

Die rechtliche Behandlung des Kopftuchs im Spannungsfeld von Religionsfreiheit, religiöser Neutralität, Geschlechtergleichheit und Integration

von lic. phil. cand. iur. Jacqueline Augsburg, im Oktober 2005

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	2
I Religiöse Neutralität, Religionsfreiheit und konfessioneller Frieden.....	3
1. Die religiöse Neutralität des Staates.....	3
1. 1. Allgemeine Pflicht zu konfessioneller Neutralität.....	3
1. 2. Religiöse Neutralität öffentlicher Schulen	5
2. Das Kopftuch aus der Sicht der religiösen Neutralität und der Religionsfreiheit	7
2. 1. Rechtsprechung	7
2. 2. Beurteilung	9
3. Das Kopftuch aus der Sicht des religiösen Friedens	13
II Das Kopftuch aus der Sicht der Geschlechtergleichheit.....	14
1. Herkunft und Bedeutung der Kleidervorschriften	14
2. Gleichstellungsgebot und Diskriminierungsverbot	17
3. Das Kopftuch der Lehrerin	18
3. 1. Rechtsprechung	18
3. 2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuchs der Lehrerin.....	18
4. Das Kopftuch am Arbeitsplatz	21
4. 1. Rechtsprechung	21
4. 2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuchs am Arbeitsplatz	22
5. Das Kopftuch der Schülerin	24
5. 1. Rechtsprechung	24
5. 2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuches der Schülerin	25
6. Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht	26
6. 1. Rechtsprechung	26
6. 2. Beurteilung der Zulässigkeit der Dispensation vom Schwimmen.....	28
Schlussbetrachtung	31
Bibliografie.....	35

Einleitung

Ein Grossteil der Debatte um die Integration der muslimischen Bevölkerung und um die Gleichstellung muslimischer Frauen kreist um das Kopftuch. Das Kopftuch der Muslimin hat heute für einen bedeutenden Teil der westlichen Öffentlichkeit einen grossen Symbolgehalt, auch wenn die betroffenen Frauen selbst oft andere Themen als dringender betrachten mögen. Spätestens seit dem 11. September 2001 sind Frauen, die ihr Recht aufs Kopftuch einfordern, neben dem Verdacht der Rückständigkeit auch mit demjenigen politisch-fundamentalistischer Motive konfrontiert. Das Kopftuchverbot für Schülerinnen an französischen Schulen ist vor dem Hintergrund der Angst eines wachsenden Radikalisierung der muslimischen Bevölkerung in Frankreich zu sehen. In Deutschland erregte der Fall einer Lehrerin Aufsehen, die Verfassungsbeschwerde erhob, weil das Bundesland Baden-Württemberg ihr die Lehrtätigkeit mit Kopftuch an einer öffentlichen Schule verweigerte. Für Alice Schwarzer ist ihr Kopftuch eine „politische Demonstration“, eine „Flagge des islamistischen Kreuzzuges, der die ganze Welt zum Gottesstaat deformieren will“¹. Insbesondere Frauen sehen im Kopftuch das Symbol der Unterdrückung der Frau schlechthin und fordern deshalb ein Verbot. Andere irritiert das Kopftuch als religiöses Relikt in einer säkularisierten Gesellschaft.

Auch in der Schweiz prallen unterschiedliche Wertvorstellungen v.a. im Bereich der öffentlichen Schule und am Arbeitsplatz aufeinander. Gerichte haben über die Zulässigkeit von Kruzifixen und Kopftüchern in Schulzimmern und von Dispensationen vom obligatorischen Schwimmunterricht zu entscheiden. Medizinstudentinnen mit Kopftuch werden nicht zu Praktika an Spitälern zugelassen. Fabrikarbeiterinnen verlieren ihre Stelle, weil sie sich weigern, ihr Kopftuch abzulegen. Ist das Kopftuch eigentlich ein religiöses Symbol oder ein politisches? Oder ein banales Kleidungsstück? Ist es Zeichen der Unterdrückung der Frau? Fördert sein Verbot tatsächlich ihre Gleichstellung?

Mit dieser Arbeit möchte ich einen Beitrag zur Versachlichung der Diskussion um das Kopftuch leisten. Dies soll anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichts und einzelner kantonaler Gerichte zum Kopftuch in der Schule und am Arbeitsplatz sowie zur Dispensation vom Schwimmunterricht geschehen.

Im ersten Teil wird die rechtliche Behandlung des Kopftuchs unter dem Aspekt der religiösen Neutralität von Staat und Schule, der positiven und negativen Glaubensfreiheit

¹ Frankfurter Rundschau vom 2. Juni 2003.

und des konfessionellen Friedens diskutiert. Der zweite Teil widmet sich der Behandlung der Frage, wie weit Kopftücher und Dispensationen vom Schwimmunterricht mit der Geschlechtergleichheit vereinbar sind. Im letzten Teil werde ich die Ergebnisse zusammenfassen und daraus Schlussfolgerungen für die Behandlung dieser Fragen formulieren.

I Religiöse Neutralität, Religionsfreiheit und konfessioneller Frieden

1. Die religiöse Neutralität des Staates

1. 1. Allgemeine Pflicht zu konfessioneller Neutralität

Die Religionsfreiheit schützt den einzelnen Menschen in seinen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen vor ungerechtfertigten staatlichen Übergriffen. Sie verpflichtet den Staat zudem zu konfessioneller und religiöser Neutralität. Dieses Gebot ergibt sich aus der negativen Glaubensfreiheit bzw. dem Zwangsverbot von Art. 15 Abs. 4 BV. Es beinhaltet die staatliche Pflicht zu einer neutralen Haltung in religiösen Angelegenheiten. Der Staat darf für keine Religion Partei ergreifen. Er darf bestimmte Personen aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit nicht bevorzugen oder benachteiligen (Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV)² oder seinen Entscheidungen religiöse Erwägungen zugrunde legen (BV 15 IV)³. Den Anspruch auf religiöse Neutralität kann die Einzelne gegenüber dem Staat als individuelles Recht geltend machen⁴.

Im Leitentscheid zur Tragweite des allgemeinen Gebots der religiösen Neutralität des Staates hielt das Bundesgericht fest, es sei nicht Sinn des Neutralitätsgebotes, jegliche religiösen oder weltanschaulichen Elemente völlig aus der Staatstätigkeit auszuschliessen. Vielmehr verlange die Neutralitätspflicht „die unparteiische, gleichmässige Berücksichtigung der in einer pluralistischen Gesellschaft auftretenden religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen“⁵.

Die allgemeine staatliche Pflicht zur religiösen Neutralität gilt nicht absolut. Die wich-

² Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion ist in Art. 8 Abs. 2 BV und auf völkerrechtlicher Ebene u.a. in Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I, Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II verankert. Das Verbot ist ein wesentlicher Teilgehalt des Rechts auf Religionsfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK, Art. 18 UNO-Pakt II). Letztere geht in einem konkreten Anwendungsfall dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vor; Helbling, 235.

³ Kayser, 80 ff.

⁴ Müller, 89; BGE 118 Ia 46, 58 f. E 4e (infoSekta); BGE 116 Ia 252, 257ff. E 5 (Kruzifix), deutsche Übersetzung in ZBl 1991, S. 70ff.

⁵ BGE 118 Ia 46, 58 (infoSekta).

tigste Ausnahme bildet die öffentlich-rechtliche Anerkennung der Landeskirchen in den Kantonen. Gemäss Art. 72 Abs. 1 BV sind für die Regelung des Verhältnisses von Kirche und Staat die Kantone zuständig. Eine weitgehende Trennung von Kirche und Staat haben nur die Kantone Genf und Neuenburg verwirklicht. Religionsgemeinschaften sind dort Personen des Privatrechts. Die meisten anderen Kantone privilegieren die christlichen Kirchen durch Zuerkennung eines öffentlich-rechtlichen Status. In diesen Kantonen sind die evangelisch-reformierte und die römisch-katholische Kirche öffentlich-rechtlich anerkannt, z.T. auch die christkatholische Kirche und jüdische Gemeinden⁶. Zahlreiche Ausnahmen von der staatlichen Neutralitätspflicht finden sich auf Bundesebene wie in den Kantonen⁷.

Zumindest theoretisch geniessen alle Religionsgemeinschaften das gleiche Recht auf freie Kultusausübung. In den meisten Kantonen werden allerdings die herkömmlichen christlichen Religionen stark privilegiert⁸. Historisch gewachsene Beziehungen zwischen Kirche und Staat haben sich als relativ resistent gegen Veränderungen erwiesen⁹. Die religiöse Neutralität des Staates stösst an faktische Grenzen, die sich aus der historischen kulturell-religiösen Prägung eines Gemeinwesens ergeben¹⁰.

Das Prinzip der Laizität, wie es etwa in der Türkei, in Frankreich sowie in den Kantonen Genf und Neuenburg mehr oder weniger stark verwirklicht ist, geht über die in der Bundesverfassung garantierte Neutralitätspflicht hinaus, indem eine strikte Trennung zwischen Staat und Kirche vorgeschrieben wird¹¹. Die Laizität wird allerdings unterschiedlich interpretiert. Nur eine strikte Auslegung verbannt die Religion völlig aus der Öffentlichkeit in den privaten Bereich. Eine „weichere“ Laizität erlaubt das Tragen von Zeichen der Zugehörigkeit zu einer Religion in der Schule und erleichtert so die Integra-

⁶ Kayser, 82; Müller, 98.

⁷ Die Präambel der Bundesverfassung beginnt mit den Worten „Im Namen Gottes des Allmächtigen!“ Durch den Bezug zum christlichen Erbe werden Andersgläubige jedoch nicht zu einer bestimmten Anschauung verpflichtet; Kayser, 82. Die ursprünglich religiös motivierte arbeitsrechtliche Privilegierung des Sonntags wird nicht als Verletzung der Religionsfreiheit betrachtet; Müller, 90. Eine Bestimmung des St. Galler Schulgesetzes, welche die Volksschule „auf christliche Grundsätze“ verpflichtet, wurde von Bundesrat und Bundesversammlung in einem Beschwerdeverfahren als verfassungskonform bezeichnet. Müller, 90 bezweifelt, dass mit einer solchen normativen Festlegung einer Glaubensrichtung die staatliche Neutralitätspflicht gewahrt sei.

⁸ Häfelin/Haller, Rz. 412, 444.

⁹ Müller, 98. 1980 wurde eine Volksinitiative, welche die vollständige Trennung von Kirche und Staat in der Verfassung verankern wollte, in allen Kantonen deutlich abgelehnt.

¹⁰ Müller, 89 f. Aubert, 488 hält fest, die Schweiz habe zwar keine Staatsreligion. Doch „l'Etat ne se gêne pas de marquer, par des signes et par des actes, sa préférence pour la religion de la majorité. N'étant pas neutre et ne voulant pas l'être. Il n'est pas vraiment laïque“.

¹¹ Hangartner, AJP 1988, 604.

tion Andersgläubiger¹².

1.2. Religiöse Neutralität öffentlicher Schulen

Besondere Bedeutung kommt dem Grundsatz der konfessionellen Neutralität des Staates in den öffentlichen Schulen zu. Dass der Unterricht konfessionell bzw. in religiöser Hinsicht neutral zu sein hat, ergibt sich einerseits aus dem Verbot des Zwangs zur Teilnahme an religiösem Unterricht (Art. 15 Abs. 4 BV) und andererseits daraus, dass der Grundschulunterricht obligatorisch ist und allen Kindern offen stehen muss (Art. 62 Abs. 2 BV)¹³. Die Kantone können grundsätzlich die religiöse Neutralität an der Schule durch Bezugnahme auf die Laizität bzw. völlige Trennung von Kirche und Staat verstärken¹⁴. Hangartner sieht Grenzen der Laizität allerdings dort, wo von BV und EMRK garantierte Freiheitsrechte tangiert werden¹⁵.

Der Grundsatz der religiösen Neutralität öffentlicher Schulen wurde in zahlreichen Bundesgerichtsentscheiden konkretisiert. Die Schulen dürfen fakultativen Religionsunterricht anbieten, da mit der Möglichkeit zur Dispensation dem Neutralitätsgebot nachgekommen wird¹⁶. Gegen die Pflicht zur religiösen Neutralität öffentlicher Schulen verstösst laut Bundesgericht das Anbringen von Kruzifixen in sämtlichen Klassenzimmern einer Primarschule in einer Tessiner Gemeinde¹⁷. Das Bundesgericht sieht die religiöse Neutralität der Schule auch durch eine muslimische Lehrerin verletzt, die mit einem Kopftuch an einer Genfer Primarschule unterrichtete¹⁸.

Der Grundschulunterricht ist laut Art. 62 Abs. 2 BV für alle Kinder obligatorisch. Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung bürgerlicher Pflichten. Dieser Vorbehalt, der in Art. 49 Abs. 5 aBV verankert war, ist in der Bundesverfassung von

¹² Kälin, 155 f. In Frankreich hat sich mit dem Gesetz zum Verbot sämtlicher deutlich sichtbarer Zeichen der Religionszugehörigkeit von Schulkindern 2004 eine strenge Laizität durchgesetzt. Das Verbot betrifft Juden, Sikhs und Musliminnen stärker als Angehörige der christlichen Religion. Anlass für das Gesetz war die Angst vor einem wachsenden Einfluss fundamentalistischer Strömungen unter der muslimischen Bevölkerung; Kälin/Wytenbach, AJP 2005, 318. Das oberste französische Verwaltungsgericht hatte bisher religiöse Zeichen und Kleidungsstücke an Schulen nur verboten, wenn sie provokativen, propagandistischen oder missionarischen Zwecken dienten.

¹³ Müller, 90 f. In der BV von 1874 war der Grundsatz, dass die öffentlichen Schulen Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit offen stehen sollen, noch ausdrücklich verankert (Art. 27 Abs. 3 aBV).

¹⁴ Epiney/Mosters/Gross, 136.

¹⁵ Hangartner, AJP 1998, 603.

¹⁶ Häfelin/Haller, Rz. 423; Kayser, 83.

¹⁷ BGE 116 Ia 252 ff. (Kruzifix), deutsche Übersetzung in ZBl 1991, 70-79; siehe dazu Kap. I 2.

¹⁸ BGE 123 I 296 ff. (Kopftuch); siehe dazu Kap. I 2 und II.

1999 nicht mehr aufgeführt, gilt aber nach wie vor¹⁹. Das staatliche Recht hat somit Vorrang vor kirchlichen Vorschriften oder religiösen Überzeugungen der Einzelnen²⁰. Bei der konkreten Ausgestaltung der bürgerlichen Pflichten hat der Gesetzgeber jedoch die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Betroffenen zu berücksichtigen; Gesetze sind zudem verfassungskonform auszulegen²¹. In einer Entscheidung zur Verweigerung eines generellen Schuldispenses an Samstagen hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Schulrecht des Kantons Glarus durch die Festlegung von Bürgerpflichten die Religionsfreiheit nicht weiter einschränken darf, als dies im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) bzw. eine notwendige Massnahme i.S.v. Art. 9 Ziff. 2 EMRK darstellt²². Dem Anliegen von Anhängern der Weltweiten Kirche Gottes, ihren Sohn aus religiösen Gründen vom obligatorischen Schulunterricht an Samstagen zu dispensieren, ist entgegen zu kommen, wenn dies mit dem öffentlichen Interesse an einem geordneten und effizienten Schulbetrieb vereinbar ist²³. Den Zwang zum koedukativen Schwimmunterricht hat das Bundesgericht als unverhältnismässige Einschränkung der Religionsfreiheit beurteilt und eine muslimische Schülerin der zweiten Primarklasse im Kanton Zürich aus religiösen Gründen vom Schwimmunterricht dispensiert²⁴.

Der Aargauer Regierungsrat beurteilte das Einüben eines Krippenspiels während des obligatorischen Unterrichts in der dritten Klasse unter bestimmten Voraussetzungen “angesichts unserer abendländischen Kultur“ als mit der Religionsfreiheit vereinbar²⁵. Hier wird deutlich, dass die Berufung auf die christlich-abendländische Tradition die latente Gefahr einer Benachteiligung von Angehörigen religiöser Minderheiten und von Atheistinnen und Atheisten birgt²⁶.

¹⁹ Häfelin/Haller, Rz. 442; Müller, 95.

²⁰ Müller, 94 f.

²¹ Müller, 95.

²² BGE 117 Ia 311, 316 E 2b (Schuldispens Weltweite Kirche Gottes).

²³ Vgl. auch BGE 114 Ia 129 ff. (Laubhüttenfest) zur Schuldispensation eines Mädchens am Samstag und für fünf Tage während des Laubhüttenfestes der Weltweiten Kirche Gottes.

²⁴ BGE 119 Ia 178 ff. (Schwimmunterricht); siehe dazu Kap. II 6.

²⁵ Entscheid des Aargauer Regierungsrates, ZBl 2002, 109 ff. E 3c/aa.

²⁶ Aus Gesprächen mit Müttern muslimischer Kinder ist mir bekannt, dass manche Kinder die von Oktober bis Dezember dauernden Weihnachtsvorbereitungen in der Schule als belastend erleben, dies umso mehr, als die Thematisierung ihrer eigenen religiösen Überzeugungen in vielen Schulen schlicht nicht stattfindet. Damit auch sie die Schule als religiös neutralen Ort erleben könnten, müsste diese die Religionen nichtchristlicher Schulkinder auch thematisieren oder aber die Religion gänzlich aus dem allgemeinen Schulunterricht verbannen. Letzteres dürfte eher im Interesse von Atheistinnen und Atheisten liegen, ersteres in demjenigen von Angehörigen religiöser Minderheiten.

2. Das Kopftuch aus der Sicht der religiösen Neutralität und der Religionsfreiheit

2.1. Rechtsprechung

Im Genfer Kopftuchfall²⁷ ging es um die Frage, ob eine zum Islam konvertierte Primar- schullehrerin im Unterricht ein die Haare und den Hals bedeckendes Kopftuch²⁸ tragen dürfe. Die Genfer Schulbehörden wiesen sie 1996 an, im Unterricht das Kopftuch abzu- legen. Sie wehrte sich und machte bis vor Bundesgericht erfolglos eine Verletzung der Religionsfreiheit geltend²⁹. Das Bundesgericht anerkannte, dass das religiös motivierte Tragen des Kopftuchs als äussere und positive Glaubensbezeugung in den Schutzbe- reich der in Art. 49 aBV und Art. 9 EMRK verankerten Religionsfreiheit fällt³⁰. Ein Verbot durch staatliche Stellen stellt damit einen Eingriff in dieses heute durch Art. 15 BV³¹ und Art. 9 EMRK geschützte Recht dar. Auch Staatsangestellte, die freiwillig ein Sonderstatusverhältnis eingegangen sind, können sich in ihrer amtlichen Tätigkeit auf die Religionsfreiheit berufen; diese kann allerdings durch die öffentliche Funktion ein- geschränkt werden³².

Nach Auffassung des Bundesgerichts stützte sich das Verbot auf eine genügende gesetz- liche Grundlage³³. Als öffentliche Interessen, welche die Einschränkung der Religions-

²⁷ BGE 123 I 296 (Kopftuch).

²⁸ Das Kopftuch ist vom Schleier zu unterscheiden, der das ganze Gesicht bedeckt und meistens mit einer Verhüllung des ganzen Körpers verbunden ist; vgl. dazu Kap. II 1.

²⁹ Da die Lehrerin keine Kündigung riskieren wollte, legte sie das Kopftuch ab und trug stattdessen im Unterricht einen Hut, Richli, ZBJV 1988, 228. Ihre Beschwerde an den EGMR erklärte dieser sowohl bezüglich Art. 9 EMRK als auch hinsichtlich Art. 9 i.V.m. Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) für unzulässig. Der EGMR argumentiert einerseits formalistisch, gibt andererseits grösstenteils die Ausführungen des Bundesgerichts wieder und stellt fest, es sei zulässig, eindeutige religiöse Einflüsse vom Schulalltag auszuschliessen. Die Interessenabwägung ergebe klar, dass der Lehrerin ein Verzicht auf das Kopftuch zuzumuten sei. Der Gerichtshof bemerkt, das Tragen eines Kopftuches sei kaum zu vereinbaren mit dem Gebot der Toleranz, dem Respekt vor anderen und insbesondere mit Gleichstellung und Nicht- diskriminierung, also mit Werten, die in einer demokratischen Gesellschaft jede Lehrperson an ihre Schü- lerinnen und Schüler vermitteln müsse; Déc. de la Cour eur. DH du 15 février 2001, Lucia Dahlab c/ Suisse, req. N^o. 42393/98. Sahlfeld, 364 kritisiert, dass diese Aussage nicht weiter belegt wird. Offen bleibe auch die Frage, weshalb es in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei, eine Lehrerin vom Unterricht auszuschliessen, die nie konkret Anlass zur Kritik gegeben hatte.

³⁰ BGE 123 I 296, 300 E 2b/aa.

³¹ In den Schutzbereich des heute geltenden Art. 15 BV fällt einerseits die innere Glaubensfreiheit (Recht auf freie innere Glaubensbildung und -entscheidung, Abs. 1) und andererseits die äussere (Praktizieren und Weiterverbreiten des Glaubens, Abs. 2 und 3). Die positiven Aspekte sind in Abs. 2 und 3 geregelt; Abs. 4 enthält mit dem Schutz vor Zwang den negativen Aspekt; Epiney/Mosters/Gross, 130 f.; Kayser, 80 f.

³² BGE 123 I 296, 303 E 3; Epiney/Mosters/Gross, 132; Kälin, 152; Hangartner, AJP 1998, 601; Wyss, recht 1998, 176.

³³ Art. 6 des Genfer Unterrichtsgesetzes (LIP) vom 6. November 1940 garantiert im öffentlichen Unter- richt die Achtung der politischen und konfessionellen Überzeugungen von Schülerinnen und Schülern sowie ihrer Eltern. Es wird auch auf Art. 27 Abs. 3 aBV hingewiesen, wonach die öffentlichen Schulen

freiheit der Lehrerin rechtfertigen könnten, prüfte das Bundesgericht die Laizität der Schule, den Schutz der Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Eltern und die Wahrung des religiösen Friedens³⁴. Das Gericht entschied den Fall auf der Grundlage der religiösen Neutralität der öffentlichen Schule, den es aus Art. 27 Abs. 3 aBV, Art. 49 aBV und Art. 9 EMRK ableitete. Es stellte fest, dass die Neutralität der Schule die Lehrkräfte verpflichte, die Überzeugungen der Schülerinnen und Schüler zu achten. Würden Lehrkräfte als Repräsentantinnen des Staates „starke religiöse Symbole“ tragen, sei diese Neutralität nicht mehr gewährleistet. Die Religionsfreiheit der Lehrerin müsse hinter dem Grundsatz der Neutralität zurückstehen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ging das Gericht vor allem auf die Wirkung des Kopftuches auf die Schulkinder ein. Nach seiner Ansicht ist das Kopftuch ein besonders auffälliges Zeichen, das religiöse Auseinandersetzungen geradezu provoziere. Das Bundesgericht sieht im Kopftuchentscheid eine konsequente Weiterführung seiner bisherigen Rechtsprechung und stellt Vergleiche mit dem Kruzifix-Fall an, um zu belegen, dass man nicht ein starkes religiöses Symbol wie das Kruzifix an der Wand eines Schulzimmers verbieten und bei Lehrpersonen starke religiöse Symbole zulassen könne³⁵.

von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können. Art. 164 ff. der Genfer Kantonsverfassung statuieren die Trennung von Staat und Kirche und verankern implizit den Rechtsgrundsatz der Laizität, wonach sich der Staat nicht in kirchliche Belange einmischt und die Kirche umgekehrt nicht in staatliche.

³⁴ BGE 123 I 296, 305 ff. E 4. Hangartner gibt zu bedenken, dass auch ein öffentliches Interesse am Schutz religiöser Minderheiten bestehe sowie an der Zurückweisung von Störungen, die „durch Bekundungen von Intoleranz von aussen an die Schule herangetragen“ wurden; AJP 1998, 602. Die Lehrerin trug das Kopftuch jahrelang ohne Beanstandungen von Seiten der Kinder, Eltern oder der Schule, was auch das Bundesgericht eingestand, BGE 123 I 296, Sachverhalt; 305 E 4. Die vorgesetzte Behörde bescheinigte ihr ausdrücklich eine neutrale Unterrichtsführung. Die kantonale Schulbehörde ging erst auf Initiative einer Schulinspektorin gegen die Lehrerin vor und verbot ihr das Tragen des Kopftuchs im Unterricht. Der Staatsrat wies den Rekurs der Lehrerin ab und bestätigte das Verbot der kantonalen Behörde, nachdem das Genfer Parlament eine Resolution zugunsten der Laizität der Genfer Schulen und gegen die Kopftuchträgerin verabschiedet hatte.

³⁵ BGE 123 I 296, 312 E 4cc und 307 f. E 4b. Gegen den Beschluss des Gemeinderates von Cadro, in jedem Zimmer des neuen Primarschulhauses ein Kruzifix aufhängen zu lassen, hatten sich ein Lehrer, die Sektion Tessin der Freidenkervereinigung der Schweiz sowie drei Einwohner der Gemeinde, darunter der Vater eines evangelisch-reformierten Schülers gewehrt; ZBl 1991, 71. Das Bundesgericht bezeichnete das Aufhängen eines Kruzifixes in jedem Schulzimmer einer Tessiner Primarschule als mit der religiösen Neutralität der Schule (Art. 27 Abs. 3 aBV) unvereinbar; BGE 116 Ia 252, 262 E 7b. Wer die öffentliche Schule besuche, könne in der Zurschaustellung eines solchen Symbols den Willen sehen, die Auffassungen der christlichen Religion im Unterrichtsstoff zu verwenden oder den Unterricht unter den Einfluss des Christentums zu stellen. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass einige Personen durch die konstante Präsenz des Symbols einer Religion, der sie nicht angehören, sich in ihren religiösen Gefühlen verletzt fühlen könnten. Das Gericht korrigierte damit den Entscheid des Bundesrats vom 29. Juni 1988, der im Kruzifix in erster Linie ein Symbol des kulturellen Erbes des christlichen Abendlandes sah; vgl. dazu die Kritik von Karlen, der im Kruzifix ein klares religiöses Symbol der katholischen Konfession sieht und ihm sogar eine missionarische Funktion beimisst; ZBl 1989, 14.

2.2. Beurteilung

Von der Lehre wurde der Entscheid unterschiedlich aufgenommen. Hangartner reiht ihn unter die „causes célèbres“ der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein. Bemerkenswert sei er v.a. rechtssoziologisch und „später einmal wohl auch rechtsgeschichtlich als Ausdruck der Abwehr gegen die sich herausbildende multikulturelle Gesellschaft“³⁶.

Umstritten - und für die weitere Beurteilung des Falles zentral - ist bereits die Bedeutung des Kopftuchs. Ist es ein religiöses bzw. gar ein starkes religiöses Symbol oder nur ein banales Kleidungsstück? Die Genfer Lehrerin argumentierte in ihrer Beschwerde, das islamische Kopftuch beinhalte kein religiöses Symbol, sondern sei ein gewöhnliches Kleidungsstück, weshalb ein allfälliges Verbot auf der Grundlage der persönlichen Freiheit zu prüfen sei³⁷. Für das Bundesgericht ist das Kopftuch ein starkes religiöses Symbol („symbole religieux fort“), weil das Motiv, es zu tragen, in der Regel religiös sei und die Religionszugehörigkeit der Trägerin für Dritte sofort erkennbar sei³⁸. Das Gericht verwendet die Begriffe „signe“ (Zeichen) und „symbole“ (Symbol) unterschiedslos, was Hangartner als „nicht akzeptable Begriffsverflachung“ kritisiert. Er argumentiert, ein Symbol sei religionsgeschichtlich ein heiliges Zeichen, das eine bestimmte religiöse Vorstellung versinnbildliche oder daran anknüpfe. Das Kreuz als Symbol für die Erlösung der Menschen durch den Opfertod Jesu symbolisiere damit die zentrale Aussage des Evangeliums. Im Gegensatz dazu sei das islamische Kopftuch ein banales (also nicht ein heiliges) Kleidungsstück, das allerdings in Erfüllung einer religiösen Pflicht getragen werde³⁹. Auch Epiney et al. argumentieren, das Tragen eines Kopftuchs stelle zwar ein religiös motiviertes Verhalten dar, doch sei das Kopftuch in dem Sinn kein religiöses Symbol, als es selbst keine Glaubensinhalte ausdrücke⁴⁰.

³⁶ Hangartner, AJP 1998, 600. Langenfeld, 352 schliesst nicht aus, dass der Entscheid des Bundesgerichts anders ausfallen würde, wenn andere Kantone als Genf betroffen wären.

³⁷ BGE 123 I 296, 299 E 2a.

³⁸ BGE 123 I 296, 300 E 2a. Dass diese Zuordnung nicht immer zutrifft, wird im Kap. II 1, Herkunft und Bedeutung der Kleidervorschriften, gezeigt werden.

³⁹ Hangartner, AJP 1998, 602.

⁴⁰ Epiney/Mosters/Gross, 131. Andere messen dem Kopftuch eine stärkere Wirkung zu als dem Kruzifix. Von einer ein Kopftuch tragenden Lehrerin, deren Anblick sie dauernd ausgesetzt seien, gehe eine subtile Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler aus. Die Wirkung des Kopftuches werde durch die Person der Trägerin verstärkt. Von einem Kreuz könne man sich hingegen abwenden, und jeder könne eine andere Interpretation damit verbinden; Stefan Mückl, Diskussionsbeitrag in Grote/Marauhn, 611. Das Kreuz entfalte nur eine Wirkung, wenn seine Bedeutung erklärt und von Erziehern positiv besetzt werde. Die Kopftuch tragende Lehrerin hingegen werde schon durch ihre Vorbildfunktion automatisch zu einer Werbeträgerin einer illiberalen Ausprägung des Islams, welche die Frau nur als Objekt (u.a. auch als Lustobjekt) betrachte. Selbst wenn sie im Unterricht nicht auf ihre Religion eingehe, werde ihre Kleidung mehr Interesse wecken als ein an der Wand hängendes Kreuz. Durch eine gute Lehrerin, die ihrer Vorbildfunktion nachkomme, werde das Kopftuch bei den Schülerinnen und Schülern positiv besetzt; Juliane Kokott,

Dass das Bundesgericht zur Begründung des Kopftuchverbots mit der religiösen Neutralität auf den Kruzifixentscheid rekurriert, stösst in der Lehre auf Kritik. Während ein Kruzifix dem Schulzimmer einen offiziellen religiösen Anstrich gebe, welcher gegen den Grundsatz der religiösen Neutralität der Schule verstosse, bringe eine religiös motivierte Kleidung einer Lehrerin in erster Linie die Haltung eines Individuums zum Ausdruck und erst sekundär jene des Staates⁴¹. Die religiöse Neutralität der Schule werde nur in ihrem äusseren Erscheinungsbild tangiert, nicht jedoch in der Substanz⁴². Das Bundesgericht berücksichtige zu wenig, dass das Tragen eines Kopftuchs ein persönlicher Ausdruck einer Glaubensüberzeugung sei. Mit dieser identifiziere sich somit nur die Lehrerin, nicht die Schule. Solange die Lehrerin ihre persönliche religiöse Überzeugung nicht im Rahmen des Unterrichts propagiere, stehe ihre Kleidung unter dem Schutz der Religionsfreiheit⁴³. Eine Gleichsetzung des Kreuzes mit dem Kopftuch bedeute letztlich, die Lehrerin wie ein religiöses Symbol zu behandeln, dessen Wirkung ausschliesslich dem Staat zuzurechnen wäre⁴⁴. Es bestehe zudem ein öffentliches Interesse daran, dass Schülerinnen und Schüler Menschen mit unterschiedlichem kulturellem und religiösem Hintergrund begegnen und lernen würden, mit diesen tolerant umzugehen⁴⁵. Der Staat könne sich nicht auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen, um in den öffentlichen Schulen Kruzifixe aufzuhängen. Eine Lehrperson hingegen könne dies tun, um ein Kreuz, eine Soutane, eine Kippa oder ein Kopftuch zu tragen⁴⁶.

Laut Hangartner wird die Religionsfreiheit von Schulkindern durch eine Lehrerin, die ein Kopftuch trägt, nicht verletzt. Durch das Kopftuch würden die Kinder lediglich mit der Tatsache konfrontiert, dass die Lehrerin der muslimischen Glaubensgemeinschaft angehört. Dass Menschen verschiedene Religionen und Weltanschauungen haben, würde den Kindern heute durch Medien und auf der Strasse täglich vermittelt. Die blosser Konfrontation der Schulkinder mit der Tatsache, dass ihre Lehrerin einer anderen Religion angehöre, beinhalte keine Verletzung der konfessionellen Überzeugungen der Kinder und ihrer Eltern. Art. 6 des Genfer Unterrichtsgesetzes und Art. 27 Abs. 3 aBV seien deshalb keine gesetzliche Grundlage für das Kopftuchverbot⁴⁷. Die nicht belegte Be-

Diskussionsbeitrag in Grote/Marauhn, 607 ff.

⁴¹ Kälin, 169.

⁴² Epiney/Mosters/Gross, 141.

⁴³ Müller, 91.

⁴⁴ Langenfeld, 355, zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich Kopftuch und Kruzifix in Deutschland.

⁴⁵ Müller, 91; ähnlich auch Rhinow, recht 2002, 50.

⁴⁶ Richli, ZBJV 1998, 231; Sahlfeld, 360.

⁴⁷ Hangartner, AJP 1998, 602; ebenso Epiney/Mosters/Gross, 134.

einträchtigung der Religionsfreiheit der Schulkinder und ihrer Eltern werde in der Interessenabwägung gegenüber der realen schweren Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der Lehrerin zu stark gewichtet. Das Kopftuchverbot, das ein faktisches Berufsverbot für die Lehrerin impliziere, sei unverhältnismässig⁴⁸.

Der in der Genfer Verfassung verankerte und unmittelbar anwendbare Grundsatz der Laizität gilt hingegen als genügend klare Rechtsgrundlage für das Kopftuchverbot der Lehrerin⁴⁹. Die Wahrung der Laizität der öffentlichen Genfer Schulen ist auch in der Interessenabwägung das stärkste Argument für ein Kopftuchverbot. Der Grundsatz verbietet allen, eine bestimmte Religion oder Konfession in die Schule zu tragen und geht über Art. 27 Abs. 3 aBV hinaus. Hangartner bezweifelt allerdings, dass das Laizitätsprinzip in Abweichung von Bundesverfassung und EMRK so weit gefasst werden darf, dass selbst profane Kleidungsstücke von Lehrerinnen und Schülerinnen, die nur die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft erkennen lassen, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit staatlicher Eingriffe verboten werden dürfen. Die von der Bundesverfassung und der EMRK gewährten Freiheitsrechte führten zwangsläufig zu einer Vielfalt von Überzeugungen, die sich u.a. auch in Äusserlichkeiten ausdrückten⁵⁰.

Den Aspekt des Schutzes der Grundrechte Dritter (Art. 36 Abs. 2 in fine BV) thematisierte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der religiösen Neutralität. Gemäss Epiney et al. liegt im vorliegenden Fall keine Beeinträchtigung von Grundrechten Dritter vor: „Ein Eingriff in Grundrechte setzt notwendigerweise eine gewisse Einwirkungsintensität im Sinne einer spürbaren (...) Zwangswirkung voraus“⁵¹. Durch religiös motivierte Kleidungsstücke der Lehrerin würden aber weder Schulkinder noch Eltern „genötigt, in irgendeiner Form ihren Glauben zu relativieren oder einen andern Glauben anzunehmen“. Ein subjektives Gefühl von Personen, die sich durch das Kopftuch gestört fühlen, reiche für einen Grundrechtseingriff nicht aus. Dafür seien objektiv feststellbare Zwangselemente notwendig.

Das Bundesgericht zeigte sich sehr besorgt über die Beeinflussbarkeit von kleinen Schulkindern, welche noch schutzbedürftiger seien als grössere⁵². Es äusserte sich im Entscheid selbst jedoch nicht dazu, in welche Richtung die Genfer Lehrerin die Kinder

⁴⁸ Epiney/Mosters/Gross, 140; Hangartner, AJP 1998, 603.

⁴⁹ Epiney/Mosters/Gross, 135; Hangartner, AJP 1998, 602; Kälin, 151 f.

⁵⁰ Hangartner, AJP 1998, 603.

⁵¹ Epiney/Mosters/Gross, 143.

⁵² BGE 123 I 296, 310 E 4bb; 311 E 4cc.

konkret hätte beeinflussen können, was Sahlfeld zu provokativen Fragen veranlasst: „Dass Kinder konvertieren wollen? (...) Dass Kinder einen bleibenden Schaden hinsichtlich ihrer Einstellung zur Gleichstellung von Mann und Frau nehmen“⁵³? Die Einschätzung, kleine Kinder seien noch schutzbedürftiger als grössere, verweist Richli in den Bereich der „Common-Sense-Psychologie“ und verlangt, sie mit fachpsychologischen Abklärungen überprüfen zu lassen. Er fragt, was denn so gefährlich sei, wenn die Lehrerin gefragt werde, weshalb sie ein Kopftuch trage. Das Bundesgericht selbst habe doch festgehalten, dass niemand die eigene Religionszugehörigkeit verheimlichen müsse. Die Schaffung einer „keimfreien Atmosphäre“ durch den Ausschluss des Risikos von Fragen könne nicht im Interesse der Volksschule liegen, auch dann nicht, wenn sie betont laizistisch geführt werden soll. „Toleranz stellt sich nicht auf der Grundlage von Verschweigen, Verbergen und Nichtwissen ein, sondern erst und nur auf der Grundlage von Wissen, das reflektiert werden kann“⁵⁴. Dieser Prozess könne schon in den untersten Schulklassen beginnen, wenn keine wissenschaftlichen Erkenntnisse dagegen sprächen. Dem Bundesgericht wird auch entgegen gehalten, dass die Wirkung einer Person sich nicht auf das Tragen eines Kopftuches reduzieren lasse. Schülerinnen und Schüler würden ihre Lehrerin nicht nur als Kopftuchträgerin wahrnehmen, sondern als Individuum mit ihrer gesamten Persönlichkeit⁵⁵.

Aus der Tatsache, dass Lehrpersonen gewisser Glaubensrichtungen (Sikh, Juden, Musliminnen) mehr deutlich sichtbare Zeichen verwenden als andere, kann nicht gefolgert werden, dass sie mehr religiöse Überzeugungen in den Unterricht einfliessen lassen als etwa strenggläubige Christinnen und Christen⁵⁶. Ein striktes Verbot von religiös motivierten Kleidungsstücken ist nicht nur unverhältnismässig, sondern auch vor dem Hin-

⁵³ Sahlfeld, 368.

⁵⁴ Richli, ZBJV 1998, 232. Für Sahlfeld, 365 bleibt unverständlich, „wie ein rein äusserliches Symbol der eigenen religiösen Überzeugung zu einer Form von Indoktrination uminterpretiert werden kann“. Gemäss Giegerich, 270 darf das Tragen eines Kopftuchs einer muslimischen Lehrerin nicht allein aufgrund der Befürchtung verboten werden, dass der Eindruck entstehen könnte, der Staat identifiziere sich mit dem Islam oder finde den Islam gut.

⁵⁵ Sahlfeld, 357. In diesem Zusammenhang interessant ist ein Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) über eine Beschwerde gegen die sonntäglichen Sendungen Sternstunde Religion, Philosophie und Kunst des Schweizer Fernsehens. Die Beiträge wurden jeweils von einer katholischen Ordensfrau, einer Dominikanerin in Ordenstracht angesagt und moderiert, die auch in kurzen Werbefilmen auf die Sendungen hinwies. Die Beschwerde, die eine Verletzung der religiösen Neutralität und Schleichwerbung für die katholische Kirche geltend machte, wurde abgelehnt. Die UBI hielt fest, das Publikum könne ohne weiteres zwischen der äusseren Erscheinung der Dominikanerin und den in der Sendung vermittelten Inhalten unterscheiden. Die Ordenstracht sei ein Teil der Identität der Nonne und könne nicht zu einem blossen Werbeträger reduziert werden. Zudem gebe praktisch jede Kleidung gewisse Hinweise auf die Weltanschauung der sie tragenden Person. Entscheidend sei der Gesamteindruck, den die Sendung vermittele; Entscheid vom 10. März 2000, zitiert in Sahlfeld, 357, 369.

⁵⁶ Kälin/Wytenbach, AJP 2005, 316.

tergrund des Gleichheitsgebots bedenklich⁵⁷. Ein Verbot von Kopfbedeckungen trifft die Angehörigen der betreffenden Glaubensgemeinschaft übermässig und kann deshalb eine indirekte Diskriminierung darstellen⁵⁸.

Verbote von Kopftüchern muslimischer Lehrerinnen können schliesslich auch zu einer Ungleichbehandlung von muslimischen Frauen gegenüber muslimischen Männern führen⁵⁹. Sahlfeld wirft dem Kanton Genf vor, im Umgang mit muslimischen Lehrpersonen nicht konsequent zu sein⁶⁰.

3. Das Kopftuch aus der Sicht des religiösen Friedens

Das Bundesgericht ruft in seiner Begründung auch den Religionsfrieden an, der in der Schweiz immer noch fragil sei⁶¹. Es sieht diesen zumindest in der Schule gefährdet, wenn der Lehrerin das Tragen des Kopftuches gestattet würde, weil dies zu „Reaktionen“ oder gar zu „Auseinandersetzungen“ führen könnte. Die Zulassung des Kopftuches der Lehrerin könne zudem bewirken, dass bald auch Soutane und Kippa in die Schule

⁵⁷ Epiney/Mosters/Gross, 141. Dies umso mehr, wenn in der gleichen Genfer Schule das Tragen von Kreuzen als Schmuckstück durch eine Lehrkraft toleriert wird. Für das Bundesgericht ein „problème qu’il n’est pas nécessaire d’approfondir ici“; BGE 123 I 296, 312 E 4b/cc. Dazu Hangartner: „Das Kopftuch fällt zwar stärker auf, es ist aber, auch wenn damit die Zugehörigkeit zum Islam erkennbar ist, nur ein Gebrauchsartikel. Das Kreuz, auch ein kleines Kreuz, ist hingegen ein Symbol, das unmittelbar eine zentrale religiöse Aussage versinnbildlicht. Es befremdet daher, wenn das Kopftuch unter Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Schüler und die Laizität der Schule strenger behandelt wird“; AJP 1998, 604.

⁵⁸ Kälin/Wytenbach, AJP 2005, 321. Der Staatsdienst und die Schulen sind in jedem Land entsprechend den Geboten einschliesslich Bekleidungsvorschriften der Mehrheitsreligion organisiert. Eine indirekte Diskriminierung kann vorliegen, wenn der Staat allen Mädchen in staatlichen Schulen und Universitäten verbietet, Kopftücher zu tragen oder Staatsangestellten einschliesslich Lehrpersonen die Einhaltung für sie zwingender religiöser Pflichten wie das Tragen von Kopftuch, Kippa oder Turban während der Arbeit untersagt. Die Gläubigen werden so von der Ausbildung bzw. vom öffentlichen Dienst ausgeschlossen; Giegerich, 269. Solche Ungleichbehandlungen seien nur aus qualifizierten Gründen zulässig, z.B. wenn sie unbedingt erforderlich sind, um konkrete Gefahren für die Allgemeinheit zu verhüten.

⁵⁹ Ginge von einem muslimischen Lehrer, der aus religiösen Gründen einen Bart trägt, eine ebenso starke Wirkung auf die Schülerinnen und Schüler aus, wie sie das Bundesgericht für das Kopftuch behauptet? Könnte und müsste in diesem Fall dann nicht auch das Tragen des Bartes verboten werden? Und wie wären christliche und jüdische Bärte zu beurteilen? In dieser Hinsicht konsequent war die Universität Istanbul, als sie 1998 nicht nur Studentinnen mit Kopftuch, sondern auch Studenten mit Vollbart verbot, die Universität zu betreten; NZZ Nr. 102, 5. Mai 1998, 5. Die Universität begründete das (auf keiner gesetzlichen Grundlage beruhende) Verbot mit den Verfassungsprinzipien der Laizität und der Glaubensfreiheit.

⁶⁰ Während die Genfer Lehrerin keine Chance erhielt, sich auch mit Kopftuch im Unterricht zu bewähren, konnte ein muslimischer Sekundarlehrer trotz provokativen öffentlichen Äusserungen 15 Jahre lang unterrichten; Sahlfeld, 357 f. Vom Dienst suspendiert wurde er erst nach der Publikation eines Artikels in *Le Monde*, in dem er die Steinigung bei Ehebruch, wie sie in der Scharia vorgesehen ist, als „läuternde Strafe“ bezeichnet hatte. Für die Entlassung wurde schliesslich noch die Begründung nachgereicht, die gleichzeitige Tätigkeit des Lehrers als Imam sei mit der Trennung von Kirche und Staat im Kanton Genf nicht vereinbar, NZZ Nr. 30, 6. Februar 2003, 12.

⁶¹ BGE 123 I 296, 312 E 4cc.

einziehen würden. Diese Aussagen des Bundesgerichts werden in den Urteilsbesprechungen überwiegend kritisiert⁶². Richli erinnert daran, dass in anderen Bereichen des Polizeigüterschutzes zur Einschränkung von Grundrechten mindestens Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung von Polizeigütern vorliegen müssen⁶³. Ein Kopftuchverbot „zum Schutz des Religionsfriedens auf Vorrat“ sei deshalb unverhältnismässig. Es dürfte erst erwogen werden, wenn sich eine ernsthafte Gefährdung des religiösen Friedens abzeichnen sollte und die Gefahr der Störung nicht anders abzuwenden wäre⁶⁴. Eine solche lag im Genfer Kopftuchfall aber nicht vor. Im Fall einer Gefährdung oder Störung des Religionsfriedens wäre nach dem verwaltungsrechtlichen Störerprinzip gegen die Störer vorzugehen. Wer der oder die Störende ist, wäre im Einzelfall zu klären.

II Das Kopftuch aus der Sicht der Geschlechtergleichheit

1. Herkunft und Bedeutung der Kleidervorschriften

Die historische Entstehung der Kleidervorschriften für Frauen ist nicht völlig geklärt. Sicher ist, dass auf der Arabischen Halbinsel Frauen und Mädchen der führenden Gesellschaftsschicht schon in vorislamischer Zeit Schleier verwendeten. Persische und byzantinische Vorbilder sollen dabei eine Rolle gespielt haben. Mit der Zeit übernahmen Musliminnen diese Praxis⁶⁵.

Wieweit aus dem Koran⁶⁶ und den Prophetentraditionen Schleier- oder Kopftuchgebote abzuleiten sind, ist umstritten. Eine Kleiderordnung lässt sich aus dem Koran nicht unmittelbar ablesen⁶⁷. Unklar ist auch, ob das Gebot, sich beim Verlassen des Hauses zu bedecken⁶⁸, sich nur an die Frauen des Propheten Mohammed richtet oder an alle muslimischen Frauen. Erst die Interpretationen zahlreicher Korankommentatoren machten

⁶² Sahlfeld, 361 bezeichnet sie als „geradezu abwegig“. Das Gericht habe nicht schlüssig darlegen können, worin eine Gefährdung des religiösen Friedens durch das Kopftuch der Lehrerin liege. Der konfessionelle Frieden in Genf und in der Schweiz sei in keiner Weise gefährdet. Mit der Wahrung des konfessionellen Friedens und der Rücksicht auf das Ruhebedürfnis von Bürgerinnen und Bürgern können in der Schweiz schon seit längerem nicht mehr gravierende Eingriffe in ungewohnte Glaubensbekundungen gerechtfertigt werden; Saladin, 17.

⁶³ Richli, ZBJV 1998, 231.

⁶⁴ Ebenso Hangartner, AJP 1998, 603.

⁶⁵ Heine/Heine, 44 ff. Es ist anzunehmen, dass auch nichtreligiöse Faktoren bei der Verbreitung und der Akzeptanz der Verhüllung eine Rolle spielten. Genannt werden neben dem Aspekt der Abgrenzung von unteren Schichten der Schutz vor dem bösen Blick und damit vor Neid, praktische Gründe oder modische Erscheinungen.

⁶⁶ Vgl. Koran, Sure 24, Vers 31 und Sure 33, Vers 59.

⁶⁷ Rohe, 136.

⁶⁸ Koran, Sure 33 Vers 59.

die Verschleierung der Frauen schliesslich zu einem Symbol für islamische Identität⁶⁹. Die Bekleidungspraxis setzte sich allerdings nicht an allen Orten des islamischen Weltreiches und in allen Gesellschaftsschichten gleich durch.

Aussagen zur Seklusion⁷⁰ von Frauen im Haus finden sich im Koran nur bezüglich der Frauen des Propheten⁷¹. Der Koran enthält keine Vorschriften darüber, dass andere Musliminnen das Haus nicht verlassen dürften⁷². Zu Lebzeiten des Propheten scheint der Schleier vor allem von den Frauen aus seiner Familie getragen worden zu sein; in frühislamischer Zeit diente er dazu, freie Frauen von Sklavinnen zu unterscheiden⁷³. Die allmähliche Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Frauen wurde mit der Nachahmung der Lebensweise der weiblichen Familienangehörigen des Propheten begründet, die für die Gläubigen Vorbildcharakter hatten⁷⁴.

Die Bedeutung der koranischen Kleidervorschriften und der damit verbundenen religiösen Pflichten ist also umstritten. Nach einer Mehrheit der heutigen muslimischen Gelehrten verlangt der Koran von den Frauen lediglich, dass sie ihre Haare bedecken⁷⁵. Der Koran schreibt auch Männern ein züchtiges Verhalten im Umgang mit dem anderen Geschlecht vor⁷⁶. Der ägyptische Verfassungsgerichtshof hat 1996 festgehalten, dass muslimische Frauen nach dem Koran verpflichtet sind, sich züchtig zu kleiden. Was eine züchtige Bekleidung beinhaltet, ist durch Auslegung (ijtihād) der koranischen Suren zu ermitteln⁷⁷. Der Kairoer Verfassungsgerichtshof stellte weiter fest, Ziel der Bekleidungs Vorschriften sei es, den Stellenwert der Frau zu heben, nicht, sie am Lernen, am Ausgehen und an der Kommunikation mit der Aussenwelt zu hindern. Frauen könne nicht befohlen werden, sich als „schwarzverhüllte Gespenster“ zu bewegen, während das Leben sich um sie herum abspiele⁷⁸.

Auch angesichts der Vielfalt der Funktionen und Ausgestaltungen der weiblichen Kopf- und Körperbedeckung ist vor Verallgemeinerungen bezüglich ihrer Bedeutung zu war-

⁶⁹ Heine/Heine, 45.

⁷⁰ In Byzanz und im Perserreich galt die Seklusion der Frauen im Haus vor allem für Frauen der Herrscherhöfe; Heine/Heine, 48. Unter der Dynastie der Abbasiden (750-1258) übernahmen die Herrscher des aufstrebenden islamischen Weltreiches diesen Brauch für ihre weiblichen Familienangehörigen. Untertanen, die es sich wirtschaftlich leisten konnten, ahmten die Praxis mit der Zeit nach.

⁷¹ Koran, Sure 33, Vers 33.

⁷² Heine/Heine, 47.

⁷³ Heine/Heine, 45.

⁷⁴ Heine/Heine, 48.

⁷⁵ Helbling, 247.

⁷⁶ Koran, Sure 24, Vers 30.

⁷⁷ Zitiert in Helbling, 246.

⁷⁸ Zitiert in Rohe, 137.

nen⁷⁹. Die verschiedenen Typen variieren je nach Region⁸⁰, theologischer Schule, Schichtzugehörigkeit, Familientradition, persönlichem Geschmack und den politischen Rahmenbedingungen⁸¹ stark in Form, Grösse und Farbe. Die Kopfbedeckung kann alle Haare bedecken oder auch nur den hinteren Teil samt Ohren, während die vorderen Haare samt Stirn sichtbar bleiben. Diese einfache Haarbedeckung lässt das ganze Gesicht und den Hals frei; andere Arten bedecken auch Stirn und Hals⁸². Diese Kopfbedeckungen werden in der vorliegenden Arbeit als Kopftuch bezeichnet. Davon zu unterscheiden sind die sogenannten Schleier. Diese bedecken auch den Mund und das ganze Gesicht mit Ausnahme eines Schlitzes für die Augen. Zur Verschleierung gehört meistens eine völlige Verhüllung des ganzen Körpers.

Schleier und Kopftuch werden gemeinhin pauschal als Symbol der Kontrolle der Frau, ihrer untergeordneten Stellung und Minderwertigkeit, als Mittel zur Kontrolle ihrer Sexualität und Sicherstellung ihrer Keuschheit und damit der Ehre des Mannes und seiner Familie gedeutet, kurz als Symbol der Diskriminierung und Unterdrückung der Frau⁸³. Dabei wird meist nicht zwischen dem Schleier bzw. einer totalen Verhüllung und dem Kopftuch unterschieden. Wie gross der Beitrag der Bekleidungspraxis zur Konstruktion von Zweigeschlechtlichkeit und zur Trennung der Geschlechter war und evtl. immer noch ist, dürfte zudem nicht allgemein festzustellen sein. Auch werden zuweilen Ursache und Wirkung verwechselt. Dass der Schleier entstanden sei, „um Frauen und Männer zu unterscheiden und damit die Frauen zu unterdrücken“⁸⁴, ist historisch schlicht nicht belegt. Vieles deutet eher darauf hin, dass Verschleierung und Seklusion von Frauen dem Bedürfnis von Oberschichten entsprangen, sich vom gewöhnlichen Volk abzugrenzen. Dies schliesst nicht aus, dass diese Vorschriften sich diskriminierend auswirkten oder eine bereits bestehende Diskriminierung von Frauen verstärkten. Die Ursache von Diskriminierung und Unterdrückung sind sie jedoch kaum. Heute können wir m.E. im Zusammenhang mit dem Kopftuch nur dann von Unterdrückung sprechen, wenn die Frau oder das Mädchen das Kopftuch nicht freiwillig trägt, sondern dazu gezwungen wird.

⁷⁹ Epiney/Mosters/Gross, 144.

⁸⁰ Auf dem indischen Subkontinent tragen die Frauen nicht ein eigentliches Kopftuch, sondern einen Schal, den sie entweder über die Haare ziehen oder um Schultern und Brust schlingen. In Schwarzafrika werden farbige Tücher sehr variantenreich und auch von Christinnen getragen.

⁸¹ Vgl. die Burka in Afghanistan unter den Taliban und den Tschador in Iran nach der Islamischen Revolution, welcher allen Frauen auferlegt und bis vor kurzem auch rigoros durchgesetzt wurde.

⁸² Häufig in arabischen Ländern.

⁸³ Vgl. die Diskussion in Helbling, 246 ff.

⁸⁴ Helbling, 250.

Dass die Gründe, weshalb muslimische Mädchen und Frauen in europäischen Einwanderungsländern ein Kopftuch tragen, sehr vielfältig sind, belegen entsprechende Untersuchungen⁸⁵.

Im Folgenden wird der Schwerpunkt auf dem Kopftuch liegen, da der Schleier in der Schweiz zumindest bisher kaum von praktischer Bedeutung ist. Strenggläubige muslimische Migrantinnen oder einheimische Musliminnen tragen hier in der Regel ein Kopftuch, das Haare und Hals bedeckt, sowie weite Hosen und Blusen oder Röcke.

2. Gleichstellungsgebot und Diskriminierungsverbot

Die Bundesverfassung enthält in Art. 8 Abs. 3 BV ein spezifisches Verbot der Diskriminierung von Frauen. Satz 1 der Bestimmung gewährleistet den Frauen ein unmittelbar anwendbares Grundrecht auf Schutz vor staatlicher Diskriminierung in allen Lebensbereichen⁸⁶. Satz 2 enthält einen Gesetzgebungsauftrag zur Herstellung rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellung der Frauen in allen Lebensbereichen, wobei Familie, Ausbildung und Arbeit ausdrücklich genannt werden⁸⁷.

Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau CEDAW⁸⁸ verpflichtet die Schweiz nicht nur zur Abschaffung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Es fordert auch den Abbau sozialer und kultureller Vorstellungen von der Unterlegenheit des einen bzw. der Überlegenheit des anderen Geschlechts und die Abschaffung der stereotypen Rollenteilung zwischen den Geschlechtern⁸⁹.

⁸⁵ NZZ Nr. 171, 26. Juli 2004, 21. Das Kopftuch kann ein Zeichen der Frömmigkeit seiner Trägerin sein und/ oder auf ein stark ausgeprägtes Schamgefühl hindeuten. Es kann auch ein Mittel sein, in der Fremde die Verbindung mit der Herkunftskultur und damit die eigene kulturelle Identität aufrecht zu erhalten. Es kann auch eine politische Bedeutung erhalten, was in der Schweiz allerdings eher selten der Fall sein dürfte. Die Meinungen zum Kopftuch variieren zwischen strenggläubigen Frauen ebenso wie unter nicht praktizierenden Musliminnen; die Unterschiede ziehen sich quer durch die Familien. Während manche Frauen (auch muslimische) beim Anblick eines Kopftuchs ihre eigene Gleichstellung bedroht sehen, fühlen sich andere nur mit dem Kopftuch frei und ohne Kopfbedeckung nackt und schutzlos.

⁸⁶ Müller, 456. Die Diskriminierungsverbote in Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II sowie Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I beschränken den Diskriminierungsschutz auf diejenigen Grundrechte, die sie selbst gewähren. Ein selbstständiges Diskriminierungsverbot enthält Art. 26 UNO-Pakt II; die Schweiz hat gegen die selbstständige Geltung jedoch einen Vorbehalt angebracht.

⁸⁷ Müller, 458. Zur Rechtfertigung einer Sonderbehandlung von Frauen ist zu belegen, dass biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern zwingend eine unterschiedliche Behandlung erfordern. Im Rahmen von Art. 14 EMRK lässt der EGMR eine Benachteiligung von Frauen nur zu, wenn „very weighty reasons“ vorliegen.

⁸⁸ SR 0.108.

⁸⁹ Helbling, 152 ff.

3. Das Kopftuch der Lehrerin

3.1. Rechtsprechung

Im Kopftuch-Entscheid erwähnt das Bundesgericht nur beiläufig, das Tragen eines Kopftuches sei mit dem Prinzip der Gleichbehandlung der Geschlechter kaum vereinbar; dabei handle es sich aber um einen grundlegenden, in der Verfassung verankerten Wert unserer Gesellschaft, welchem die Schule Rechnung tragen müsse⁹⁰. Wie stark das öffentliche Interesse am Gleichstellungsauftrag im Vergleich zur Religionsfreiheit der Lehrerin zu gewichten ist, lässt das Gericht offen.

3.2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuchs der Lehrerin

Helbling kritisiert, dass die Zulässigkeit des Kopftuchtragens fast ausschliesslich als Konflikt zwischen der Religionsfreiheit der Lehrerin und der religiösen Neutralität der öffentlichen Schule diskutiert wird. Die staatliche Pflicht, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Geschlechterrollen endgültig abzubauen, habe in der Praxis nur nebensächliche Bedeutung⁹¹. Er stellt die endgültige Beseitigung der Diskriminierung der Frauen als Gruppe (genereller Diskriminierungsschutz) dem Schutz der im Einzelfall konkret betroffenen Frau vor Diskriminierung (spezieller Diskriminierungsschutz) gegenüber⁹². Art. 10 lit. c CEDAW verpflichte die Staaten auf allen Bildungsebenen und in allen Unterrichtsstufen zur Beseitigung jeder stereotypen Auffassung in Bezug auf Geschlechterrollen⁹³. Da das Kopftuch „Ausdruck einer traditionellen und diskriminierenden Rollenteilung zwischen den Geschlechtern“ sei⁹⁴, gelte es zu verhindern, dass die Lehrerin als Vorbild ihren Schülerinnen und Schülern solche Wertvorstellungen vermittele. Mit zunehmendem Alter und sinkender Beeinflussbarkeit der Kinder sei allerdings ein Verbot des Kopftuches im Vergleich zum angestrebten Schutz der Kinder oder Studierenden vor den negativen Auswirkungen von stereotypen Auffassungen eine unverhältnismässige Einschränkung der Rechte der Lehrerin. Ein Verbot des Kopftuchs

⁹⁰ BGE 123 I 296, 312 E 4cc (Kopftuch).

⁹¹ Helbling, 262.

⁹² Helbling, 264.

⁹³ Der Autor übersieht dabei, dass ein Kopftuchverbot und das daraus folgende faktische Berufsverbot für Kopftuch tragende Lehrerinnen gegen Art. 11 CEDAW verstossen kann. Diese Bestimmung fordert die Beseitigung der Diskriminierung der Frauen im Berufsleben, indem sie etwa den Frauen das Recht auf Arbeit (lit. a) und auf freie Berufswahl (lit. c) gewährt.

⁹⁴ Helbling, 264. Beleg für diese Aussage ist für ihn auch die Tatsache, dass die Genfer Lehrerin vor ihrer Klasse das Kopftuch bisweilen abnahm, es aber wieder anzog, wenn ein Mann ins Schulzimmer eintrat. Dieses Verhalten ist m.E. nicht Ausdruck einer traditionellen und diskriminierenden Rollenteilung, sondern des Glaubens und des Schamgefühls der Lehrerin. Würde sie gemäss einer traditionellen Rollenteilung leben wollen, wäre sie kaum berufstätig.

für Lehrkräfte an Universitäten sei mit dem allgemeinen Diskriminierungsschutz nicht zu vertreten⁹⁵.

M.E. sind Kinder in den ersten Schuljahren gar nicht in der Lage, das Kopftuch einer Lehrerin (und auch dasjenige einer Schülerin) mit der Unterdrückung der Frau zu assoziieren; es sei denn, sie hörten solche Interpretationen von älteren Kindern oder Erwachsenen oder aus den Medien. Ein Kopftuchverbot mit der Begründung, die Lehrerin als Vorbild habe den Kindern eine verfassungskonforme Einstellung - die Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern - vorzuleben, lehnen Epiney et al. wegen der fehlenden Verhältnismässigkeit i.e.S. ab. Der mittels Kopftuchverbot auf die Lehrerin ausgeübte Zwang sei angesichts des unsicheren Vorbildeffektes zugunsten der Geschlechtergleichstellung unverhältnismässig⁹⁶.

Beim Entscheid über die Zulassung des Kopftuches ist gemäss Helbling die Zusammensetzung der Klasse zu berücksichtigen. Wird eine Klasse auch von muslimischen Schülerinnen und Schülern besucht, sei das Kopftuch eher nicht zuzulassen⁹⁷.

Für die Zulässigkeit des Kopftuchs der Lehrerin sprechen Argumente des speziellen Diskriminierungsschutzes⁹⁸: Die Lehrerin ist eine mündige und gebildete Person. Sie trägt deshalb das Kopftuch sehr wahrscheinlich aus eigenem und freiem Willen. Dies dürfte umso mehr zutreffen, wenn die Lehrerin (wie im Genfer Fall) erst als volljährige Person zum Islam konvertiert ist. Ein Kopftuchverbot kann die Autonomie der Lehrerin in einer Weise einschränken, welche dem Zweck der Gleichstellung offensichtlich widerspricht. M.E. sollten die Gerichte daher bei der Rechtsanwendung die Auswirkungen ihrer Entscheide auf die Selbstbestimmung der Frauen und ihr berufliches Fortkommen mitberücksichtigen.

⁹⁵ Helbling, 265.

⁹⁶ Epiney/Mosters/Gross, 145 f. Zudem würde ein solches Vorgehen zu Konflikten mit dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV führen, wenn nicht sämtliche Verhaltensweisen von Lehrerinnen und Lehrern, die nicht ihrer Vorbildfunktion entsprechen - wie etwa Rauchen - verboten würden. Eine solche Entwicklung dürfte jedoch kaum mit verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen vereinbar sein.

⁹⁷ Diese Forderung würde bedeuten, dass das Kopftuch in den meisten Klassen nicht zugelassen wäre, weil muslimische Kinder heute in der grossen Mehrheit der Schulklassen anzutreffen sind, Augsburg. Helbling denkt insbesondere an Fälle von muslimischen Schulkindern aus Ländern, in denen Frauen vom Staat systematisch diskriminiert werden oder an Schülerinnen, die in ihrem Elternhaus sehr sexistisch erzogen werden. Würden sie in der Schweiz von einer Lehrerin mit Kopftuch unterrichtet, wäre dies für sie laut Helbling, 265 f., die „Bestätigung der Unvermeidbarkeit der weiblichen Unterdrückung im muslimischen Kontext“. M.E. kann aus dem Kopftuch der Lehrerin nicht unmittelbar auf ihre Unterdrückung geschlossen werden, sofern sie das Kopftuch freiwillig trägt. Dass ein muslimisches Mädchen und seine Familie durch die Tatsache, dass seine Lehrerin ein Kopftuch trägt, in der eigenen Entscheidung für oder gegen das Kopftuch beeinflusst werden könnten, kann nicht ganz ausgeschlossen werden. Die Lehrerin müsste auf Fragen des Kindes ihre Auslegung des Korans als eine unter mehreren möglichen Interpretationen bezeichnen.

⁹⁸ Helbling, 266 f.

Sind weibliche Kleidungsstücke wie das Kopftuch Gegenstand von Verboten, besteht die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung. Indirekte Diskriminierungen sind jedoch ebenso unzulässig wie direkte⁹⁹.

Für Aubert verlöre die Aussage, das islamische Kopftuch sei mit der Geschlechtergleichstellung unvereinbar, viel von ihrem Gewicht, wenn das Kopftuch lediglich als Ausdruck der persönlichen Freiheit gesehen würde, statt es mit dem Islam zu assoziieren¹⁰⁰. Das Kopftuch suggeriere die Ungleichheit der Frau nämlich nur „par association d'idées“: Weil es im Koran vorgeschrieben sei, der an anderer Stelle Aussagen enthalte, welche die Unterordnung der Frau unmissverständlich festhalte, und weil manche fundamentalistischen Muslime offen die Überlegenheit des Mannes vertreten würden. Die Ungleichheit der Frau sei jedoch nur eine mögliche Botschaft des Kopftuchs; stärker sei die Botschaft der weiblichen Schamhaftigkeit. Dieses Schamgefühl möge als exzessiv erscheinen, doch gebe es keinen Grund, es zu verurteilen.

Sahlfeld sieht in der pauschalen Aussage des Bundesgerichts den Beleg dafür, dass offensichtlich Ressentiments gegenüber dem Islam als Religion bestünden, eine Auseinandersetzung aber nicht stattgefunden habe¹⁰¹. Die Pauschalisierung werde der in Europa lebenden muslimischen Bevölkerung, immerhin der drittgrössten Religionsgemeinschaft, nicht gerecht. Er weist darauf hin, dass eine berufstätige Lehrerin dem Islambild, welches die Gerichte offensichtlich vor Augen hätten, ja gerade nicht entspreche. Eine solche Frau entscheide wohl frei darüber, ob sie ein Kopftuch tragen wolle oder nicht.

Laut Epiney et al. zielen die islamischen Kleidervorschriften nicht direkt auf eine Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern ab, doch könnten sie zumindest als Ausdruck einer Kultur der Diskriminierung der Frau gesehen werden. Angesichts der Vielfalt der Funktionen des Kopftuchs sei allerdings vor Verallgemeinerungen zu warnen¹⁰². Ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung der Gleichstellung sei zwar zu bejahen, vermöge jedoch ein Kopftuchverbot aus zwei Gründen nicht zu rechtfertigen. Erstens könne das Gleichstellungsgebot kaum herangezogen werden, um eine Lehrerin, also eine erwachsenen Person, gegen ihren Willen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Auch bei Schülerinnen wäre ein solcher Zwang schwierig, da grundsätzlich die Eltern (und nicht der Staat) über die religiöse Erziehung der Kinder entscheiden. Zwei-

⁹⁹ Helbling, 266.

¹⁰⁰ Aubert, 485.

¹⁰¹ Sahlfeld, 361.

¹⁰² Epiney/Mosters/Gross, 144.

tens sei das Gleichheitsgebot der Bundesverfassung nicht absolut zu verstehen, denn es könne mit anderen Grundrechten in Konflikt geraten. Selbst wenn man einen solchen „Zwang zum Glück“ bzw. zur Gleichstellung für legitim hielte, müsste das allgemeine öffentliche Interesse an der Gleichstellung gegenüber dem privaten Interesse an der Glaubens- und Gewissensfreiheit abgewogen werden. Die individuelle Religionsfreiheit sei dabei höher zu gewichten¹⁰³.

Auch Hangartner hält fest, dass der Gleichstellungsauftrag nicht absolut und isoliert bestehe, sondern durch andere verfassungsrechtliche Grundsätze wie die Freiheitsrechte und das Gebot der Wahrung des religiösen Friedens relativiert werde. Der Staat dürfe nur in Extremfällen gegenüber Religionsgemeinschaften mit spezifischen Gruppenstandards unter Berufung auf den Gleichstellungsauftrag einschreiten¹⁰⁴. Aufgabe des Staates sei vielmehr, durch Gleichstellungsmassnahmen zur Beseitigung von Chancengleichheit und gesellschaftlichen Diskriminierungen beizutragen.

Gemäss Richli bewirkt das Urteil im Ergebnis ein faktisches Berufsverbot für Lehrerinnen, die ein Kopftuch tragen. Ein faktisches Berufsverbot ist jedoch ein unverhältnismässiger Eingriff in die Religionsfreiheit, denn die Lehrerinnen haben keine hinreichenden alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten. Die Selektion der Lehrkräfte erfolge somit nicht nach Leistungs- und Verhaltenskriterien, sondern „aufgrund des ‚roten Tuchs‘, das instinktive Reflexe auslöst (...). Die (...) Erziehung muss aber gerade zum Ziel haben, ursprüngliche Instinkte zu bändigen (...)“¹⁰⁵. Nicht das Tragen eines Kopftuches, einer Kippa oder des Kreuzes dürfe massgebend sein für die Beurteilung der Eignung von Lehrkräften, sondern allein ihr Verhalten und ihr Unterricht¹⁰⁶.

4. Das Kopftuch am Arbeitsplatz

4.1. Rechtsprechung

In einem nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid war der Fall einer Frau zu beurteilen, die eine Arbeit nicht annahm, weil sie dabei das Kopftuch nicht würde tragen können. Bei der Abwägung der Bürgerpflicht (Schadensminderung durch Annahme einer zumutbaren Arbeit) gegen die Religionsfreiheit fiel der Entscheid zugunsten der letzteren aus: Das Interesse an einer den Glaubensvorstellungen entsprechenden Arbeit wurde

¹⁰³ Epiney/Mosters/Gross, 145.

¹⁰⁴ Hangartner, AJP 1998, 604.

¹⁰⁵ Richli, ZBJV 1998, 232.

¹⁰⁶ Wie wir bereits in Kap. I 2.1. gesehen haben, war der Genfer Lehrerin in dieser Hinsicht nichts vorzuwerfen.

höher bewertet¹⁰⁷.

Das Bezirksgericht Arbon hat 1990 die Kündigung einer türkischen Fabrikangestellten als missbräuchlich qualifiziert, die allein deswegen erfolgte, weil die Angestellte mit der Religionsfreiheit von einem verfassungsmässigen Recht i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR Gebrauch gemacht hatte¹⁰⁸. Eine Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis lag nicht vor. Das Verbot war auch nicht notwendig, weil das Kopftuch die Zusammenarbeit im Betrieb nicht beeinträchtigte. Es war zudem rechtswidrig, weil der Arbeitgeber das Gleichbehandlungsgebot verletzt hatte, indem er zwei andern Frauen erlaubt hatte, das Kopftuch bei der Arbeit zu tragen. Den Umstand, dass die Frau erst seit kurzem ein Kopftuch trug, betrachtete das Gericht als unbeachtlich: „Jeder Mensch kann auch in religiöser Hinsicht eine Wandelung durchmachen. Was einem früher unnötig (...) schien, kann plötzlich wichtig werden. Eine derartige Gesinnungsänderung kann niemandem zum Vorwurf gemacht werden“¹⁰⁹.

4.2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuchs am Arbeitsplatz

Bei der Beurteilung des Kopftuches am Arbeitsplatz im Hinblick auf Geschlechterdiskriminierung steht gemäss Helbling der spezielle Diskriminierungsschutz der einzelnen Frau gegenüber dem generellen Schutz der Frauen als Gruppe im Vordergrund¹¹⁰. Arbeitnehmerinnen sind erwachsene Frauen, die i.d.R. selbst über ihre Kleidung entscheiden. Vielen muslimischen Frauen ermöglicht überhaupt erst das Tragen eines Kopftuchs eine Erwerbstätigkeit ausser Haus und damit ein eigenes Einkommen¹¹¹.

Die Migros hat kürzlich für ihre weiblichen muslimischen Angestellten die Möglichkeit eingeführt, unter gewissen Bedingungen und in Absprache mit der Filialeitung ein Kopftuch tragen zu dürfen¹¹². Wieviele Angestellte von der neuen Möglichkeit

¹⁰⁷ BGE C 366/96 Vr, unpubl. Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Juni 1997, zit. in Sahlfeld, 354.

¹⁰⁸ Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 17. Dezember 1990, Sachverhalt; publiziert in SJZ 1991, 176-78. Die Frau war bereits seit mehr als acht Jahren bei einer Fabrik für Elektrohaushaltgeräte als Montagearbeiterin tätig, als sie 1989 begann, bei der Arbeit ein Kopftuch zu tragen. Da sie sich einer mündlichen Weisung widersetzte und das Kopftuch weiterhin trug, wurde ihr gekündigt. Der Arbeitgeber machte geltend, bei Betriebsführungen habe er ein Interesse daran, dass die Belegschaft „in einem minimalen einheitlichen, schweizerischen und nicht islamischen Bild erscheine“.

¹⁰⁹ Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 17. Dezember 1990, E 4a. Das Gericht sprach der Frau eine Entschädigung von zweieinhalb Monatslöhnen zu.

¹¹⁰ Helbling, 271.

¹¹¹ Die finanzielle Unabhängigkeit ist allerdings nicht für alle Frauen gleichermaßen erstrebenswert. Manche sind nur aus finanzieller Notwendigkeit berufstätig und erleben die ausserhäusliche Tätigkeit als Statusverlust; Künzler, 73.

¹¹² Für Fälle von Angriffen durch Kundinnen und Kunden auf Kopftuch tragende Verkäuferinnen und Kassierinnen behält sich das Unternehmen laut Medienberichten ausdrücklich vor, die betroffenen Frauen in einen Bereich ohne Kundenkontakt oder in eine andere Filiale zu versetzen, Swissinfo, 18. November

Gebrauch machen werden, ist zurzeit noch nicht abzusehen; es dürften aber kaum sehr viele werden. Muslimische Frauen arbeiten in der Schweiz häufig in prekären wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen und tendieren daher dazu, Arbeitsbedingungen zu akzeptieren, die sie in Konflikt zu ihrer Religion bringen, ohne sich auf ihre Religionsfreiheit zu berufen¹¹³.

Frauen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, denen wegen des Kopftuchs gekündigt wird, erhalten höchstens eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung; die Kündigung selbst bleibt nach schweizerischem Recht aber bestehen. Für Frauen mit Kopftuch dürfte es schwierig sein, eine neue Stelle zu finden. Ein Kopftuchverbot am Arbeitsplatz kann somit das berufliche Fortkommen muslimischer Frauen ernsthaft gefährden und damit auch für ihre Autonomie gravierende Konsequenzen haben¹¹⁴. Es kann auch bewirken, dass der Zugang zu manchen Berufen von Anfang an verunmöglichlicht oder stark eingeschränkt wird. 1999 verweigerten die Genfer Universitätsspitäler drei muslimischen Medizinstudentinnen, die ein Kopftuch trugen, den Zugang zu einem Praktikum. Sie begründeten den Entscheid mit der auf einem klar laizistischen Prinzip beruhenden Hausordnung, mit dem Respekt vor den Überzeugungen der Patienten und mit der Pflicht der Spitalangestellten, aus hygienischen Gründen standardisierte Uniformen zu tragen¹¹⁵.

Kopftuchverbote am Arbeitsplatz schränken deshalb nicht nur die Religionsfreiheit muslimischer Frauen und ihr Recht auf gleichen Zugang zur Arbeit ein, sondern stellen auch eine mittelbare Diskriminierung dar¹¹⁶. Für ein Verbot des Kopftuchs am Arbeitsplatz müssen deshalb gewichtige Gründe vorliegen. Solche sind etwa bei Tätigkeiten gegeben, bei welchen eine Kopfbedeckung gefährlich ist oder eine korrekte Ausführung der Arbeit verunmöglichen kann. Allerdings ist stets eine konkrete Gefahr erforderlich, die in direktem Zusammenhang mit der von der muslimischen Frau zu leistenden Arbeit steht.

Als problematisch sieht Helbling Kopftücher dann an, wenn sie von Frauen getragen werden, die in ihrer beruflichen Tätigkeit Bezugspersonen oder Identifikationsfiguren wie Führungskräfte, Fernsehjournalistinnen und -moderatorinnen, Angestellte mit Pub-

2004. Massnahmen hätten sich gemäss dem Störerprinzip an sich zuerst gegen den oder die Störerin zu richten, also gegen den Kunden oder die Kundin.

¹¹³ Akashe-Böhme, 86 f.; Helbling, 268. Von den 45 türkischen Angestellten in der oben genannten Arboner Fabrik widersetzte sich nur eine dem Kopftuchverbot, worauf ihr prompt gekündigt wurde.

¹¹⁴ Helbling, 268.

¹¹⁵ NZZ vom 12. Juli 1999.

¹¹⁶ Weiter wird auch das u.a. in Art. 27 UNO-Pakt II verbürgte Recht auf Wahrung der kulturellen Identität eingeschränkt, Helbling, 271.

likumskontakt, Interessenvertreterinnen oder Sozialarbeiterinnen sind. Allerdings räumt er ein, dass das Kopftuch auch den Zugang gerade zu einer muslimischen Klientel erleichtern kann¹¹⁷. Angesichts der grossen Bedeutung der Religionsfreiheit für die einzelne Frau einerseits und im menschenrechtlichen Normensystem andererseits dürfte eine Interessenabwägung in den meisten Fällen zugunsten der Frau ausfallen. Die individuelle Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht müssten allenfalls bei Frauen in besonders sensiblen Positionen zurücktreten. Jeder Fall ist aufgrund der besonderen Umstände einzeln zu prüfen. Dass es mit etwas Fantasie und gutem Willen möglich ist, Lösungen zu finden, welche für alle Seiten akzeptabel sind, zeigt das Beispiel eines schwedischen Warenhauses. Es liess Kopftücher von muslimischen Verkäuferinnen unter der Voraussetzung zu, dass sie in den Farben des Unternehmens gehalten sind¹¹⁸.

5. Das Kopftuch der Schülerin

5.1. Rechtsprechung

In der Schweiz wurde bisher das Tragen des islamischen Kopftuchs durch Schülerinnen weitgehend toleriert, weshalb es kaum Gerichtsurteile gibt¹¹⁹. Bisher ist kein Fall eines Kopftuchverbots gegen eine Schülerin bis vors Bundesgericht gelangt. Das Neuenburger Verwaltungsgericht hatte 1990 über ein gegen eine muslimische Schülerin verhängtes Kopftuchverbot zu entscheiden. Die Schulkommission von La Chaux-de-Fonds untersagte dem Mädchen 1988, im Unterricht ein Kopftuch zu tragen, weil sie seine autonome Entwicklung (gegenüber dem strenggläubigen Vater) gefährdet sah. Die Schulbehörde berief sich auf das Verbot der Geschlechterdiskriminierung (insbesondere auf die CEDAW), welches höher zu gewichten sei als die religiöse Neutralität der öffentlichen Schule. Das Mädchen wurde vom Unterricht ausgeschlossen. Die Lehrkräfte protestierten öffentlich gegen das Verbot und betonten, die Schule wolle solche Probleme selbst lösen. Es sei wegen des Kopftuchs bisher zu keinen Schwierigkeiten mit der Schülerin gekommen, am Schwimm- und Sportunterricht nehme sie teil. Die Exekutivbehörde hob das Kopftuchverbot auf. Der Staatsrat argumentierte, die Schule sei wohl der einzige Ort, an dem sich das Mädchen autonom entwickeln könne. Zudem verbiete der laizistische Charakter der Schule das Tragen religiöser Symbole nicht, solange der Unterricht dadurch nicht gefährdet sei. Das Neuenburger Verwaltungsgericht stützte diesen

¹¹⁷ Helbling, 273.

¹¹⁸ Sahlfeld, 358 f.

¹¹⁹ Kälin, 153.

Entscheid. Es sah im Ausschluss der Schülerin vom Unterricht eine grössere Gefahr für eine gleichberechtigte Integration als im Tragen des Kopftuches¹²⁰.

5.2. Beurteilung der Zulässigkeit des Kopftuches der Schülerin

Tragen Schülerinnen und Schüler religiös gebotene Kleidungsstücke in der Schule, findet mit Sicherheit keine Identifikation der Schule mit einem Glauben statt¹²¹. Die religiöse Neutralität des Staates als öffentliches Interesse dürfte für ein Kopftuchverbot von Schülerinnen nicht genügen. Die Garantien der Art. 15 Abs. 4 i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BV richten sich an die zuständigen staatlichen Stellen und nicht an die Schülerinnen. Vom Tragen eines Kopftuchs geht zudem für Dritte kein Zwang aus. Die Kantone dürfen allerdings eine weitergehende Neutralitätspflicht vorsehen, welche ihrerseits auch für die Schulkinder gilt. Eine Tangierung der religiösen Neutralität ist jedoch höchstens denkbar, wenn in einer Schule sehr viele Kinder religiöse Zeichen oder Symbole tragen¹²².

Ein Kopftuchverbot könnte allenfalls mit Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung eines geordneten Schulunterrichts und Schulalltags begründet werden. Wie bei allen polizeilichen Massnahmen müsste allerdings nachgewiesen werden, dass das Tragen eines Kopftuchs den Schulalltag tatsächlich stört. Dies dürfte bei einzelnen Kopftuch tragenden Personen - Schülerinnen wie Lehrerinnen - kaum allgemein der Fall sein. Bei einer grossen Zahl ist jedoch eine solche Störung nicht auszuschliessen. Doch müsste auch hier eine konkrete Gefahr nachgewiesen werden; zudem wäre prioritär gegen die Störer vorzugehen¹²³. Tragen einzelne Schülerinnen ein Kopftuch, hat die Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Verbots in jedem Fall zugunsten der Religionsfreiheit der Schülerin auszufallen¹²⁴.

Helbling betrachtet ein allgemeines Verbot von Schleiern als in jedem Fall verhältnismässig, weil mit einem völlig verdeckten Gesicht ein ordnungsgemässer Unterricht sehr

¹²⁰ Arrêt du Tribunal administratif Neuchâtel vom 25. Juni 1999, Commission scolaire de La Chaux-de-Fonds contre Département de l'instruction publique et des affaires culturelles, E 5 ff. Anzumerken ist, dass Neuenburg neben Genf der zweite Kanton mit einer weitgehenden Trennung von Kirche und Staat ist. In Neuenburg wird der Laizismus aber offensichtlich offener interpretiert als in Genf.

¹²¹ Müller, 91.

¹²² Epiney/Mosters/Gross, 137 f.

¹²³ Epiney/Mosters/Gross, 146.

¹²⁴ Epiney/Mosters/Gross, 138. In speziellen Unterrichtsstunden, wie etwa im Chemielabor, könnte ein Verbot erwogen werden, wenn das Kopftuch die Sicherheit oder Gesundheit des Mädchens konkret gefährdet und keine Dispensation von der betreffenden Stunde in Frage kommt. Solche Fälle dürften eher selten vorkommen; Epiney/Mosters/Gross, 146 f.

schwierig, wenn nicht unmöglich sei¹²⁵. Von einem Kopftuchverbot in der Schule verspricht er sich längerfristig einen Abbau von Vorurteilen, insbesondere im Umfeld von Mädchen aus Staaten, welche Frauenrechte systematisch missachten. Die Durchsetzung eines „minimalen Standards von Menschenwürde und Freiheit für alle“ könne das Verbot des Kopftuchs in der Schule rechtfertigen. Diese Ansicht beinhaltet m.E. eine unzulässige Instrumentalisierung der Mädchen zur Durchsetzung von abendländischen Wertvorstellungen. Zudem ist nicht ersichtlich, wie ein Kopftuchverbot an Schweizer Schulen einerseits die Gleichstellung von muslimischen Mädchen fördern und andererseits die Situation von Frauen in muslimischen Ländern verbessern sollte. Dass das Kopftuch nicht die Ursache von Diskriminierung und Unterdrückung von Musliminnen ist, wurde bereits in Kap. II 1 gezeigt. Die Bedeutung des Kopftuchs für die Ungleichbehandlung von muslimischen Mädchen und Frauen und die Wirkungen eines Verbots auf ihre Gleichstellung werden hier stark überschätzt. Weitere Überlegungen zum Kopftuch der Schülerin unter dem Aspekt der Geschlechtergleichstellung folgen bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Dispensationen vom Schwimmunterricht.

6. Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht

6.1. Rechtsprechung

Der türkische Vater einer Zweitklässlerin ersuchte 1991 die Schulpflege Dietikon, seine Tochter aus religiösen Gründen vom obligatorischen, gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht zu dispensieren, weil der Koran das gemeinsame Baden beider Geschlechter verbiete. Schulpflege, Erziehungsrat und Regierungsrat wiesen das Begehren ab; das Bundesgericht hiess es 1993 in einer viel beachteten Entscheidung gut¹²⁶. Laut Bundesgericht stehen nicht nur die Glaubensformen der christlichen Kirchen und Religionsgemeinschaften unter dem Schutz der Religionsfreiheit, sondern alle Religionen unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz. Dazu zähle auch der Islam¹²⁷. Das Bundesgericht stellte klar, dass es Glaubensvorstellungen nicht bewerten oder gar auf ihre theologische Richtigkeit hin überprüfen könne. Eine Interpretation der einschlägigen Stellen heiliger Schriften könne es nicht vornehmen, solange die Grenzen der Willkür nicht überschritten seien. Es dürfe sich aber mit der Religion als sozialem Phänomen auseinandersetzen und prüfen, ob bestimmte Verhaltensweisen auf den

¹²⁵ Helbling, 258 f.

¹²⁶ BGE 119 Ia 178 (Schwimmunterricht).

¹²⁷ BGE 113 Ia 304.

Glauben zurückzuführen seien¹²⁸. Das Gericht stützte sich auf einige Koranstellen¹²⁹ und eine Umfrage der Zürcher Erziehungsdirektion bei verschiedenen Angehörigen islamischer Gemeinschaften. Diese ergab, dass vom Wortlaut her der Koran eine Bedeckung des weiblichen Körpers zwar erst von der Geschlechtsreife an verlange; aus religiös-erzieherischen Gründen sei es aber bereits jüngeren Mädchen und Knaben (!) aus strenggläubigen Familien nicht gestattet, an einem gemischten Schwimmunterricht teilzunehmen. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Verpflichtung zu gemischtgeschlechtlichem Baden gegen eine islamische Glaubensregel verstosse, welche von der Religionsfreiheit geschützt werde. Ob die Gepflogenheit von allen Gläubigen oder von einer Mehrheit oder Minderheit befolgt werde, sei nicht massgebend. Auch komme es nicht darauf an, ob die Regel im Heimatland des Beschwerdeführers für diesen auch verbindlich sei¹³⁰.

Bei der Rechtsgüterabwägung bewertete das Gericht die Religionsfreiheit der Schülerin bzw. ihres Vaters und ihr Interesse, als Familie ihren Glaubensvorstellungen nachleben zu können, höher als die Bürgerpflicht zur Teilnahme am obligatorischen Schwimmunterricht. Da das Schwimmen kein zentrales Schulfach sei, habe eine Dispensation keine gravierenden Konsequenzen für das Mädchen, und der Schulbetrieb sowie der Ausbildungsauftrag der Schule würden nicht gestört¹³¹. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Dispensation vom Schwimmunterricht mit den Freistellungsmöglichkeiten für Kinder strenggläubiger Juden oder Adventisten vergleichbar sei, welche von manuellen Arbeiten und Leibesübungen oder vom Besuch der Schule am Sabbat befreit werden. Es wies die Auffassung des Regierungsrats zurück, die Berufung auf die Religionsfreiheit hänge v.a. davon ab, ob eine religiöse Überzeugung stark vom Landesüblichen abweiche¹³². Auch die Rechtfertigung einer zurückhaltenden Dispensationspraxis mit der Argumentation, die zugewanderte Bevölkerung habe sich an die hiesigen Rahmenbedingungen anzupassen, unterstützte das Gericht nicht:

Angehörige anderer Länder und anderer Kulturen, die sich in der Schweiz aufhalten, haben sich zwar zweifellos genauso an die hiesige Rechtsordnung zu halten wie Schweizer. Es besteht aber keine Rechtspflicht, dass sie darüber hinaus allenfalls ihre Gebräuche und Lebensweisen anzupassen haben. Es lässt sich daher aus dem Integrationsprinzip nicht eine Rechtsregel ableiten, wonach sie sich in ihren religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen Einschränkungen auferlegen müssten, die als unverhältnismässig zu gelten haben¹³³.

¹²⁸ BGE 119 Ia 178, 185 E 4c.

¹²⁹ Sure 24, Vers 31 und Sure 33, Vers 59.

¹³⁰ BGE 119 Ia 178, 186 E 4e.

¹³¹ BGE 119 Ia 178, 194 ff. E 8.

¹³² BGE 119 Ia 178, 193 E 7e.

¹³³ BGE 119 Ia 178, 196 E 8d.

Das Kindeswohl sah das Bundesgericht durch die Dispensation vom Schwimmunterricht nicht bedroht. Das Kindesinteresse dürfe erst über das Elternrecht gestellt werden, wenn das Kindeswohl durch die Befolgung von Glaubensvorschriften konkret und massgeblich belastet würde. Dies wäre etwa der Fall bei einer gesundheitlichen Gefährdung des Kindes oder wenn die Chancengleichheit - auch zwischen den Geschlechtern - nicht mehr gewahrt wäre. Letzteres träfe zu, wenn die Ausbildung derart eingeschränkt würde, dass zentrale Lerninhalte nicht vermittelt würden¹³⁴.

6.2. Beurteilung der Zulässigkeit der Dispensation vom Schwimmen

Nach Auffassung der Kritiker berücksichtigt das Urteil einerseits die politische Dimension des wachsenden Fundamentalismus in muslimischen Staaten zu wenig, dessen Anhänger in Westeuropa Druck auf ihre toleranteren Landsleute ausübten und diese zur Abkapselung veranlassten. Andererseits vernachlässige es das Kindeswohl und die Gleichstellung der Geschlechter¹³⁵.

Die Kritik, die auf den Gleichstellungsauftrag pocht, geht von der Annahme aus, dass staatliche Gleichstellungsanordnungen das Elternrecht auf religiöse Erziehung der Kinder einschränken dürfen. Das Bundesgericht stellte in seiner Entscheidung aber fest, dass die religiöse Erziehung der Kinder in der alleinigen Kompetenz der Eltern liege (Art. 49 Abs. 3 aBV). Umgekehrt dürfe der Staat jedoch „durch seine Massnahmen nicht dazu beitragen, dass (...) Verfassungsziele - einschliesslich des Gleichstellungszieles (...) über den Kompetenzbereich der Eltern hinaus unterlaufen werden“¹³⁶. Dies bedeutet gemäss Hangartner, dass für das Bundesgericht die Sondervorschrift des religiösen Erziehungsrechts der Eltern Vorrang hat vor dem allgemeinen Gleichstellungsauftrag von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV (Art. 8 Abs. 3 Satz 2). Der Gleichstellungsauftrag kollidiere „zwangsläufig mit den Freiheitsrechten, deren Gebrauch - wie von Freiheit nicht anders zu erwarten - eben gerade zu unterschiedlichen Ergebnissen führt“¹³⁷. Angesichts ihrer Gleichrangigkeit könnten im Konfliktfall bei der Güterabwägung weder die Freiheitsrechte noch der Gleichstellungsauftrag absoluten Vorrang beanspruchen.

Ähnlich argumentiert Kälin bei der Beantwortung der Frage, ob das Tolerieren des Kopftuchs in der Schule und die Dispensation vom Schwimmunterricht traditionelle

¹³⁴ BGE 119 Ia 178, 194 f. E 8.

¹³⁵ Moser, ZBl 1994, 38 f.

¹³⁶ BGE 119 Ia 178, 192 E 7d.

¹³⁷ Hangartner, AJP 1994, 626.

Geschlechtsrollenbilder zementieren und damit dem Grundsatz der Gleichheit von Frau und Mann widersprechen. Er würde die Verletzung der Gleichheit bejahen, wenn der Staat aktiv solche Anordnungen treffen würde¹³⁸. Differenzierter sei die Frage zu beurteilen, wenn der Wunsch von Seiten des Kindes oder der Eltern kommt: Im Falle religionsmündiger Jugendlicher, also ab 16 Jahren, sei allein deren Willen ausschlaggebend. Dieser sei z.B. in einem Gespräch zwischen Schulleitung und Jugendlichen in Abwesenheit der Eltern zu ermitteln. Gegen Druck der Eltern seien die Jugendlichen zu schützen. Verzichtet eine Jugendliche aus religiösen Gründen auf eine Gleichbehandlung, sei dies zu akzeptieren. Das Diskriminierungsverbot richte sich nicht gegen die Verschiedenheit von Lebensentwürfen, sondern gegen die Herabwürdigung als Folge der Missachtung der eigenen Identität¹³⁹.

Bei religionsunmündigen Kindern dürfen die Eltern kraft ihres Erziehungsrechts in religiösen Fragen (Art. 303 Abs. 1 ZGB, abgeleitet vom Schutz der Privatsphäre in BV 13) für das Kind entscheiden. Der Grundsatz der Geschlechtergleichheit (Art. 8 Abs. 3 BV) entfaltet mit Ausnahme des Anspruchs auf gleichen Lohn keine direkte Drittwirkung. Der Staat darf deshalb Eltern gestützt auf die Verfassung nicht dazu zwingen, ihre Töchter gleich zu behandeln wie ihre Söhne. Ein allgemeiner Schutzauftrag des Staates im Bereich der Geschlechtergleichstellung kann die direkt anrufbare Religionsfreiheit nicht ohne weiteres verdrängen. Religiös begründete Dispensationsansprüche oder Kopftücher können somit nicht automatisch mit dem Hinweis auf das Prinzip der Geschlechtergleichheit eingeschränkt werden. In einer Güterabwägung ist jeweils zu bestimmen, welches Interesse vorgeht. Dabei ist insbesondere auch das Kindeswohl zu berücksichtigen¹⁴⁰.

Kinder dürfen durch staatlichen Druck nicht in schwere Loyalitätskonflikte zwischen den Erwartungen ihrer Eltern und den Anforderungen der Schule versetzt werden¹⁴¹. Der Staat bzw. die Schule sollte anstelle von Zwang versuchen, im Gespräch mit den Eltern nach Abwägung aller Vor- und Nachteile eine Lösung zu finden. Ist eine solche nicht möglich, ist der Entscheid der Eltern zu akzeptieren. Bei innerfamiliären Konflikten sind Kinder und Jugendliche, die reif genug sind, sich eine eigene Meinung zu bilden, gemäss Art. 12 der Kinderrechtskonvention anzuhören. Dies gilt nicht nur in Gerichts-

¹³⁸ Kälin, 169 f.

¹³⁹ Kälin, 170.

¹⁴⁰ Kälin, 170. Gemäss Sahlfeld, 339 wurde das Kindeswohl bisher in Fragen der Religion nicht oder zu wenig beachtet. Er befürwortet eine Herabsetzung des Alters für die Religionsmündigkeit in der Schweiz. In Deutschland liegt sie bei 14 Jahren.

¹⁴¹ Kälin, 170.

verfahren, sondern auch für Verwaltungsstellen wie Schulbehörden. Zeigt sich in der Anhörung, dass die Meinung des Kindes von derjenigen seiner Eltern abweicht, ist das Erziehungsrecht der Eltern gegen das Kindeswohl abzuwägen. Das elterliche Erziehungsrecht stösst allerdings erst bei ernsthaften Gefährdungen des Kindeswohls an seine Grenzen¹⁴².

Kinder aus Migrationsfamilien, die in der Schweiz die Schulen besuchen, übernehmen meist in einem beträchtlichen Ausmass hiesige Wertvorstellungen und Gleichheitsideale, die mit denjenigen ihrer Eltern unvereinbar sein können. Gerade darin liegt m.E. ein Hauptgrund für innerfamiliäre Konflikte in der Migration, denn die Eltern sehen ihre Autorität sowie ihre kulturelle und religiöse Identität bedroht und haben Angst vor einer Entfremdung ihrer Kinder. Der Staat und damit die Schule müssen deshalb das Recht der Kinder und ihrer Eltern auf ein möglichst ungestörtes Familienleben achten und bei Massnahmen, welche diese Beziehungen stören könnten, vorsichtig sein. Ein starker staatlicher Assimilationszwang kann dazu führen, dass die strenggläubigsten Familien ihre Kinder aus den öffentlichen Schulen nehmen und in Privatschulen stecken oder (falls für letztere die Finanzen fehlen) sie ins Ursprungsland der Eltern schicken und dort verheiraten¹⁴³. Damit wäre offensichtlich weder der Gleichstellung noch der Integration gedient.

Innerfamiliäre Konflikte schwelen nicht nur zwischen Eltern und Kindern, sondern auch zwischen den Eltern. Gerade wenn es um die Interpretation der Bedeutung von Glaubensvorschriften für die Geschlechter geht, bestehen nicht selten unterschiedliche Meinungen zwischen Mutter und Vater. Das Tragen eines Kopftuchs in der Schule und eine Dispensation vom Schwimmunterricht scheinen häufiger auf den Wunsch des Vaters als auf denjenigen der Mutter zurückzugehen. Sahlfeld stellt fest, dass Klagen fast immer vom Vater eingereicht würden und oft nicht nach der Meinung der Mutter und der Tochter gefragt werde¹⁴⁴. Auch die Beschwerde im Schwimmunterrichtsfall war nur vom Vater des Mädchens unterschrieben worden. Das Gericht ging gestützt auf Art. 304 Abs. ZGB und „mangels gegenteiliger Anhaltspunkte“ davon aus, dass der Vater im Einvernehmen mit der Mutter gehandelt hatte¹⁴⁵. In einer Diskussion mit der Zürcher

¹⁴² Hangartner, AJP 1994, 625; Kälin, 171. Dies wäre etwa bei der weiblichen Genitalverstümmelung der Fall.

¹⁴³ Aubert, 480 f.; Helbling, 262; Kälin, 168. M.E. liegt hier ein grösseres Problem als in der Frage, ob ein Mädchen in der Schule ein Kopftuch trägt und ob es schwimmen lernt oder nicht. Die Behörden sollten sich rechtzeitig damit befassen.

¹⁴⁴ Sahlfeld, 337.

¹⁴⁵ BGE 119 Ia 178, 181 E2a. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers meint dazu, auch bei Dispens-

Gruppe „Muslimische und christliche Frauen im Dialog“ betonten sämtliche muslimische Frauen, sie würden die Stellung eines Dispensationsgesuchs vom Schwimmunterricht für ihre Töchter nur in Betracht ziehen, wenn ein solches auch für die Knaben gelte. Alle lehnten eine Entscheidung alleine durch den Vater ab, da dieser häufig nur die Mädchen dispensieren lassen wolle. Ergebe die Diskussion in der Familie keine Einigung, sei auf ein Gesuch zu verzichten. Die Frauen wünschen, dass Dispensationsgesuche an Schulbehörden oder Beschwerden an Gerichte nur zugelassen werden, wenn sie auch dem Wunsch der Mutter entsprechen und von beiden Eltern unterzeichnet sind. Schulbehörden oder Gerichte sollen ein Kind nicht gegen den Willen der Mutter vom Schwimmunterricht dispensieren können.

Schlussbetrachtung

Das Kopftuch der Lehrerin ist im Gegensatz zum Kruzifix nicht ein religiöses Symbol, sondern lediglich ein Kleidungsstück, das einen Hinweis auf die Religionszugehörigkeit seiner Trägerin gibt. Als solches genießt es den Schutz der Religionsfreiheit. Die religiös motivierte Kleidung einer Lehrerin bringt im Gegensatz zu einem amtlich aufgehängten Kruzifix in erster Linie die Haltung eines Individuums zum Ausdruck und kann nicht dem Staat zugerechnet werden. Solange die Lehrerin ihre persönliche religiöse Überzeugung im Unterricht nicht propagiert, verstößt sie nicht gegen das Gebot der religiösen Neutralität der Schule. Vom Kopftuch der Lehrerin geht für die Schulkinder und ihre Eltern objektiv kein Zwang aus; es verletzt deshalb deren Glaubensfreiheit nicht und stellt keinen Eingriff in Grundrechte Dritter dar.

Ein Kopftuchverbot stellt die Lehrerin vor die Wahl, das Kopftuch abzulegen und damit gegen eine ihr wichtige religiöse Pflicht zu verstossen oder aber ein faktisches Berufsverbot hinzunehmen. Diese reale schwere Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der Lehrerin muss in der Interessenabwägung stärker gewichtet werden als eine nicht belegte Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der Schulkinder und ihrer Eltern oder der religiösen Neutralität des Unterrichts. Ohne konkrete Gefährdung anderer Rechtsgüter ist ein Kopftuchverbot unverhältnismässig. Wo eine konkrete Störung vorliegt, ist zu er-

gesuchen von jenen und jüdischen Kindern würden die Eltern, ja meist der Vater entscheiden, und auch häufig nicht im Interesse der Kinder. Er bezweifelt, dass dem türkischen Mädchen besser gedient gewesen wäre, wenn die Schulpflege sich gegen den Vater durchgesetzt hätte. Der Staat dürfe in solchen Fällen nicht als Schiedsrichter auftreten; Vischer, plädoyer 1993, Nr. 6, 60.

mitteln, wer der Störer oder die Störerin ist. Allfällige Massnahmen haben sich zuerst gegen diese zu richten. Sollten tatsächlich Schulkinder in problematischer Weise beeinflusst werden, sind zuerst vorhandene Sanktionsmöglichkeiten im betreffenden Einzelfall zu ergreifen. Erst wenn diese nicht genügen, ist ein Verbot auszusprechen. Wo keine konkrete Gefährdung vorliegt, ist Toleranz als zentrales Element des Rechtsstaates zu berücksichtigen. Aufgabe der öffentlichen Schulen ist es gerade auch, die Kinder den gewaltfreien Umgang zwischen Menschen mit unterschiedlichen Werten zu lehren. Wird das Kopftuch aus politischen Gründen getragen, ist ein Verbot ohne weiteres möglich, da die Berufung auf die Religionsfreiheit entfällt.

Das Verbot eines religiös motivierten Kleidungsstückes ist auch vor dem Hintergrund des Gebots der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Diskriminierungsverbots (Abs. 2) bedenklich. Es trifft die Angehörigen der betreffenden Glaubensgemeinschaft übermässig und kann deshalb eine indirekte religiöse Diskriminierung darstellen. Aus Gründen der Rechtsgleichheit kann muslimischen Lehrerinnen das Tragen von Kopftüchern an öffentlichen Schulen nicht untersagt werden, wenn an den gleichen Schulen christliche Lehrkräfte Kreuze tragen dürfen. Eine völlige Verbannung der Religion aus der Öffentlichkeit ist in der Schweiz auch in Kantonen mit einer offiziellen Trennung von Staat und Kirche nicht verwirklicht. Eine offene Auslegung der Laizität erlaubt das Tragen von Zeichen der Religionszugehörigkeit in der Schule für alle, solange der Unterricht dadurch nicht beeinträchtigt wird. Die Integration religiöser Minderheiten wird damit erleichtert, eine kontraproduktive Ausgrenzung vermieden.

Verbote von Kopftüchern muslimischer Lehrerinnen oder anderer Angestellter können schliesslich im Vergleich zu muslimischen Männern auch zu einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts führen.

Für Angestellte im öffentlichen Dienst gelten sinngemäss die gleichen Überlegungen. In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen haben Frauen kein durchsetzbares Recht auf das Tragen eines Kopftuchs. Wird allerdings ein Arbeitsverhältnis nur deshalb gekündigt, weil die Arbeitnehmerin ein Kopftuch trägt und damit ein verfassungsmässiges Recht ausübt, ist die Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich. Ein Kopftuchverbot am Arbeitsplatz kann das berufliche Fortkommen von muslimischen Frauen erschweren und ihre Autonomie gefährden, weshalb es nur aus gewichtigen Gründen gerechtfertigt sein kann.

Zur Vereinbarkeit der Kopftuchs mit der Geschlechtergleichheit ist festzuhalten, dass ein öffentliches Interesse an der Durchsetzung der Gleichstellung zwar zu bejahen ist.

Der Gleichstellungsauftrag vermag ein Kopftuchverbot jedoch nicht zu begründen. Gleichstellung kann nicht darin bestehen, erwachsene Frauen gegen ihren Willen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Das Selbstbestimmungsrecht der Frauen bei der Definition ihrer Identität ist zu respektieren. Das Gebot der Geschlechtergleichheit (Art. 8 Abs. 3 BV) ist zudem nicht absolut und isoliert zu betrachten. Es kann vielmehr in Konflikt mit anderen Grundrechten geraten. In der Güterabwägung zwischen einem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Gleichstellung und dem konkreten privaten Interesse des Mädchens oder der Frau an der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) oder an der Achtung des Familienlebens (Art. 13 BV) dürften letztere i.d.R. höher zu bewerten sein. Bei Schülerinnen und Schülern entscheiden grundsätzlich die Eltern über die religiöse Erziehung. Religiös begründete Kopftücher oder Dispensationen können aufgrund der fehlenden direkten Drittwirkung der Geschlechtergleichheit nicht automatisch eingeschränkt werden. In einer Güterabwägung ist jeweils im Einzelfall zu bestimmen, welches Interesse vorgeht, wobei insbesondere das Kindeswohl zu berücksichtigen ist. Im Konfliktfall geht das elterliche Erziehungsrecht allerdings vor, solange das Kindeswohl nicht ernsthaft gefährdet ist. Muslimische Kinder sollen die öffentlichen Schulen in der Schweiz besuchen können, ohne in schwere Loyalitätskonflikte mit ihren Eltern zu geraten. Gleichstellung, Chancengleichheit und Integration werden durch übermässigen Assimilationszwang letztlich vereitelt, durch kontinuierliche Förderung in den öffentlichen Schulen hingegen gestärkt.

Letztlich dürfte der Staat ein (auch finanzielles) Interesse daran haben, muslimischen Schweizerinnen und Migrantinnen - auch den Kopftuchträgerinnen - den Zugang zu allen Berufen zu öffnen. Muslimische Ärztinnen, Sozialarbeiterinnen, Polizistinnen und Lehrerinnen finden nämlich i.d.R. einen leichteren Zugang zu muslimischen Patientinnen, Klientinnen und Schülerinnen und fördern so auch deren Integration.

Zu wünschen ist, dass Behörden und Gerichte bei der Rechtsanwendung die Auswirkungen eines Entscheides auf die Betroffenen berücksichtigen und pragmatisch statt ideologisch entscheiden. Dies war in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (mit Ausnahme des Genfer Kopftuch-Urteils) und auch der kantonalen Gerichte bisher meist der Fall. Die Gleichstellung der Geschlechter und die Integration der muslimischen Bevölkerung in der Schweiz sind jedoch letztlich nicht Sache der Gerichte; gefordert ist vielmehr die ganze Gesellschaft.

Jacqueline Augsburg ist Ethnologin und studiert Rechtswissenschaften an der Univer-

sität Zürich.

Bibliografie

AKASHE-BÖHME, Farideh, Die islamische Frau ist anders: Vorurteile und Realitäten, Gütersloh, 1997

AUBERT, Jean-François, L'Islam à l'école publique, in: Ehrenzeller, Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hangartner, St. Gallen/Lachen, 1998, 479-495

BÜCHLER, Andrea, Legal Gender Studies. Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung, Jusletter 5. Januar 2004

DER KORAN, Übersetzung von Rudi Paret, 8. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, 2001

EPINEY, Astrid/MOSTERS, Robert/GROSS, Dominique, Islamisches Kopftuch und religiöse Neutralität an der öffentlichen Schule, in Pahud de Mortanges, René/Tanner, Erwin (Hrsg.), Muslime und schweizerische Rechtsordnung, Fribourg 2002, 129-165

GIEGERICH, Thomas, Religionsfreiheit als Gleichheitsanspruch und Gleichheitsproblem, in: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht - Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin/Heidelberg, 2001, 241-309

GROTE, Rainer/MARAUHN, Thilo, Diskussionsbeiträge, in: Dies. (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht - Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin/ Heidelberg, 2001, 581-628

HÄFELIN, Ulrich/ HALLER, Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001

HANGARTNER, Yvo, Dispensation einer muslimischen Primarschülerin vom koedukativen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen, AJP 1994, 622-626

HANGARTNER, Yvo, Verbot des Tragens des islamischen Kopftuches im Unterricht durch eine Lehrerin an einer Primarschule des Kantons Genf, AJP 1998, 599-604

HEINE, Ina/HEINE, Peter, O ihr Musliminnen... Frauen in islamischen Gesellschaften, Freiburg, 1993

HELBLING, Gianfranco, Das völkerrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in einem plurikulturellen Kontext. Das Beispiel des Schutzes der Menschenrechte muslimischer Frauen in westlichen Ländern, Diss., Zürich 2001

KÄLIN, Walter, Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000

KÄLIN, Walter/WYTTENBACH, Judith, Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP 2005, 315-323

KARLEN, Peter, Umstrittene Religionsfreiheit. Zu aktuellen Streitfällen und den Richtpunkten ihrer Beurteilung, ZSR 1997, 193-211

KARLEN, Peter, Religiöse Symbole in öffentlichen Räumen. Zum Kruzifix-Entscheid des Bundesrates vom 29. Juni 1988, ZBL 1989, 12-18

KAYSER, Martin, Repetitorium Bundesstaatsrecht, Zürich 2004

KRESS, Hartmut, Religionsfreiheit und Toleranz als Leitbild: Kulturelle Grundlagen - sozial- und rechtsethische Problemstellungen, in: Ders. (Hrsg.), Religionsfreiheit als Leitbild. Staatskirchenrecht in Deutschland und Europa im Prozess der Reform, Münster 2004, 21-58

KÜNZLER, Eva, Zum westlichen Frauenbild von Musliminnen, Würzburg 1993

LANGENFELD, Christine, Staatlicher Bildungsauftrag und religiöse Selbstbestimmung, in: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht - Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin/Heidelberg, 2001, 311-359

MOSER, Hans Peter, Bemerkungen zu BGE 119 Ia 178, ZBl 1994, 38-39

MÜLLER, Jörg Paul, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999

RHINOW, René, Religionsfreiheit heute, recht 2002, 45-53

RICHLI, Paul, Berufsverbot für Primarlehrerin wegen eines islamischen Kopftuchs?, ZBJV 1998, 228-233

ROHE, Matthias, Der Islam - Alltagskonflikte und Lösungen. Rechtliche Perspektiven, Freiburg 2001

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

SALADIN, Peter, Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Welt, 3. Auflage, Bern 1982

VISCHER, Daniel, Anmerkung des Vertreters des Beschwerdeführers zu BGE 119 Ia 178, plädoyer 1993 Nr. 6, 60

WYSS, Martin Philipp, Vom Umgang mit dem Transzendenten. Überlegungen und Anmerkungen zur Religionsfreiheit im Spiegel der neueren bundesgerichtlichen Judikatur, recht 1998, 173-184.