroni/Walter Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak, UNO-Menschenrechtspakte (Anm. 62), S. 206–207; Katharina Knüppel, Religionsfreiheit und Apostasie in islamisch geprägten Staaten, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford/Wien 2010, S. 61–64.

<sup>65</sup> Nowak, Inhalt (Anm. 63), S. 16–17.

<sup>66</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden: Winzeler, in: Basler Kommentar (Anm. 27), Art. 72 m.w.H.

verdrängen ggf. das bestehende Recht des Kantons<sup>67</sup>.

Für Geschichte und Besonderheiten des Rechts der Kantone sei auf die einschlägige Literatur verwiesen, v.a. das Werk von *Dieter Kraus*<sup>68</sup>.

### 2.1.2 Beschränkung auf Beispiele

Der vorliegende Beitrag muss sich auf Beispiele beschränken. Vieles, was zur Befriedung der Schweiz nach Reformation und Kulturkampf diente, ist heute in seiner ursprünglichen Bedeutung verblasst. Einiges jedoch mag sich vor dem Hintergrund der multikulturellen und multireligiösen Durchmischung der Gesellschaft zu neuer Bedeutung wandeln.

## 2.2 Öffentlich-rechtliche Anerkennung<sup>69</sup> – Dualismus in der katholischen Schweiz<sup>70</sup>

Religionsgemeinschaften – allen voran die Römisch-katholische Kirche – neigen von ihrem Wesen her dazu, Recht zu erzeugen. Die Skala solcher Rechtserzeugung geht von *Leges imperfectae* und ethischem *Soft Law* über theologische Lehren, pastorale Ordnungen, religiöse Amtsverständnisse und organisatorische Besonderheiten bis zu allgemeinverbindlichen, auch die Laien erfassenden Regulierungen. So unterwirft z.B. der *Codex Iuris Canonici* alle Katholikinnen und Katholiken einer kirchlichen Ordnung, die sich bis in das Familien- und Strafrecht hinein erstreckt.

Ein so weit ausgreifender und rechtlich ausgeformter Anspruch reibt sich mit dem staatlichen

Selbstverständnis. Rechtskollisionen sind unvermeidbar (bspw. zwischen der Unauflöslichkeit der Ehe nach kanonischem und ihrer Scheidbarkeit nach zivilem Recht, c. 1141 CIC vs. Art. 111–116 ZGB). Sie ergeben sich auch, wenn der Staat für die öffentlich-rechtliche Anerkennung einer Religionsgemeinschaft Bedingungen stellt, die dem eigenen Recht der anerkannten Gemeinschaft zuwiderlaufen (z.B. das in der Schweiz verbreitete Pfarrwahlrecht gegen den bischöflichen Anspruch zur Ernennung eines Pfarrers auf Grund von c. 524 CIC<sup>71</sup>).

Die Eigenrechtlichkeit ist nicht eine Besonderheit der Römisch-katholischen Kirche. So verfügt z.B. auch die Evangelisch-methodistische Kirche über eine unabhängig vom Staat erlassene, mit staatlichem Recht allerdings weniger im Widerspruch stehende Kirchenordnung (auf Englisch «*Book of Discipline*»)<sup>72</sup>.

Der hier beschriebene Dualismus besteht darin, dass neben den Bistümern und Pfarreien der Römisch-katholischen Kirche als Zweitorganisation eine öffentlich-rechtliche Körperschaft steht, die sich in Pfarr- oder Kirchgemeinden unterteilt (letztere als Partnerin der kanonischen Pfarrei). Diese Regelung verfolgt das Ziel, die bischöflichen Zuständigkeiten der kanonischen Ordnung mit den rechtsstaatlichen Anforderungen der Kantone zu verbinden. Er ist stets nur in Gestalt eines Kompromisses umsetzbar. Dabei kann unterschiedlich weit gegangen werden. So haben die Kantone den öffentlich-rechtlichen Körperschaften bzw. ihren Gemeinden i.d.R. das Steuerrecht verliehen (oft nicht

<sup>67</sup> *Mahon*, in: Aubert/Mahon, Art. 72 N 9.

<sup>68</sup> *Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht, S. 150–314; *Winzeler*, Einführung, S. 77–124.

<sup>69</sup> Dazu und zum Folgenden: *Cla Reto Famos*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Lichte des Rechtsgleichheitsprinzips, Freiburg i.Ü. 1999; *Philippe Gardaz*, La reconnaissance des communautés religieuses: compétence, typologie, situation actuelle, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), *Eglise et Etat en Suisse romande*, Contributions de Philippe Gardaz, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 81–89; *Stefan Kölbener/Elena Rabner*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von jüdischen Gemeinden in der Schweiz, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 155–200; *Pahud de Mortanges*, Zwischen religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, S. 11–24; *ders./Raimund Süess*, Muslime und schweizerisches Recht, Ein Ratgeber für Experten und Laien, Zürich/Basel/Genf 2019; *Sabine Simkhovitch-Dreyfus*, Jüdische Gemein-

schaften: Kleine Religionsgemeinschaft, Vor- oder Nachteil? in: Pahud de Mortanges: *Staatliche Anerkennung* (op.cit.), S. 201–218; *Süess/Tappenbeck/Pahud de Mortanges*; *Winzeler*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung als zweiseitiges Rechtsgeschäft.

<sup>70</sup> Der Begriff des Dualismus hier beschränkt auf die Parallelität von eigenrechtlichen Normen einer Religionsgemeinschaft (hier v.a. des kanonischen Rechts der Römisch-katholischen Kirche) und solchen des öffentlichen Rechts der Kantone. In einem weiteren Sinn auch anwendbar für die Ergänzung des religiösen Eigenrechts durch Formen des Privatrechts (Stiftungen, Vereine u.a.).

<sup>71</sup> Statt vieler: *Winzeler*, in: Basler Kommentar (Anm. 27), Art. 72 N 50–52 m.w.H.

<sup>72</sup> *Christoph Rüegg*, Die privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften in der Schweiz, Eine Bestandaufnahme und juristische Analyse, Freiburg i.Ü. 2002, S. 136–139; *Winzeler*, Strukturen von einer «anderen Welt», S. 60–64 m.w.H.

nur gegenüber den eigenen Mitgliedern, sondern auch gegenüber den Unternehmen des Wirtschaftsrechts), was jedoch nicht zwingend ist. Ohne Kirchensteuern kommen insbesondere die Kantone Tessin, Waadt und Wallis aus (wo der Staat die Kirchen stattdessen teilweise direkt mit öffentlichen Mitteln unterstützt), ebenso die Kantone Genf und Neuenburg, wo die Religionsgemeinschaften weitergehend als in den übrigen Kantonen getrennt sind (Neuenburg immerhin mit einer vergleichsweise bescheidenen Unterstützung der Römisch-katholischen, Evangelisch-reformierten und Christkatholischen Kirche). Waadt und Neuenburg stützen sich dafür auf eine neu entwickelte Begründung: die Anerkennung eines ganzheitlichen Menschenbildes, das die seelsorgerlichen Bedürfnisse einschliesst (wonach der Staat «tient compte de la dimension spirituelle de la personne humaine»<sup>73</sup>). Die politischen Möglichkeiten sind vielfältig, solange der Kanton Diskriminierungsverbot und Religionsfreiheit wahrt. So verstanden, könnte das dualistische Modell z.B. auch für islamische Gemeinschaften Anwendung finden (s. nachstehend 2.2.3).

### 2.2.1 Die kantonale Ebene

Öffentlich-rechtliche Anerkennung geniessen in den meisten Kantonen – ausser Genf und Neuenburg<sup>74</sup> – die evangelisch-reformierten Landeskirchen und die Römisch-katholische Kirche, in einigen Kantonen jüdische Gemeinschaften und in wenigen Kantonen zusätzlich die Christkatholische (altkatholische) Kirche der Schweiz<sup>75</sup>. Hinsichtlich der Anerkennung islamischer Gemeinschaften steht die Rechtsentwicklung noch weitgehend am Beginn.

Bei der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der Römisch-katholischen Kirche haben die meisten Kantone auf das evangelische Modell der Landeskirche zurückgegriffen. Nun ist eine aus der Reformation hervorgegangene Landeskirche grundsätzlich ekklesial vollständig, wenn auch begrenzt auf ihr Territorium<sup>76</sup>; für sie gilt nicht Dualismus, sondern Monismus. Dagegen ist bei der Römisch-katholischen Kirche eine solche Körperschaft des kantonalen Rechts immer nur Zweitorganisation, die der kanonisch verfassten Kirche zudienen muss, ohne selbst Kirche zu sein (auch wenn sie vom kantonalen Recht oft so bezeichnet wird). Der dadurch

<sup>73</sup> Art. 169 Abs. 1 der waadtländischen Verfassung von 2002 (zusätzlich Abs. 2: «prend en considération la contribution des Eglises et communautés religieuses au lien social et à la transmission de valeurs fondamentales»); Art. 97 Abs. 1 der neuenburgischen Verfassung von 2000 (zusätzlich: «et de sa valeur pour la vie sociale»). Dazu: *Pahud de Mortanges*, Im Laufe der Zeit, S. 145–146.

<sup>74</sup> Zu den Trennungskantonen Genf und Neuenburg, die im vorliegenden Beitrag nicht ausführlich behandelt werden können: *Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht, S. 296–309; *Winzeler*, Einführung, S. 117–121. Zur seitherigen Entwicklung in Genf: Loi sur la laïcité de l'Etat von 2018, in: SJKR 23 (2018), S. 185–190; BGE 148 I 160; *René Pahud de Mortanges*, Loi sur la laïcité de l'Etat (LLE) de la République et canton de Genève, du 26 avril 2018, in: SJKR 23 (2018), S. 139–142. Zur seitherigen Entwicklung in Neuenburg: Art. 77–99 der neuenburgischen Kantonsverfassung von 2000; Concordat entre l'Etat de Neuchâtel et l'Eglise réformée évangélique du Canton de Neuchâtel, l'Eglise catholique romaine et l'Eglise catholique chrétienne von 2001, in: *Christoph Winzeler* (Hg.), Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3: Konkordate und weitere Verträge, SJKR-Beiheft 5 (2004), Nr. 37.

Zur einer zukunftssträchtigen Neuentwicklung, worin sich jüngst der Trennungskanton Neuenburg und der Landeskirchenkanton Waadt gegenseitig angenähert haben:

Art. 97 Abs. 1 der neuenburgischen Kantonsverfassung von 2000: «L'Etat tient compte de la dimension spirituelle de la personne humaine et de sa valeur pour la vie sociale»; Art. 169 Abs. 1–2 der waadtländischen Kantonsverfassung von 2003: «L'Etat tient compte de la dimension spirituelle de la personne humaine. Il prend en considération la contribution des Eglises et communautés religieuses au lien social et à la transmission de valeurs fondamentales». Zu dieser Entwicklung in Neuenburg und Waadt: *Philippe Gardaz*, Le statut des Eglises et communautés religieuses dans la nouvelle constitution vaudoise, in: *Pahud de Mortanges*, Eglise et Etat (Anm. 69), S. 2–3; *ders.*, Pour conclure le «Tour de Romandie», in: *Pahud de Mortanges*, Eglise et Etat (op.cit.), S. 53–56; *René Pahud de Mortanges*, Die Auswirkung der religiösen Pluralisierung auf die staatliche Rechtsordnung, in: *Christoph Bochinger* (Hg.), Religionen, Staat und Gesellschaft, Die Schweiz zwischen Säkularisierung und religiöser Vielfalt, Zürich 2012, S. 157–160; *ders.*, Im Laufe der Zeit, S. 145–146.

<sup>75</sup> Vgl. die in Anm. 69 zit. Literatur und die Tabelle in: *Pahud de Mortanges/Süess*, Muslime (Anm. 69), S. 17.

<sup>76</sup> Und insoweit nur «Teilkirche»: *Albert Stein*, Evangelisches Kirchenrecht, Ein Lernbuch, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1992, S. 150–153.

bewirkte Dualismus kann deshalb nur als Kooperationsmodell sinnvoll und nicht als Konkurrenz gemeint sein<sup>77</sup>.

Dieser mittelbare Weg der Anerkennung der Römisch-katholischen Kirche über demokratisch verfasste Körperschaften, in denen regelmässig Frauen und Männer gleichberechtigt sind (Art. 8 Abs. 3 BV), hat sich bei den Schweizer Kantonen mehrheitlich durchgesetzt. Allgemein funktioniert die Koordination der beiden Systeme, und Kollisionen sind die Ausnahme<sup>78</sup>. Seit 2015 bestehen zudem Verträge zwischen der Schweizer Bischofskonferenz und dem Dachverband der öffentlich-rechtlichen Körperschaften in den Kantonen (der Römisch-Katholischen Zentralkonferenz) über die gegenseitige Kooperation und die Mitfinanzierung der Bistümer durch die Körperschaften<sup>79</sup>. Damit hat die bewährte Zusammenarbeit im Dualismus eine verbindlichere Grundlage erhalten<sup>80</sup>.

Alternativ dazu wäre die unmittelbare Anerkennung der Bistümer denkbar wie z.B. in Deutschland (auch dort mit rechtsstaatlichen Auflagen für die

Wahrnehmung des Kirchensteuerrechts). Insoweit kennt etwa der Kanton Freiburg beide Anerkennungsformen: die mittelbare durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft<sup>81</sup> und die unmittelbare der kirchlichen Einrichtungen (gemäss kanonischem Recht)<sup>82</sup>. Das Kirchensteuerrecht wurde nicht dem Bistum, sondern den Kirchengemeinden der Körperschaft übertragen<sup>83</sup>. Immerhin können die kanonischen Einrichtungen dank ihrer unmittelbaren Anerkennung selber am Rechtsverkehr teilnehmen, Arbeitsverträge schliessen und Grundeigentum erwerben.

Unmittelbar als Subjekte öffentlichen Rechts gelten auf Grund kantonalen Rechts im ganzen Gebiet der Schweiz die sechs Bistümer der römisch-katholischen Kirche (Basel, Chur, Lausanne-Genf-Freiburg, Lugano, Sitten, St. Gallen) und ihre zwei Territorialabteien (Einsiedeln, St. Maurice)<sup>84</sup>. Sie sind damit rechtsverkehrsfähig, geniessen aber kein Steuerrecht; dieses und einige weitere Rechte<sup>85</sup> sind den öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten.

<sup>77</sup> *Urs Josef Cavelti*, Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im schweizerischen Staatskirchenrecht, Freiburg i.Ü. 1954 (Standardwerk); *ders.*, System und Funktion der staatskirchenrechtlichen Organe in der Schweiz, in: Louis Carlen (Hg.), Räte der Kirche zwischen Recht und Alltag, Vorträge an einer Tagung an der Universität Freiburg (Schweiz), Freiburg i.Ü. 1987, S. 31. Aus der neueren Literatur: *Cla Reto Famos*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Lichte des Rechtsgleichheitsprinzips, Freiburg i.Ü. 1999; *Daniel Kosch*, Demokratisch – solidarisch – unternehmerisch, Organisation, Finanzierung und Management in der katholischen Kirche in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2007 (gesammelte Publikationen des Autors); *ders.*, Das Miteinander von kirchenrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Strukturen als Lernchance, in: Adrian Loretan/Toni Bernet (Hg.), Das Kreuz der Kirche mit der Demokratie, Zum Verhältnis von katholischer Kirche und Rechtsstaat, Zürich 2006, S. 69–87; *ders.*, Perspektiven für ein partnerschaftliches und Streitbares Miteinander pastoraler und staatskirchenrechtlicher Strukturen, in: SJKR 10 (2005), S. 81–110; *Dieter Kraus*, Kirche und Demokratie im schweizerischen Staatskirchenrecht, Zum Verhältnis kanonischer und kantonaler Prinzipien in der römisch-katholischen Kirchenorganisation der Schweiz, in: IKZ Communio 25 (1996), S. 169–179; *Giusep Nay*, Schweizerischer Rechtsstaat und Religionsgemeinschaften, Hilfen und Grenzen, in: Loretan/Bernet (op.cit.), S. 36–39; *Winzeler*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung als zweiseitiges Rechtsgeschäft, S. 284–292.

<sup>78</sup> *Yvo Hangartner*, Rechtsfragen der Wahl römisch-katholischer Pfarrer durch Kirchengemeinden, SJKR 16 (2011), 49–78, S. 55–56 mit Anm. 26; *Pahud de Mortanges*, System

und Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein, S. 513–514.

<sup>79</sup> Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizer Bischofskonferenz und der Römisch-Katholischen Zentralkonferenz vom 11. Dezember 2015, in: SJKR 20 (2015), S. 336–340; Mitfinanzierungsvertrag SBK–RKZ vom 11. Dezember 2015, in: SJKR 20 (2015), S. 341–343.

<sup>80</sup> *Daniel Kosch*, Erweiterung und Erneuerung der Grundlegendokumente für die Zusammenarbeit von SBK und RKZ: Rahmenbedingungen – Entwicklungen – Zielsetzungen, in: SJKR 20 (2015), S. 167–181.

<sup>81</sup> Art. 3 und 6–11 des freiburgischen Gesetzes über die Beziehungen zwischen den Kirchen und dem Staat von 1990.

<sup>82</sup> Art. 4 des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81): «Das Bistum Lausanne, Genf und Freiburg, das Domkapitel St. Niklaus, das diözesane Priesterseminar, die Klöster, die kirchenrechtlichen Pfarreien, die Pfarr- und Kaplaneipfründen sowie die anderen öffentlichen juristischen Personen des Kirchenrechts werden auch als juristische Personen des öffentlichen Rechts anerkannt.»

<sup>83</sup> Art. 12–18 des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>84</sup> Sei es durch Abschluss eines Vertrags (z.B. eines Konkordats), sei es kraft Gewohnheitsrechts, sei es durch Verfassung oder Gesetz: *Philippe Gardaz*, La personnalité juridique des diocèses catholiques romains de Suisse, in: Pahud de Mortanges, Eglise et Etat (Anm. 69), S. 57–74 m.w.H.

<sup>85</sup> Bspw. die Mitteilung von Zuzügerinnen und Zuzügerern ihrer Konfession aus anderen Kantonen oder dem Ausland.

## 2.2.2 Die Ebene der Gemeinden

Als deutschschweizerische Besonderheit kennt die Römisch-katholische Kirche – vergleichbar der Evangelisch-reformierten – i.d.R. ein demokratisches Pfarrwahlrecht der öffentlich-rechtlichen Kirchgemeinden, wodurch das Ernennungsrecht des Bischofs in den Hintergrund tritt (gemäss c. 523 CIC, der bestehende Vorschlags- oder Wahlrechte anerkennt).

Dieses Pfarrwahlrecht hat ältere Wurzeln als die katholischen Körperschaften der Kantone. Es geht z.T. auf alte Patronatsrechte zurück, die später nicht dem Bischof zurückgegeben, sondern an die neu geschaffenen, öffentlich-rechtlichen Pfarr- und Kirchgemeinden übertragen wurden<sup>86</sup>. Das zeigt etwa der katholisch geprägte, in Bezug auf die Religionen besonders freiheitliche Kanton Obwalden: Seine Verfassung schreibt wohl den römisch-katholischen, aber nicht den evangelisch-reformierten Kirchgemeinden ein Pfarrwahlrecht vor (im Sinn der Präsentation an den Bischof)<sup>87</sup>.

In reformatorisch geprägten und paritätischen Kantonen wurde das Pfarrwahlrecht den katholischen Bischöfen z.T. später und aus anderen Gründen abgerungen. Oft war es eine politische Bedingung, um die öffentlich-rechtliche Anerkennung des Kantons und dadurch die Gleichbehandlung mit der evangelisch-reformierten Landeskirche zu erlangen. Die Kompromissnatur ist den entsprechenden Regelungen abzulesen. So erfolgt im Kanton Basel-Stadt die Pfarrwahl der Kirchgemeinde aus einer jeweils vom Bischof erstellten Liste<sup>88</sup>. Auch Basel-Landschaft sieht von Gesetzes wegen ein Pfarrwahlrecht der Kirchgemeinden vor<sup>89</sup>. Die Verfassung der Römisch-katholischen Landeskirche

von 1976 bindet die Wählbarkeit der Seelsorgenden jedoch wiederum an die kirchliche Sendung, also die vom Bischof erteilte *Missio canonica*, und der Wahlvorschlag des Kirchgemeinderates muss mit dem Bischof vereinbart sein<sup>90</sup>. Durch den Entzug der bischöflichen Sendung entfällt die Wählbarkeit und muss die Kirchgemeinde den Pfarrer grundsätzlich entlassen<sup>91</sup>. In Zürich verweist das Kirchengesetz auf das Recht der Körperschaft, die durch ein Reglement ihrer Synode das Wahlverfahren unter Absprache mit dem Bischof geregelt hat<sup>92</sup>: Nach Anhörung der Kirchenpflege schlägt der Generalvikar einen Kandidaten zur Wahl vor; wenn die Kirchenpflege nicht einverstanden ist, kann sie einen zweiten und ausnahmsweise dritten Vorschlag verlangen. Einigen sich Kirchenpflege und Generalvikar nicht, erlässt dieser eine Wahlempfehlung. Wird der von ihm vorgeschlagene Kandidat nicht gewählt, ist das Verfahren zu wiederholen<sup>93</sup>, womit die wahlberechtigte Kirchgemeindeversammlung im Ergebnis ein Vetorecht gegen eine Pfarrerberufung des Bischofs hat.

## 2.2.3 Anwendung auf weitere Religionen?

Bei Religionen, denen die korporativen Züge einer Kirche (sog. Kirchenförmigkeit)<sup>94</sup> und entsprechende Repräsentanz für ihre Gläubigen z.T. fehlen wie etwa dem Islam, ist die Politik oft zurückhaltend in der Gewährung von Vertrauen und rechtlichen Vorteilen. Daher scheint die unmittelbare Anerkennung islamischer Organisationen auf absehbare Zeit wohl kaum erreichbar, zumal sie auch der Römisch-katholischen Kirche in vielen Kantonen nicht gewährt wurde (abgesehen von ihren Bistümern, s. vorstehend 2.2.1).

<sup>86</sup> *Hans Beat Noser*, Pfarrei und Kirchgemeinde, Studie zu ihrem rechtlichen Begriff und grundsätzlichen Verhältnis, Freiburg i.Ü. 1957, S. 80–88; *Winzeler*, in: Basler Kommentar (Anm. 27), Art. 72 N 50–52 m.w.H.

<sup>87</sup> Art. 105–106 der Obwaldner Kantonsverfassung von 1968.

<sup>88</sup> § 27 der Verfassung der Römisch-Katholischen Kirche des Kantons Basel-Stadt von 2019. Vergleichbar Art. 7 Abs. 2–3 des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81), wo für das Kirchenstatut der Römisch-katholischen Körperschaft die Zustimmung der Diözesanbehörde vorbehalten ist und nur erteilt werden kann, wenn das Kirchenstatut «dem Kirchenrecht nicht widerspricht».

<sup>89</sup> §§ 4–5 des basellandschaftlichen Kirchengesetzes von 1950.

<sup>90</sup> Art. 49 der Verfassung der Römisch-katholischen Landeskirche von 1976.

<sup>91</sup> *Hafner/Brosi*, Bischöfliche Personalentscheide (Anm. 35).

<sup>92</sup> § 13 des Zürcher Kirchengesetzes von 2007 mit Delegation an die Kirchenordnung der Römisch-katholischen Körperschaft von 2009, gestützt auf deren Art. 58–59 die Synode 2013 das Reglement über die Neuwahl von Pfarrern erliess. Dieses übernahm in § 5 aus einer älteren Verordnung der früheren Zentralkommission (heute Synodalrat) von 1964 das beschriebene Verfahren.

<sup>93</sup> § 7 des Reglements (Anm. 91).

<sup>94</sup> *Hans Maier*, Über kirchenförmige Religion, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmuth Schulze-Fielitz (Hg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen 2004, S. 811–819.

Das Beispiel des Dualismus bei der öffentlich-rechtlichen Anerkennung zeigt jedoch, wie es den Kantonen möglich war, die Römisch-katholische Kirche, deren Werte den ihren z.T. entgegenstehen (Beschränkung der Bischofs- und Priesterweihe auf Männer, Unauflöslichkeit der Ehe u.a.), in ihr Recht zu integrieren. Möglich wurde dies über die Aushandlung von Kompromissen und deren Umsetzung in kantonalen Erlassen (Beispiel: das Pfarrwahlrecht in römisch-katholischen Kirchgemeinden, s. vorstehend 2.2.2). Hinzu kommt, dass Frauen in den Landeskirchen bzw. kantonalrechtlichen Körperschaften mit den Männern gleichgestellt sind (s. vorstehend 2.2.1).

Im Vergleich mit solchen, beim Katholizismus feststellbaren Kompromissen fragt sich, ob Entsprechendes nicht bspw. auch bei islamischen Gemeinschaften denkbar wäre<sup>95</sup>. Das Recht der meisten Kantone verlangt hierfür eine Verfassungsrevision (Ausnahmen: Aargau<sup>96</sup>, Basel-Landschaft<sup>97</sup>, Luzern<sup>98</sup>, Tessin<sup>99</sup>). Wichtig ist, dass die öffentlich-rechtliche Anerkennung keiner Religionsgemeinschaft aufgezwungen werden darf, was einer Verletzung der Religionsfreiheit gleichkäme. Auch sind massgeschneiderte Lösungen vielerlei Art möglich und muss nicht einfach die ‚reformierte‘ oder ‚katholische‘ Regelung übernommen werden. Fehlt einer Religionsgemeinschaft die zur Anerkennung nötige Organisation, ist es möglich, sie mit ihr auszuhandeln und durch den kantonalen Gesetzgeber festhalten zu lassen (ähnlich einer reformierten Landeskirche). Politisch hat dies den Vorteil eines wechselseitigen Commitments.

#### 2.2.4 Kündbarkeit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung?

Die öffentlich-rechtliche Anerkennung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wie schon das Wort zum Ausdruck bringt: Sie setzt ein anerkennendes und ein anerkanntes Subjekt voraus. Beide können – so gesehen – die Anerkennung im Prinzip auch wieder aufkündigen. Damit sind offene Fragen verbunden,

denn eine solche Kündigung hat bisher nie stattgefunden. Vergleichsweise einfach ist die Kündigung durch den anerkennenden Kanton: Er kann die Anerkennung, wie er sie ausgesprochen hat, auch widerrufen (durch ‚Contrarius actus‘ im Verfassungsgebungs-, Gesetzgebungs- oder Verwaltungsverfahren). Schwieriger ist die Kündigung durch die anerkannte Religionsgemeinschaft, insbesondere dann, wenn es sich im dualistischen Verhältnis um zwei miteinander verbundene Parteien handelt (z.B. die Römisch-katholische Kirche, vertreten durch den Bischof, und die ihr zugeordnete Körperschaft des öffentlichen Rechts). Erstens können sich die beiden Parteien uneinig sein; in diesem Fall genießt der Bischof m.E. Vorrang, weil die Körperschaft kraft ihrer Funktion ihm zudienen muss, also nachgeordnet ist (s. vorstehend 2.2.1). Weigerte sich die Körperschaft, eine vom zuständigen Bischof ausgesprochene Kündigung mitzutragen, könnte sie ggf. mit angepasstem Zweck als privatrechtlicher Verein fortbestehen. Ob dessen Organe dann einer kanonischen Strafe unterzogen werden (bspw. auf Grund von c. 1371 § 2 CIC wegen Ungehorsam gegenüber dem Ordinarius), liegt im Ermessen der kirchlichen Autorität. Zweitens wäre der Kanton aufgrund der korporativen Religionsfreiheit zwar verpflichtet, eine Kündigung umzusetzen, doch ist es eine offene Frage, ob er dazu gezwungen werden kann oder das ‚Prinzip‘ eine Lex imperfecta bleibt (weil ggf. eine Volksabstimmung nötig bzw. der Ausgang eines Gerichtsverfahrens offen wäre).

#### 2.3 «Kleine» oder «öffentliche» Anerkennung von Religionsgemeinschaften privaten Rechts

Die öffentlich-rechtliche Anerkennung schafft eine relativ enge Verbindung der anerkannten Religionsgemeinschaft mit dem Staat. So wird in den meisten Kantonen die Kirchensteuer durch die staatliche

<sup>95</sup> Skeptisch im Blick auf die aktuelle Lage: *Pahud de Mortanges*: Zwischen religiöser Pluralisierung und Säkularisierung (Anm. 69), S. 19–20.

<sup>96</sup> § 109 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Aargau von 1980.

<sup>97</sup> Art. 136 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984; Art. 1a–1d des Kirchengesetzes des Kantons Basel-Landschaft in der Fassung von 1989, allerdings mit der m.E. verfassungswidrigen Einschränkung, dass es

sich um eine Religionsgemeinschaft christlicher oder jüdischer Denomination handeln muss (Art. 1a Abs. 1 Bst. a des Kirchengesetzes).

<sup>98</sup> § 79 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Luzern von 2007.

<sup>99</sup> Art. 24 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Tessin von 1997.

Verwaltung erhoben<sup>100</sup>. Für die grossen, mit Geschichte und Gesellschaft der Schweiz eng verwobenen Volkskirchen hat sich dies als sinnvoll erwiesen. Bei anderen und kleineren Religionsgemeinschaften mag eine im Vergleich dazu weniger weitgehende Verbindung wünschbar sein (aus Sicht der Religionsgemeinschaft oder des sie anerkennenden Kantons). So haben sich die Formen der kleinen oder öffentlichen Anerkennung entwickelt<sup>101</sup>. Gemeinsam ist ihnen, dass die anerkannte Religionsgemeinschaft eine juristische Person des Privatrechts bleibt (z.B. ein Verein gemäss Art. 60–79 ZGB oder eine Stiftung gemäss Art. 80–89 ZGB); eine der Kirchensteuer vergleichbare Form der Finanzierung ist damit nicht verbunden. Im Übrigen variieren die Voraussetzungen und Rechtswirkungen einer solchen Anerkennung.

### 2.3.1 Voraussetzungen

Die kleine oder öffentliche Anerkennung ist an gewisse Voraussetzungen gebunden, die von der anzuerkennenden Gemeinschaft zu erfüllen sind. Sie muss z.B.:

- in Basel-Stadt «gesellschaftliche Bedeutung haben»<sup>102</sup> bzw. in Freiburg von «gesellschaftliche[r] Bedeutung» sein<sup>103</sup>, was dort heisst, im Kanton mindestens 100 Mitglieder zu zählen<sup>104</sup>, in Waadt hinsichtlich Dauer, Verwurzelung und Rolle für den Kanton entsprechende Bedeutung zu haben<sup>105</sup>;
- in Freiburg als Verein mit Domizil und Kultusstätte organisiert sein<sup>106</sup>, in Waadt eine Kultustätigkeit auf dem Kantonsgebiet unterhalten<sup>107</sup>, sich kulturell und sozial betätigen<sup>108</sup>, sich für den sozialen und religiösen Frieden einsetzen<sup>109</sup>, am ökumenischen und interreligiösen Gespräch teilnehmen<sup>110</sup>;
- wiederum in Freiburg «sich auf eine in der Schweiz überlieferte religiöse Bewegung oder auf eine solche von weltweiter Bedeutung» berufen und «dem Ökumenischen Rat der Kirchen angehör[en] oder seit dreissig Jahren im Kanton zugegen» sein<sup>111</sup>;
- in Basel-Stadt «den Religionsfrieden und die Rechtsordnung» beachten<sup>112</sup>, in Freiburg «die Grundsätze der schweizerischen Rechtsordnung»<sup>113</sup>, in Waadt den Religionsfrieden<sup>114</sup>, die zwingende Natur der schweizerischen Rechtsordnung, insbesondere die verfassungsmässigen Rechte über die Religion und die entsprechenden Bestimmungen des Völkerrechts einschliesslich des Diskriminierungsverbots namentlich zwischen Frauen und Männern<sup>115</sup>; in Waadt die Grundsätze der Demokratie beachten<sup>116</sup>;
- in Basel-Stadt «über eine transparente Finanzverwaltung verfügen»,<sup>117</sup> in Waadt ihre Bücher nach den Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts führen<sup>118</sup>;
- in Basel-Stadt «den jederzeitigen Austritt zulassen»<sup>119</sup>, was ein Kerngehalt der Religionsfreiheit

<sup>100</sup> *Karlen*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, S. 369–370; seit 2020 neu auch im Kanton Basel-Stadt.

<sup>101</sup> *Hafner*, Mehr Freiheit durch Anerkennung, S. 1006–1011; *Pahud de Mortanges*, Zur Anerkennung und Gleichbehandlung von Religionsgemeinschaften; *Christoph Winzeler*, Die neuere Anerkennungspraxis im Religionsverfassungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell? Zürich/Basel/Genf 2015, S. 28–34.

<sup>102</sup> § 133 Abs. 1 Bst. a der Verfassung des Kantons Basel-Stadt von 2005.

<sup>103</sup> Art. 142 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg von 2004.

<sup>104</sup> Art. 28 Abs. 1 Bst. c des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>105</sup> Art. 171 Satz 2 der Verfassung des Kantons Waadt von 2002. Vgl. Art. 10 Abs. 2 der Loi sur la reconnaissance des communautés religieuses et sur les relations entre l'Etat et les communautés religieuses reconnues d'intérêt public von 2007.

<sup>106</sup> Art. 28 Abs. 1 Bst. d des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>107</sup> Art. 10 Abs. 1 Bst. a des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>108</sup> Art. 10 Abs. 1 Bst. b des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>109</sup> Art. 10 Abs. 1 Bst. c des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>110</sup> Art. 10 Abs. 1 Bst. d des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>111</sup> Art. 28 Abs. 1 Bst. a-c des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>112</sup> § 133 Abs. 1 Bst. b der baselstädtischen Verfassung.

<sup>113</sup> Art. 28 Abs. 1 Bst. e des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>114</sup> Art. 7 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105). Vgl. dessen Abs. 2, der von der Gemeinschaft verlangt: «Elle s'abstient de tout prosélytisme contraire à l'ordre juridique suisse.»

<sup>115</sup> Art. 5 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105), wobei gemäss Art. 6 sogar die Glaubens- und Gewissensfreiheit der eigenen Mitglieder gewahrt sein muss.

<sup>116</sup> Art. 8 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105). Vgl. dessen Abs. 2: «Elle s'abstient de tout discours ou pratique qui y contrevienne ou appelle à y contrevénir.»

<sup>117</sup> § 133 Abs. 1 Bst. c der baselstädtischen Verfassung.

<sup>118</sup> § 9 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>119</sup> § 133 Abs. 1 Bst. d der baselstädtischen Verfassung.

ist (s. vorstehend 1.1.4.2), für alle Religionsgemeinschaften schon aus Art. 15 BV gilt und deshalb nicht wiederholt werden müsste<sup>120</sup>;

- in Aargau keine besonderen Voraussetzungen erfüllen (wobei die öffentliche Anerkennung dort auch nur minimale Wirkungen hat, nämlich die Führung eines staatlichen Registers der Mitglieder, s. nachstehend 2.3.3)<sup>121</sup>.

Angesichts der Vielfalt von Kriterien ist offenkundig, dass die Kantone ihre Souveränität ausschöpfen (Art. 3 und 72 Abs. 1 BV). Am liberalsten dürfte die Regelung in Basel-Stadt sein, wo kein demokratischer Aufbau der Religionsgemeinschaft verlangt wird und sogar die Stiftungsform zulässig wäre, am restriktivsten dagegen die waadtländische Regelung.

### 2.3.2 Verfahren

Das Verfahren der kleinen oder öffentlichen Anerkennung ist wiederum in den Kantonen unterschiedlich geordnet. Drei Arten sind auseinander zu halten: Gesetzgebung mit Referendumsvorbehalt, parlamentarischer Entscheid in abschliessender Kompetenz, justiziell überprüfbarer Akt der Regierung. So entscheidet darüber:

- in Waadt das Kantonsparlament durch Erlass eines Gesetzes<sup>122</sup>, ebenso über den Entzug<sup>123</sup>, wobei die Kantonsregierung eine Verwarnung aussprechen und der Gemeinschaft einzelne Befugnisse entziehen kann<sup>124</sup>;
- in Basel-Stadt das Kantonsparlament mit der absoluten Mehrheit der Mitglieder unter Ausschluss des Referendums<sup>125</sup>, ebenso über den Entzug, wenn die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind<sup>126</sup>;
- im Aargau<sup>127</sup> und in Freiburg<sup>128</sup> die Kantonsregierung, wobei nur in Freiburg auch der Entzug ausdrücklich geregelt ist<sup>129</sup>.

### 2.3.3 Wirkungen

Die auf diesem Weg öffentlich anerkannten Religionsgemeinschaften erhalten:

- in Basel-Stadt die durch den Anerkennungsbeschluss bestimmten Rechte und Pflichten (wobei die bisher in dieser Form anerkannten Gemeinschaften, nämlich die anthroposophische Christengemeinschaft, die Neupostolische Kirche Basel und zwei Alevitische Vereinigungen, bewusst auf solche Rechte verzichteten und sich mit dem Symbolgehalt der Anerkennung begnügten)<sup>130</sup>;
- in Freiburg die regelmässige Information über Zu- und Wegzuger ihrer Denomination durch die Gemeindeverwaltungen<sup>131</sup>, Raum für den Religionsunterricht in den staatlichen Schulhäusern und Stundenplänen<sup>132</sup> sowie Zutritt namentlich zu den Gefängnissen und Krankenhäusern, um dort Seelsorge zu leisten<sup>133</sup>;
- in Aargau die Führung eines staatlichen Registers der Mitglieder auf kantonaler oder Gemeindeebene<sup>134</sup>, m.E. mit Zu- und Wegzügelmeldungen, weil nur so diese staatliche Dienstleistung einen Sinn macht;
- in Freiburg schliesslich die Befreiung von kantonalen Steuern<sup>135</sup>, ebenso aufgrund des Steuergesetzes in Waadt<sup>136</sup>.

### 2.4 Vertragliche Regelungen

Statt oder zusätzlich zu den Formen der Anerkennung mögen die Kantone Verträge mit Religionsgemeinschaften schliessen<sup>137</sup>. Diese können sich auf bestimmte Sachbereiche konzentrieren (z.B. die Seelsorge an staatlichen Gefängnissen und Krankenhäusern) oder das Verhältnis beider Seiten umfassend ordnen, mithin konkordatärer Natur sein.

<sup>120</sup> BGE 101 Ia 392 Erw. 3.

<sup>121</sup> § 109 Abs. 3 Satz 2 der aargauischen Verfassung.

<sup>122</sup> Art. 17–21 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>123</sup> Art. 27 Bst. c des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>124</sup> Art. 27 Bst. a–b des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>125</sup> § 133 Abs. 3 der baselstädtischen Verfassung.

<sup>126</sup> § 134 der baselstädtischen Verfassung.

<sup>127</sup> Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg, § 109 N. 8.

<sup>128</sup> Art. 28 Abs. 1 Ingress des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>129</sup> Art. 30 des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>130</sup> § 133 Abs. 4 der baselstädtischen Kantonsverfassung. *Pa-hud de Mortanges/Süess*, Muslime (Anm. 69), S. 19; *Winzeler*, Neuere Anerkennungspraxis (Anm. 101), S. 32–34.

<sup>131</sup> Art. 29 Abs. 1 Bst. a des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>132</sup> Art. 29 Abs. 1 Bst. b des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>133</sup> Art. 29 Abs. 1 Bst. c des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>134</sup> § 9 Abs. 3 Satz 2 der aargauischen Verfassung.

<sup>135</sup> Art. 29 Abs. 1 Bst. d–e des freiburgischen Gesetzes (Anm. 81).

<sup>136</sup> Art. 13 des waadtländischen Gesetzes (Anm. 105).

<sup>137</sup> *Christoph Winzeler*, Verträge der Kantone mit Religionsgemeinschaften, in: ders., RdS, S. 63–83.

Für eine relativ umfassende Zusammenstellung sei auf die «Schweizerischen Kirchenrechtsquellen» verwiesen<sup>138</sup>. Als Beispiele für Verträge der Kantone mit Religionsgemeinschaften seien genannt (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- die Konkordate mit dem Heiligen Stuhl über die Bistümer Basel (1828)<sup>139</sup>, Lugano (1968)<sup>140</sup> und St. Gallen (1845)<sup>141</sup>. Sie regeln, soweit heute noch aktuell, v.a. die gebietsmässige Umschreibung (Zirkumskription) der Bistümer und die Ernennung bzw. Wahl der Bischöfe, sind also nicht Konkordate im grundlegenden, für das Verhältnis der Kirche zum Staat umfassenden Sinn;
- in Neuenburg das Konkordat mit der Evangelisch-reformierten, Römisch-katholischen und Christkatholischen Kirche (2001)<sup>142</sup>;
- in Basel-Stadt ein Vertrag über die Seelsorge in den staatlichen Spitälern durch evangelisch-reformierte, römisch-katholische, christkatholische bzw. jüdische Geistliche (1984)<sup>143</sup>;
- in Bern die Verträge mit den drei Landeskirchen über einen von diesen zu leistenden Beitrag an die Interessengemeinschaft der jüdischen Gemeinden des Kantons Bern (1997)<sup>144</sup> und mit der Evangelisch-reformierten Kirche über die Ausrichtung eines Forschungsbeitrages zur Finanzierung eines Lehrauftrages für kirchliche Diakonie (1999)<sup>145</sup>;
- in Freiburg das Abkommen mit dem Predigerorden und der Schweizer Bischofskonferenz über die Theologische Fakultät der Universität Freiburg i.Ü. (1985)<sup>146</sup>. Es regelt v.a. die Rechte des Ordensmeisters des Predigerordens als Grosskanzler der Fakultät in Bezug auf die theologische Lehre und das Lehrpersonal;
- in Genf die Partnerschaftvereinbarung mit den drei öffentlich anerkannten Kirchen zur Seelsorge an den Universitätsspitalern (2000)<sup>147</sup>;
- in Luzern die Vereinbarung mit dem Bischof von Basel über die Theologische Fakultät Luzern (2005)<sup>148</sup>. Sie regelt namentlich die Befugnisse des Bischofs als Grosskanzler in Bezug auf die theologische Lehre und das Lehrpersonal;
- im Tessin der Vertrag mit dem Bischof von Lugano und der Evangelisch-reformierten Kirche über die Organisation des Religionsunterrichts und den Status der Religionslehrer (1993)<sup>149</sup>;
- schliesslich (ausnahmsweise) eine Vereinbarung des Bundes, nämlich des Bundesamtes für Flüchtlinge mit dem der Schweizer Bischofskonferenz, Schweizerischen Evangelischen Kirchenbund, der Christkatholischen Kirche der Schweiz und dem Schweizerischen Israelitischen Gemeindebund über die regionalen Seelsorgedienste in den Empfangsstellen für Asylsuchende (2001)<sup>150</sup>.

Vor dem Hintergrund dieser Beispiele könnten z.B. die Einführung eines islamischen Religionsunterrichts<sup>151</sup> (welcher theologischen Lehre auch immer) und die Ausbildung des Lehrkörpers dafür mit einer geeigneten Institution vertraglich geregelt werden, evtl. in Kombination mit deren öffentlicher Anerkennung.

Die öffentlich-rechtliche Anerkennung i.e.S. (s. vorstehend 2.2) ist jedoch in keinem schweizerischen Kanton vertraglich begründet.

<sup>138</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), woraus die anschliessend genannten Beispiele stammen.

<sup>139</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 1 (Zusatzdokumente Nrn. 2–9). *Sebastian Wetter*, Die Bistumskonkordate von Basel und St. Gallen, Ihre Entstehungs- und Wirkungsgeschichte in kanonistischer Perspektive, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 29–121, 234–327 und 421–431.

<sup>140</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 16.

<sup>141</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 13 (Zusatzdokumente Nrn. 14–15). *Wetter*, Bistumskonkordate (Anm. 139), S. 122–219, 328–392 und 431–441.

<sup>142</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 37.

<sup>143</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 21.

<sup>144</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 30.

<sup>145</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 31.

<sup>146</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 33 (Zusatzdokument Nr. 34).

<sup>147</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 35.

<sup>148</sup> Vereinbarung zwischen dem Bischof von Basel, der Universität Luzern und dem Kanton Luzern betreffend die Theologische Fakultät der Universität Luzern vom 8. November 2005, in: *SJKR* 12 (2007), S. 333–336.

<sup>149</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 41.

<sup>150</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen, Bd. 3 (Anm. 74), Nr. 51.

<sup>151</sup> Vgl. als guten Einstieg und Überblick: *René Pahud de Mortanges*, Islamischer Religionsunterricht – eine Forderung und viele Fragen, in: René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (Hg.), *Muslimen und schweizerische Rechtsordnung*, Freiburg i.Ü. 2002, S. 167–187.

## 2.5 Anspruch auf Anerkennung?

Das schweizerische Verfassungs- und Gesetzesrecht sieht weder einen Anspruch auf die öffentlich-rechtliche oder öffentliche Anerkennung noch auf den Abschluss eines Vertrags vor<sup>152</sup>. Die Entwicklung in diesem Bereich vollzieht sich auf den Ebenen der Verfassungs- und Gesetzgebung, nicht der Rechtsprechung (im Gegensatz zur deutschen Rechtslage<sup>153</sup>). Entschieden wird jeweils im politischen Ermessen der Parlamente, Aktivbürgerinnen und Aktivbürger. Dabei ist die unterschiedliche Behandlung von Religionsgemeinschaften erlaubt, solange sie aufgrund sachlicher Kriterien (Beispiele: Anzahl der Mitglieder, Bewährung durch Dauer, Verwurzelung in der Gesellschafts- und Rechtsordnung) oder durch eine Sozialbilanz als Differenzierung begründet werden kann<sup>154</sup>.

Ausnahmsweise mag jedoch ein Anspruch auf öffentlich-rechtliche oder öffentliche Anerkennung aus dem Diskriminierungsverbot der Rechtsgleichheit folgen (Art. 8 Abs. 2 BV). Dies kann der Fall sein, wenn einer Religionsgemeinschaft die begehrte Anerkennung verweigert wird und dafür kein anderer Grund erkennbar ist als die Ablehnung der entsprechenden Religion. In einem solchen Fall wird die erlaubte Differenzierung zur unerlaubten Diskriminierung und kann die Anerkennung durch Gerichtsurteil erfolgen (nach dem Beispiel des Einbürgerungsfalles von Emmen<sup>155</sup>).

## 3 Die subsidiäre Verfügbarkeit des Privatrechts

Kommt weder eine Anerkennung noch ein Vertrag zustande, bleibt subsidiär das Privatrecht verfügbar<sup>156</sup>. Im Vordergrund stehen der Verein (Art. 60–79 ZGB)<sup>157</sup> und die Stiftung (Art. 80–89 ZGB)<sup>158</sup>. Die schweizerische Gesetzgebung sieht bei Vereinen weder die Pflicht zur Eintragung in ein staatliches Verzeichnis noch eine behördliche Aufsicht vor. Ebenso wenig ist den Religionsgemeinschaften vom Privatrecht her eine Pflicht zur Demokratie auferlegt: Der Mitgliederkreis eines Vereins oder die Zusammensetzung eines Stiftungsrats kann durch die Satzung auf einen eng umschriebenen Personenkreis beschränkt werden. Einen zwingenden Anspruch auf Mitgliedschaft (beim Verein) oder eine Mitbestimmung der Begünstigten (bei der Stiftung) schreibt das Gesetz nicht vor. Aber es lässt auch nicht Raum für jede Besonderheit geistlicher Ämter. So widerspricht ein auf Lebenszeit verliehenes Bischofsamt z.B. dem zwingenden Recht der Vereinsmitglieder, den Vorstand aus wichtigem Grund abzuwählen (Art. 65 Abs. 3 ZGB). Entsprechend kann ein solches Amt nicht im Rahmen eines Vereinsvorstands geordnet werden, was eine zweite, geistliche Regelung nahelegt (ein kanonisches oder religiöses Recht). Mit anderen Worten bildet sich auch in diesem Fall ein Dualismus zweier miteinander ggf. kollidierender Rechtsordnungen heraus. Auf die Vereins- oder Stiftungsform

<sup>152</sup> Statt vieler: *Hafner*, Mehr Freiheit durch Anerkennung, S. 1004–1006 und 1019 m.w.H.

<sup>153</sup> Einklagbarer Anspruch auf die Stellung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen, Art. 140 des Grundgesetzes i.V.m. Art. 137 Abs. 5 der Weimarer Reichsverfassung: «Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes, soweit sie solche bisher waren. Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten. Schliessen sich mehrere derartige öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften zu einem Verbands zusammen, so ist auch dieser Verband eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.»

<sup>154</sup> Vgl. die von den Kantonen zur kleinen oder öffentlichen Anerkennung entwickelten Kriterien (s. vorstehend 2.3.1).

<sup>155</sup> BGE 129 I 217: «Die Verletzung des Diskriminierungsverbots kann mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht geltend gemacht werden, auch wenn – wie bei der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs – kein Anspruch in

der Sache besteht.» Zur Frage, ob sich eine juristische Person auf das Diskriminierungsverbot berufen kann, statt vieler: bejahend *Yvo Hangartner*, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, in: ZSR 122 (2003) I, S. 118, und *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 485–487; zurückhaltend *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, S. 443, und *Judith Wyttenbach*, Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften in der Schweiz im Kontext der Grundrechte, in: Adrian Loretan (Hg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Religionsrechtliche Studien, Bd. 2, Zürich 2011, S. 384; ablehnend *Belser/Waldmann*, Grundrechte II (Anm. 36), S. 291.

<sup>156</sup> Dazu als guter Überblick: *Rüegg* (Anm. 72).

<sup>157</sup> Mit ausdrücklichem Hinweis auf die Zulässigkeit eines religiösen Vereinszwecks, Art. 60 Abs. 1 ZGB.

<sup>158</sup> Mit Befreiung der kirchlichen Stiftungen von der staatlichen Aufsicht, Art. 87 Abs. 1 ZGB, und der Pflicht, eine Rechnungsprüfstelle einzusetzen, Art. 87 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB.

des Privatrechts bleiben die betroffenen Religionsgemeinschaften jedoch angewiesen, um für den Rechtsverkehr handlungsfähig zu sein, d.h. z.B. Grundstücke besitzen und Verträge schliessen zu können.

## Literatur

In den Fussnoten sind die nachstehend aufgeführten Werke nur mit den Autorennamen zitiert, nötigenfalls ergänzt durch Vornamen oder Haupttitel.

### AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL

- Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

### ENGI, LORENZ

- Die religiöse und ethische Neutralität des Staates, Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts, Zürich/Basel/Genf 2017.

### FRIEDERICH, UELI

- Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat, Zur Bedeutung der Religionsfreiheit im schweizerischen Staatskirchenrecht, Bern 1993.
- Selbstbestimmungsrecht von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, in: ders./Campiche/Pahud de Mortanges/Winzeler, S. 69–92.

### FRIEDERICH, UELI/CAMPICHE, ROLAND J./PAHUD DE MORTANGES, RENÉ/WINZELER, CHRISTOPH

- Bundesstaat und Religionsgemeinschaften, Überlegungen und Vorschläge für ein zeitgemässes Religionsrecht in der schweizerischen Bundesverfassung, SJKR-Beiheft 4 (2003).

### HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA

- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

### HAEFLIGER, ARTHUR/SCHÜRMAN, FRANK

- Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Aufl., Bern 1999.

### HAFNER, FELIX

- Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 707–719.
- Mehr Freiheit durch Anerkennung? Anmerkungen zur öffentlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (Hg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Baden-Baden/St. Gallen/Zürich 2007, S. 101–102.

### HANGARTNER, YVO

- Religionsfreiheit, Ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 3 BV (Verbot des Baus von Minaretten), in: AJP 19 (2010), S. 441–451.
- Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111–125.

### KARLEN, PETER

- Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988.
- Die korporative religiöse Freiheit in der Schweiz, Von der Kirchenautonomie zum Selbstbestimmungsrecht, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Freiburg i.Ü. 2001.

### KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER/WYTTENBACH, JUDITH

- Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

### KRAUS, DIETER

- Schweizerisches Staatskirchenrecht, Hauptlinien des Verhältnisses von Staat und Kirche auf eidgenössischer und kantonaler Ebene, Tübingen 1993.
- Religion und Kirche in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: SJKR 16 (2011), S. 11–29.

- Religionsfreiheit im europäischen Recht, in: Adrian Loretan (Hg.): Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Religionsrechtliche Studien, Bd. 2, Zürich 2011, S. 189–207.

**MERTEN, DETLEF/PAPIER, HANS-JÜRGEN**

- Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 7/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007.

**MÜLLER, JÖRG PAUL**

- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.

**MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS**

- Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

**MÜLLER, MARKUS**

- Religion im Rechtsstaat, Von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017.

**PAHUD DE MORTANGES, RENÉ**

- Im Laufe der Zeit, Vom Stand des kantonalen Religionsverfassungsrechts, in: Thomas Flüge/Martin Ernst Hirzel/Frank Mathwig/Peter Schmid (Hg.), Wo Gottes Wort ist, Die gesellschaftliche Relevanz von Kirche in der pluralen Welt, Festgabe für Thomas Wipf, Zürich 2010, S. 141–155.
- System und Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein, in: ZevKR 52 (2007), S. 493–521.
- Zur Anerkennung und Gleichbehandlung von Religionsgemeinschaften, in: Friederich/Campiche/Pahud de Mortanges/Winzeler, S. 49–67.
- Zwischen religiöser Pluralisierung und Säkularisierung, Aktuelle Entwicklungen bei der staatlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 155–200, S. 11–24.

**RHINOW, RENÉ/SCHEFER, MARKUS/UEBERSAX, PETER**

- Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

**SAHLFELD, KONRAD**

- Aspekte der Religionsfreiheit im Lichte der Rechtsprechung der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und nationaler Gerichte, Zürich 2004.

**SCHEFER, MARKUS**

- Religionsfreiheit aus gemeineuropäischer Sicht, in: Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Constance Grewe/Andreas Kley/Markus Kotzur/Kerstin Odendahl/Benjamin Schindler/Daniel Thürer (Hg.), Religionsfreiheit im Verfassungsstaat, Zweites Kolloquium der Peter Häberle-Stiftung an der Universität St. Gallen, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen 2011, S. 105–119.

**STÖCKLI, ANDREAS**

- Die Glaubens- und Gewissensfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung unter Berücksichtigung der historischen, philosophischen und völkerrechtlichen Grundlagen, Zürich/Basel/Genf 2023 (im Druck).

**SÜESS, RAIMUND/TAPPENBECK, CHRISTIAN R./PAHUD DE MORTANGES, RENÉ**

- Die Kirchensteuern juristischer Personen in der Schweiz, Eine Dokumentation, Zürich/Basel/Genf 2013.

**WINZELER, CHRISTOPH**

- Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (abgekürzt «Einführung»).
- Die öffentlich-rechtliche Anerkennung als zweiseitiges Rechtsgeschäft, in: René Pahud de Mortanges (Hg.), Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020b, S. 283–304.
- Ordnung oder Freiheit? Die zwei Paradigmen der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts zur Religionsfreiheit als Individualrecht, in: ders.: RdS, S. 145–164.

- Religion im demokratischen Staat, Beiträge zum Religionsverfassungsrecht und zur Religionsfreiheit, Zürich/Basel/Genf 2012 (abgekürzt «RdS»).
- Die Religionsfreiheit als individuelles und korporatives Grundrecht, in: ders., RdS, S. 93–114.
- Religionsfreiheit und Religionswechsel, in: ders., RdS, S. 167–176.
- Strukturen von einer «anderen Welt», Bistumsverhältnisse im schweizerischen Bundesstaat 1848–1998, ihr historischer Wandel und ihre Inkulturation, Freiburg i.Ü. 1998.
- Die weltanschauliche Neutralität des Staates, Ein Rechtsprinzip und seine Bedeutungsaspekte, in: ders., RdS, S. 115–143.
- Weltanschauliche Neutralität des Staates nach schweizerischem Verfassungsrecht, in: Thomas Schlag/Antje Roggenkamp/Philippe Büttgen (Hg.), Religion und Philosophie in schulischen Kontexten, Rahmenbedingungen, Profile und Pfadabhängigkeiten des Religions- und Philosophieunterrichts in Deutschland, Frankreich, der Schweiz und Griechenland, Leipzig 2020a, S. 99–115.

## Abkürzungen

aBV	[alte] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBl	[Schweizerisches] Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des [Schweizerischen] Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
BVerfGE	Entscheidungen des [deutschen] Bundesverfassungsgerichts
CIC	Codex Iuris Canonici vom 25. Januar 1983
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
Erw.	Erwägung
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
SJKR	Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht
SKZ	Schweizerische Kirchenzeitung
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZGB	[Schweizerisches] Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

*Kontakt:*

Institut für Religionsrecht

Avenue de l'Europe 20, CH-1700 Freiburg

Tel. +41 26 300 80 23

E-Mail: [religionsrecht@unifr.ch](mailto:religionsrecht@unifr.ch)

[www.unifr.ch/ius/religionsrecht](http://www.unifr.ch/ius/religionsrecht)