

# **GRUNDRECHTE IM KULTURKONFLIKT**

**FREIHEIT UND GLEICHHEIT IN DER  
EINWANDERUNGSGESELLSCHAFT**

Walter Kälin

Bern, Mai 1999

## VORWORT

Diese Arbeit ist im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms ‚Migration‘ (NFP 39) des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaften entstanden und von diesem in verdankenswerter Weise finanziell unterstützt worden. Der Eidgenössischen Kommission für Rassismus sei für die Erlaubnis gedankt, die Ergebnisse einer von ihr finanzierten Studie zur Ausländerdiskriminierung für das zweite Kapitel des Buches zu verwenden.

Mein hauptsächlichster Dank geht an meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Institut für öffentliches Rechts der Universität Bern, ohne deren grossen Einsatz dieses Werk in der Hektik des Universitätsalltags untergegangen wäre. Frau Cynthia Anderfuhren-Wayne, Esq., hat die weit verzweigte und auch im Zeitalter des Internets oft immer noch schwer zugängliche Praxis und Doktrin der angelsächsischen Länder gesammelt, gesichtet und aufbereitet. Herr lic. iur. Andreas Rieder hat die gleiche Arbeit für den deutschsprachigen Raum und Frankreich geleistet. Frau Dr. Martina Caroni hat mit mir zusammen die bereits erwähnte Studie über Ausländerdiskriminierung verfasst und damit wichtige Vorarbeiten für das 2. Kapitel geleistet. Frau Fürsprecherin Judith Wytenbach ist in der Endphase zum Forschungsteam gestossen; sie hat das Manuskript bereinigt und zusammen mit Andreas Rieder druckfertig gemacht.

Zu Dank verpflichtet bin ich aber auch all jenen, mit welchen ich Teilaspekte des Themas besprechen durfte und deren kritische Kommentare zur Verbesserung der Schlussfassung der Arbeit beigetragen haben. Dazu gehören (in alphabetischer Reihenfolge) namentlich Michele Galizia, Kurt Imhof, Frank Kauz, Philipp Mastronardi, Thomas Mastronardi, Johanna Pfaff-Czarnecka, Niccolò Raselli, Hans-Rudolf Wicker und Christoph Zenger.

Das Buch richtet sich gleichzeitig an Fachkundige der Rechtswissenschaft und an eine weitere, eher sozialwissenschaftlich und gesellschaftspolitisch interessierte Leserschaft. Zugunsten der einen konnte nicht ganz auf rechtsdogmatische Diskussionen verzichtet werden, die bei der Lektüre aber meist ohne weiteres übersprungen werden können. Zugunsten der anderen habe ich die narrativen Elemente der dargestellten Gerichtsurteile stärker hervorgehoben, als dies in einer rein rechtswissenschaftlichen Publikation üblich ist.

Bern, im Sommer 1999

Walter Kälin

## INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGEN	IX
EINLEITUNG	1
A. GRUNDRECHTE ZWISCHEN ASSIMILATION UND MULTIKULTURALISMUS	1
B. ZIELSETZUNG UND THEMA DER UNTERSUCHUNG	3
C. GRUNDRECHTE UND KULTUR	6
1. Kultur und Kulturkonflikt	6
2. Multikulturalismus und kultureller Pluralismus	10
3. Ergebnisse der rechtsvergleichenden Analyse	13
a) Offener Kulturbegriff	13
b) Dominanz des Religiösen	14
c) Konvergenz der Behandlung eigener und eingewanderter Minderheiten	16
ERSTES KAPITEL	
GRUNDRECHTSPOLITISCHE KONZEPTE	17
I. FÜNF GRUNDRECHTSPOLITIKEN	17
II. DIE POLITIK DER NEUTRALITÄT	18
1. Rechtsprechung	18
2. Aspekte des Konzepts	21
a) Funktionen der Neutralität	21
aa) Friedenssicherung	21
bb) Schutz individueller Freiheit	23
cc) Identifikation und Integration	24
b) Dimensionen der Neutralität	25
c) Toleranz gegenüber Intoleranten?	26
3. Kritik	31
a) Unbestimmtheit des Neutralitätsbegriffs	31
b) Scheinneutralität	32
c) Ungenügen blosser Toleranz	32
d) Verfestigung gruppeninterner Macht	33
4. Ergebnis	35

III. DIE POLITIK DER EIGENEN IDENTITÄT	35
1. Rechtsprechung	35
2. Begründungen	37
3. Kritik	38
4. Ergebnis	40
IV. DIE POLITIK DES MINDERHEITENSCHUTZES	41
1. Rechtslage	41
a) Verfassungsrecht	41
b) Art. 27 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966	42
2. Aspekte des Konzepts	44
a) Kollektive oder individuelle Rechte?	44
b) Welche Minderheiten?	45
c) Welche Rechte?	47
3. Kritik	48
4. Ergebnis	49
V. DIE POLITIK DER ANERKENNUNG	50
1. Rechtsprechung	50
a) Die Anerkennung religiöser Identität	50
b) Die Anerkennung sprachlicher Identität	52
2. Das Konzept und seine Begründung	54
a) Kommunitaristische Begründung: Charles Taylor	54
b) Liberale Variante: Will Kymlicka	57
c) Rechtswissenschaftliche Rezeption: Aufrechterhaltung der kulturellen Ambivalenz	58
d) Begriffliche Hinweise	59
aa) Identität	59
bb) Ethnische Identität	60
3. Kritik	61
a) Menschenbild	61
b) Kultureller Wandel	62
c) Identität des Verfassungsstaates	63
d) Kohärenz des Nationalstaates	64
4. Ergebnisse	64

VI. DIE POLITIK DES MULTIKULTURALISMUS	65
1. Rechtsprechung	65
2. Aspekte des Konzepts	66
3. Beurteilung und Ergebnis	69
VII. WEITERES VORGEHEN	70
1. Zwischenbilanz	70
2. Ausblick	71
a) Fragestellung	71
b) Drei Sphären	72
c) Hinweis: Grundrechtliche Konfliktstrukturen	74
ZWEITES KAPITEL	
DIE STAATLICHE SPHÄRE: RECHTSGLEICHHEIT	77
I. FRAGESTELLUNG	77
II. UNGLEICHBEHANDLUNG WEGEN FREMDER STAATSANGEHÖRIGKEIT	79
1. Ungleichbehandlung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen	79
a) Sachlicher Grund als Rechtfertigungskriterium	79
b) Staatsangehörigkeit als erlaubter Anknüpfungsgrund?	81
2. Ungleichbehandlung zwischen fremden Staatsangehörigen	83
III. DISKRIMINIERUNG WEGEN DER ETHNISCHEN HERKUNFT ODER RELIGION	84
1. Praxis	84
2. Diskriminierungsbegriff	84
a) Herabwürdigung als zentrales Merkmal der Diskriminierung	84
b) Verpönte Unterscheidungsmerkmale	87
3. Rechtfertigung der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal	90
a) Internationale Praxis	90
b) Verhältnismässigkeitsprüfung	92
4. Indirekte Diskriminierung	93
a) Begriff	93
b) Prüfungsmaßstab	95
5. Akzessorische Diskriminierung bei Grundrechtseingriffen	97

IV. RELIGIONSFREIHEIT IN DER STAATLICHEN SPHÄRE	98
1. Befreiung von Pflichten	98
a) Militärdienst	98
b) Öffentliche Dienstverhältnisse	101
c) Ausweispapiere	102
2. Ansprüche auf staatliche Leistungen	103
a) Anstalten	103
b) Bestattung	105
c) Arbeitslosenunterstützung	109
V. SCHLUSS	111
DRITTES KAPITEL	
DIE ÖFFENTLICHE SPHÄRE: INTERESSENAUSGLEICH	112
I. GRUNDSÄTZLICHES ZUR RELIGIONSFREIHEIT	112
1. Inhalt	112
a) Quellen	112
b) Schutzbereich	114
aa) Religionsbegriff	114
bb) Religionsbestimmte Lebenspraxis	115
cc) Nachweis einer religiösen Überzeugung	117
II. ÖFFENTLICHE SCHULE	119
1. Bekenntnisfreie Schule?	120
a) Erziehungsziele, Schulgebet und Religionsunterricht	120
b) Kreuze und Kruzifixe	126
2. Lehrkräfte	128
3. Schülerinnen und Schüler	131
a) Kleidervorschriften	131
b) Dispensationen	136
aa) Feiertage	136
bb) Sportunterricht	138
cc) Schulpflicht	141

4. Beurteilung	142
a) Gemeinsamkeiten	142
b) Die integrative Wirkung der religiösen Neutralität der Schule	143
c) Geschlechterdiskriminierung?	146
d) Anhörungsrechte von Kindern und Jugendlichen	147
III. PRIVATSCHULEN	148
IV. ERWERBSTÄTIGKEIT	152
1. Ladenschlusszeiten	152
2. Berufskleidung	154
3. Dispensationen im Arbeitsleben	155
V. ERGEBNISSE	156
VIERTES KAPITEL DIE PRIVATE SPHÄRE: GRENZEN DER TOLERANZ	158
I. AUTONOMIE UND IHRE GRENZEN	158
1. Autonomie nach aussen	158
2. Schutz gegen Unterdrückung im Innenverhältnis	159
II. SCHRANKEN DER RELIGIONSFREIHEIT	164
1. Sittlichkeit als Schranke?	164
2. Verbot von Religionsgemeinschaften und ihren Kulthandlungen	165
3. Schächtverbote	168
a) Rechtslage	168
b) Beurteilung	172
III. DIE EHEFREIHEIT UND IHRE GRENZEN	175
1. Inhalt	175
2. Polygamieverbot	176
a) Die Praxis im 19. Jahrhundert	176
b) Aktuelle Situation	178
3. Zwangsheirat und Kinderehen	181
a) Zwangsheiraten	181
b) Kinderehen	183

## VIII

4. Schlussfolgerung	184
IV. DIE FAMILIENFREIHEIT UND IHRE SCHRANKEN	185
1. Das Erziehungsrecht der Eltern und die Berücksichtigung des Kindeswohls	185
a) Erziehungsrecht der Eltern	185
b) Kindeswohl	189
2. Beispiele	190
a) Verweigerung medizinischer Versorgung	190
b) Beschneidung	191
c) Weitere Fälle	193
V. ERGEBNISSE	194
SCHLUSS	
GRUNDRECHTE UND INTEGRATION	196
I. ERGEBNISSE	196
1. Rückblick	196
2. Die staatliche Sphäre	197
3. Die Sphäre des Öffentlichen	199
4. Die Sphäre des Privaten	201
II. AUSBLICK: INTEGRATION IN DER EINWANDERUNGSGESELLSCHAFT	202
1. Der Beitrag der Grundrechte zur Integration von Migrantinnen und Migranten	202
2. Strukturelle Integration und kulturelle Assimilation	203
3. Integrationsmodelle	204
4. Grundrechte als Faktor staatlicher und gesellschaftlicher Integration	209
III. SPIELREGELN FÜR DEN UMGANG MIT KULTURELL GEPRÄGTEN GRUNDRECHTSKONFLIKTEN	212
BIBLIOGRAPHIE	214



## **ABKÜRZUNGEN**

[1 Seite sperren; Verzeichnis wird zusammen mit Sachregister nachgeliefert.]

## EINLEITUNG

### A. GRUNDRECHTE ZWISCHEN ASSIMILATION UND MULTIKULTURALISMUS

1993 erlaubte das schweizerische Bundesgericht in einem viel beachteten Entscheid dem türkischen Mädchen M., dem obligatorischen Schwimmunterricht an der Primarschule Dietikon fernzubleiben:<sup>1</sup> Das Gericht kam zum Schluss, die Glaubens- und Gewissensfreiheit schütze M. davor, sich im koedukativen Schwimmunterricht Knaben in einer Weise zeigen zu müssen, die einer strenggläubigen Auffassung des Islam über die koranischen Kleidervorschriften widerspreche. Das Urteil löste sofort vehemente Diskussionen aus. Der Schriftsteller THOMAS HÜRLIMANN kritisierte das Bundesgericht scharf: Es habe zu leichtfertig dem Willen des Vaters entsprochen, seine Tochter im Geist traditionell-islamischer Werte zu erziehen, und damit unter dem Deckmantel kultureller Toleranz ein Verhalten geschützt, das zentralen Werten unserer Gesellschaft widerspreche.<sup>2</sup>

Eine ähnliche Position nahm ein Teil der rechtswissenschaftlichen Kommentatoren ein. MOSER meinte, das Bundesgericht habe dem Verfassungsgebot der Gleichstellung von Frau und Mann zu wenig Rechnung getragen. Die islamischen Kleidervorschriften seien Ausdruck einer Bevormundung und Zurücksetzung der Frau. Deshalb gehe es hier, wie auch beim Tragen des islamischen Kopftuches, „nicht um äusserliche Kleinigkeiten; auf dem Spiel steht vielmehr letztlich ein wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Ordnung: die Gleichstellung der Frau“.<sup>3</sup> Zu beachten sei auch die politische Dimension: Die fundamentalistische Haltung einer Minderheit unserer islamischen Mitbewohner schüre bei der schweizerischen Bevölkerung Abwehrreflexe, welche die Integration der Ausländerinnen und Ausländer erschwere; dies gelte es zu beachten, wenn zu entscheiden sei, wo der Religionsfreiheit Grenzen zu ziehen seien. ZWEIFEL<sup>4</sup> ging in seiner Kritik weiter. Er verglich das Urteil mit dem Entscheid des Bundesgerichtes, wonach das Aufhängen eines Kruzifixes in Klassenzimmern der Primarschule die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Schülerinnen und Schülern oder von Lehrkräften verletzen könne,<sup>5</sup> und fragte, ob denn unsere eigene, abendländisch-christliche Kultur weniger Schutz verdiene als fremde Kulturen.

1997 entschied das Bundesgericht, einer islamischen Lehrerin an einer öffentlichen Schule könne ohne Verletzung der Religionsfreiheit verboten werden, sich in einer Weise zu kleiden, die den koranischen Vorschriften entspreche: Das Tragen ‚starker‘ religiöser Symbole durch Lehrpersonen sei mit der weltanschaulichen Neutralität und Laizität der öffentlichen Schule nicht vereinbar.<sup>6</sup> Trotz des emotionell sensiblen Themas reagierte die Öffentlichkeit kaum, weil das Gericht im Sinn der dominanten Mehrheitskultur entschieden hatte. Aus rechtswis-

<sup>1</sup>Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 18. Juni 1993, A. und M. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, BGE 119 Ia 178.

<sup>2</sup>Thomas Hürlimann, Herr Freihafen aus Heidiland, Die Weltwoche Nr. 25, 24. Juni 1993, S. 61.

<sup>3</sup>Hans-Peter Moser, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 18. Juni 1993, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1994, S. 39.

<sup>4</sup>Paul Zweifel, Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zwielficht: zu BGE 116 Ia 252 und 119 Ia 178, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 131 (1995), S. 594ff.

<sup>5</sup>BGE 116 Ia 252; dazu ausführlich hinten, 3. Kapitel, S. 126ff.

<sup>6</sup>Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 12. November 1997, X c. Staatsrat von Genf, BGE 123 I 296.

senschaftlicher Sicht meldete allerdings HANGARTNER<sup>7</sup> Bedenken an. Er betonte, die Vorschrift des Korans, Körper und Haare zu bedecken, sei zwar ein religiöses Gebot; anders als das katholische Kreuzifix stelle das islamische Kopftuch für sich allein aber ein blosses Kleidungsstück und nicht ein religiöses Symbol dar. Deshalb sei fraglich, ob überhaupt eine Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler vorliege und ob diese, falls man sie bejahen wolle, schwerer wiege als das private Interesse der Lehrerin, ihren Beruf ohne Verletzung einer religiösen Pflicht ausüben zu können. Anders als in der Schweiz hat das Verbot für eine islamische Lehrerin, bei der Arbeit ein Kopftuch zu tragen, in Deutschland hohe Wellen geschlagen: ‚Die Zeit‘ betonte, der Kopf zähle, nicht das Tuch, die ‚Berliner Zeitung‘ sprach von „irrationaler Kulturkampfstimmung“ im konservativen Lager, und die ‚taz‘ sah die weltanschauliche Neutralität deutscher Schulen als „universalistischen Schwindel“ entlarvt.<sup>8</sup>

Was bedeuten diese unterschiedlichen Reaktionen? Einerseits ist die traditionelle Grundrechtsdogmatik offenbar in der Lage, mit Problemen umzugehen, die als Folge der Einwanderung von Menschen aus anderen Kulturen auftreten. Das dogmatische Grundmodell für die Prüfung von Grundrechtsbeschränkungen, welches Eingriffe grundsätzlich<sup>9</sup> zulässt, wenn an der Freiheitsbeschränkung ein legitimes und überwiegendes öffentliches Interesse besteht und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt,<sup>10</sup> ist äusserst flexibel. Es wird durch die Neuartigkeit vieler Grundrechtsprobleme im Einwanderungskontext nicht in Frage gestellt.

Andererseits machen die erwähnten Debatten deutlich, dass das Ergebnis der notwendigen Güterabwägung in aller Regel nicht präeterminiert ist; vielmehr lässt die traditionelle Grundrechtsdogmatik Raum für verschiedene Lösungen. In diesem Beurteilungsspielraum kommen Vorstellungen gesellschaftspolitischer Art über den richtigen Umgang mit Immigration zum Tragen. Diese bewegen sich heute auf einem Spektrum zwischen den beiden Polen der *Assimilation*, die von Migrantinnen und Migranten die völlige Aufgabe ihrer eigenen Kultur und die Anpassung an die Werte und Verhaltensweisen der Aufnahmegesellschaften verlangt, und des *Multikulturalismus*, der in der Erhaltung kultureller Identitäten und der daraus folgenden kulturellen Vielfalt einen Eigenwert sieht. Die beiden Positionen werden heute<sup>11</sup> kaum mehr in absoluter Weise vertreten, die unterschiedliche Beurteilung der Grundrechtspraxis höchster Gerichte zeigt aber, dass konkrete Positionen näher beim einen oder beim anderen Pol angesiedelt werden können und dadurch das Resultat der Grundrechtsprüfung zu beeinflussen

<sup>7</sup>Yvo Hangartner, Bemerkungen zum Urteil vom 12. November 1997, X c. Staatsrat von Genf (123 I 296), Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1998, S. 599ff.

<sup>8</sup>Alle Hinweise bei Joachim Güntner, Was lehren Lehrerkleider? Toleranzfragen – Deutschland im Kopftuchstreit, Neue Zürcher Zeitung, 22. Juli 1998, S. 37. Zu einer ersten rechtlichen Einordnung des im Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskriptes noch nicht entschiedenen Falles siehe Ulf Häussler, Religion und Integration, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1999, S. 32ff.

<sup>9</sup>In der Bundesrepublik Deutschland folgen die Grundrechte ohne Schrankenvorbehalt einer besonderen Dogmatik. Sie dürfen nur auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken begrenzt werden.

<sup>10</sup>Art. 36 nBV.

<sup>11</sup>Für die in den sechziger Jahren in der Schweiz offiziell vorherrschende Sicht, Assimilation von Ausländerinnen und Ausländern sei erstrebenswert, siehe Marc Viot, Vom Anderssein zur Assimilation – Merkmale zur Beurteilung der Assimilationsreife der Ausländer in der Schweiz, Bern 1968. Eine Verteidigung eines sehr weit gehenden Multikulturalismus findet sich z.B. bei John Rex, Ethnic Minorities in the Modern Nation State, Working papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration, Houndsmill/London 1996.

vermögen. Die kritischen Stimmen zum Urteil über die Befreiung vom Schwimmunterricht reflektieren klar eine assimilationistische Grundhaltung, während die Kritiker des Urteil zu den Rechten der Genfer Lehrerin den konkreten Entscheid „als Ausdruck der Abwehr gegen die sich herausbildende multikulturelle Gesellschaft“<sup>12</sup> verstanden.

## **B. ZIELSETZUNG UND THEMA DER UNTERSUCHUNG**

Die Auseinandersetzung um den richtigen Platz von Assimilation oder Multikulturalismus im Umgang mit eingewanderten Menschen prägt die politischen Diskussionen heute ebenso sehr wie die wissenschaftliche Auseinandersetzung in den Sozial- und Geisteswissenschaften. Dieses Buch möchte dazu aus rechtswissenschaftlicher Perspektive einen Beitrag leisten, wobei es drei spezifische Ziele verfolgt: Es will Wissen über den Umgang mit kulturell bedingten Grundrechtskonflikten in der gerichtlichen Praxis der Schweiz, Deutschlands und anderer Staaten (vor allem Frankreich, USA, Kanada und Grossbritannien) vermitteln,<sup>13</sup> die staatstheoretischen bzw. rechtsphilosophischen Grundlagen des Umgangs mit kulturell bedingten Grundrechtskonflikten aufarbeiten und schliesslich zuhanden der juristischen Praxis konkrete Vorschläge für die Lösung interkultureller Grundrechtskonflikte erarbeiten.

Ausgangspunkt der Arbeit ist die Feststellung, dass Gerichte in den westlichen Industriestaaten immer häufiger mit Beschwerden von Personen konfrontiert sind, welche Grundrechte anrufen, um so leben zu können, wie es ihre eigenen – von den betroffenen Staaten und Gesellschaften als ‚fremd‘ empfundenen – kulturellen Normen ihnen geboten erscheinen lassen. Das schweizerische Bundesgericht hatte etwa zu entscheiden, ob ein Sikh aus Glaubensgründen vom Tragen eines Helms beim Motorradfahren befreit ist oder ob muslimische Straftäter im Gefängnis Anspruch auf eigene Gottesdienste haben. In Frankreich befassten sich Gerichte intensiv mit der Frage, ob das Tragen des islamischen Kopftuches in der Schule verboten werden kann. Amerikanische und deutsche Gerichte sahen sich mit Angehörigen des haitianischen Voodoo-Glaubens bzw. mit Moslems konfrontiert, die aus religiösen Gründen von den Schranken und Vorgaben der Tierschutzgesetzgebung befreit werden wollten. In solchen Fällen prallen regelmässig verschiedene Kulturauffassungen aufeinander. Solche Konflikte sind in den Verfassungsstaaten westlicher Prägung auf der Basis der Grundrechte zu lösen. Diese typische Konstellation liegt dem Titel dieser Untersuchung – „Grundrechte im Kulturkonflikt“ – zugrunde, wobei der Begriff ‚Konflikt‘ nicht als Krieg der Kulturen zu verstehen ist, sondern schlicht den Rechtsstreit meint.<sup>14</sup>

Die Spannung zwischen Assimilation und Multikulturalismus, die auf juristischer Ebene ihre Entsprechung im komplexen Verhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit (bzw. Autonomie) besitzt, zeigt sich heute im Kontext weltweiter Migration. Darauf will der Untertitel „Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft“ hinweisen. Europäische Staaten wie die Schweiz, Deutschland oder Frankreich sind zwar keine Einwanderungsstaaten, welche – wie die USA, Kanada oder Australien – aktiv die Besiedlung ‚leerer‘ Räume fördern und zu diesem Zweck Einwanderung und permanente Niederlassung von Menschen aus dem Ausland

<sup>12</sup>Hangartner, Bemerkungen, S. 600.

<sup>13</sup>Auf die breite Darstellung der entsprechenden Gerichtspraxis wird deshalb bewusst viel Gewicht gelegt.

<sup>14</sup>Dazu ausführlicher hinten S. 6f.

begrüssen. Die Migrationsbewegungen der vergangenen Jahrzehnte haben aber den Anteil der ausländischen Wohnbevölkerung in den meisten europäischen Staaten steigen lassen. Unsere *Gesellschaften* werden damit immer mehr durch Migrationsphänomene beeinflusst und geprägt: Sie sind zu Einwanderungsgesellschaften geworden. Besonders deutlich ist dies in der Schweiz erkennbar, wo der Ausländeranteil beinahe einen Fünftel der Gesamtbevölkerung ausmacht; 66% dieser Menschen besitzen mit der Niederlassungsbewilligung eine Erlaubnis zur permanenten Wohnsitznahme.<sup>15</sup> In Deutschland und Frankreich sind zwar die prozentualen Anteile tiefer, in absoluten Zahlen mit knapp 7 Millionen Personen (wovon mehr als 5 Millionen aus Nicht-EU-Staaten) bzw. 3,6 Millionen Personen (wovon knapp 2,3 Millionen aus Nicht-EU-Staaten) aber ebenfalls hoch.<sup>16</sup> Bedeutsamer als die quantitative Seite dieser Einwanderung ist ihre Qualität: Anders als beispielsweise die Zuwanderung in die USA im 19. Jahrhundert oder jene nach Australien in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts ist sie kulturell wenig homogen. So sprechen in der Schweiz mit weit über 300'000 Personen fast achtmal mehr Menschen die slawischen Sprachen des ehemaligen Jugoslawiens (serbisch, kroatisch, bosnisch) als rätoromanisch (1990: Hauptsprache von 40'000 Personen). Für die iberischen Sprachen (1996: rund 98'500 Personen aus Spanien und knapp 137'900 aus Portugal) ist das Verhältnis 4:1. 5% der Schweizer Bevölkerung gehören anderen Religionsgemeinschaften an als der römisch-katholischen oder der protestantischen (1990); unter ihnen bilden die Muslime mit mehr als 150'000 Personen die grösste konfessionelle Gruppe.<sup>17</sup> In England leben mehr als eine Million Muslime, knapp eine halbe Million Hindus und fast so viele Sikhs.<sup>18</sup> In Frankreich ist die Zahl der Muslime gar auf drei Millionen geschätzt worden.<sup>19</sup>

Vor diesem Hintergrund befasst sich dieses Buch mit folgenden Fragen:

- *Welche Ansätze für den Umgang mit kulturell begründeten Grundrechtsansprüchen haben Grundrechtspraxis und -theorie entwickelt, und was sind ihre spezifischen Stärken und Schwächen?* Dies ist Thema des ersten Kapitels des Buches, das zeigen wird, dass – inner-

<sup>15</sup>Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Migration und ausländische Bevölkerung in der Schweiz 1997, Neuchâtel 1998, S. 15 (Ausländeranteil an der ständigen Wohnbevölkerung) und S. 28 (ausländische Wohnbevölkerung nach Aufenthaltsstatus).

<sup>16</sup>1994 hielten sich in Deutschland rund 6'878'100 Ausländerinnen und Ausländer auf, wovon rund 5'127'900 aus Nicht-EU-Staaten stammten (1,9 Mio aus der Türkei und 1,2 Mio aus dem früheren Jugoslawien). In Frankreich lebten 1994 3'596'600 Ausländerinnen und Ausländer; 2'275'100 stammten aus Nicht-EU-Staaten (davon 572'700 aus Marokko, 614'200 aus Algerien und 206'300 aus Tunesien). Quelle: Harald W. Lederer, Migration und Integration in Zahlen 1997, hrsg. vom Europäischen Forum für Migrationsstudien (efms), Bamberg 1997, S. 36.

<sup>17</sup>Quelle: Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Strukturatlas der Schweiz, Zürich 1997, S. 212 (Rätoromanisch), S. 216f (ausländische Sprachen), S. 226 (Konfessionen). Die Zahl der Muslime (150'000) beruht auf Resultaten der Volkszählung von 1990; heute dürfte aufgrund der verstärkten Zuwanderung von Personen aus Ex-Jugoslawien der Anteil der Muslime noch höher sein. Zum aktuellen Stand der ausländischen Bevölkerung und insbesondere zum Anteil der Personen aus Ex-Jugoslawien und Spanien bzw. Portugal siehe Bundesamt für Statistik, Statistik des jährlichen Bevölkerungsstandes, Tabelle 1.29, Ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Nationalität 1981-1996, Bern 1997.

<sup>18</sup>Sebastian Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford 1997, S. 197 (Muslime), 238 (Hindus) und 282 (Sikhs).

<sup>19</sup>Haut Conseil à l'intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, Rapport au Premier ministre, mars 1992, Paris 1992, S. 40.

halb der Bandbreite des juristisch Begründbaren – Ergebnisse auch dann, wenn sie im Rahmen traditioneller Grundrechtsdogmatik gefällt werden, je nach Akzentsetzung unterschiedlich ausfallen können. Wo die Leitidee darin besteht, dass der Staat sich in weltanschaulichen bzw. kulturellen Fragen neutral verhalten soll,<sup>20</sup> erfolgen Güterabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung anders als bei einer Grundrechtsanwendung, welche die Erhaltung und Förderung multikultureller Vielfalt in den Vordergrund stellt.<sup>21</sup> Die Betonung der Erhaltung der eigenen Identität des Aufnahmestaates<sup>22</sup> führt zu anderen Resultaten als Konzepte des Minderheitenschutzes<sup>23</sup> oder eine Grundrechtspolitik der Anerkennung der Identitäten kultureller Gruppen als Eigenwert<sup>24</sup>.

- *Welches ist die Grundrechtspraxis von Verfassungsstaaten mit bedeutender Einwanderung? Wie gehen die Gerichte mit Grundrechtsproblemen um, die sich in Einwanderungsgesellschaften typischerweise stellen? Was ist die sachgerechte Dogmatik für den Umgang mit solchen Auseinandersetzungen?* Diese Fragen werden ausführlich im 2. bis 4. Kapitel behandelt, wobei die Bewertung und dogmatische Vertiefung auf einer breiten rechtsvergleichenden Darstellung und Analyse der Grundrechts-Rechtsprechung in sechs Ländern aufbaut.<sup>25</sup>
- *Wie lassen sich die verschiedenen Ansätze unter einer überdachenden Leitidee so kombinieren, dass verlässliche Aussagen darüber gemacht werden können, in welchen Bereichen die Grundrechte die Durchsetzung eigener Werte und damit den Zwang zu Anpassung und Assimilation verlangen und wo sie Autonomie und damit kulturelle Vielfalt schützen?* Im Schlusskapitel wird versucht, das Verhältnis zwischen Grundrechtspraxis und gesellschaftlicher Integration von Migrantinnen und Migranten zu klären. Leitidee ist dabei die Überlegung, dass Grundrechte einen besonders wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen und staatlichen Integration zu leisten haben, ohne die jener Zusammenhalt gefährdet ist, der für das Funktionieren und Überleben jedes Gemeinwesens (verstanden als das Insgesamt von Staat und Gesellschaft in ihren komplexen und wechselseitigen Beziehungen) nötig ist. Dabei wird sich zeigen, dass dort, wo sich Menschen direkt im Zugriffsbereich des Staates befinden, das Diskriminierungsverbot es dem Gesetzgeber und den Behörden verbietet, Menschen wegen ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Herkunft zu benachteiligen. Die staatliche Sphäre ist somit vom Grundsatz der Gleichbehandlung geprägt.<sup>26</sup> In der privaten Sphäre (Familie, private Gruppierungen) herrscht demgegenüber Vielfalt, und der Staat darf nur ausnahmsweise, nämlich wo Grenzen der Toleranz betroffen sind, in die grundrechtlich gewährten Freiräume eingreifen.<sup>27</sup> Als komplex und klärungsbedürftig erweist sich das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit in der Sphäre des Öffentlichen, wo Staat und Private je aus ihrer eigenen Sphäre heraustreten und aufeinandertreffen, ohne

<sup>20</sup>Zur Grundrechtspolitik der Neutralität hinten S. 18ff.

<sup>21</sup>Zur Grundrechtspolitik des Multikulturalismus hinten S. 65ff.

<sup>22</sup>Zur Grundrechtspolitik des Schutzes der eigenen Identität hinten S. 35ff.

<sup>23</sup>Zur Grundrechtspolitik des Minderheitenschutzes hinten S. 41ff.

<sup>24</sup>Zur Grundrechtspolitik der Anerkennung hinten S. 50ff.

<sup>25</sup>Neben der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland handelt es sich dabei um Frankreich, England, USA und Kanada. Hinzu kommen vereinzelte Hinweise auf andere Staaten wie Österreich und Australien.

<sup>26</sup>Dazu hinten, 2. Kapitel, S. 77ff.

<sup>27</sup>Hinten, 4. Kapitel, S. 158ff.

dass die eine oder andere Seite von vornherein für sich Priorität beanspruchen könnte. Hauptbeispiel ist hier die öffentliche Schule, an der sich in Einwanderungsgesellschaften besonders viele kulturbezogene Konflikte entzünden.<sup>28</sup>

Das Thema des Buches ist beschränkt. Nicht beabsichtigt ist eine Darstellung der Grundrechte von Ausländerinnen und Ausländern insgesamt. Insbesondere bleibt die Bedeutung der Grundrechte bei Einreise und Beendigung des Aufenthalts ausgeklammert. Ebenso wenig werden klassische Themen wie die Beschränkung der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit für fremde Staatsangehörige behandelt. Der methodische Ansatz der Analyse bestehender Gerichtspraxis bringt es mit sich, dass mangels Urteilen ein so relevantes Thema wie die Frage der Mehrsprachigkeit in der Schule und der Rolle von Sprachen der Herkunftsländer im Unterricht nicht behandelt werden kann. Weitgehend ausgeklammert bleibt die Bedeutung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten, d.h. ihre Drittwirkung.<sup>29</sup> Im Zentrum stehen jene Grundrechte, welche im Verhältnis zwischen Staat und Privaten kulturelle Unterschiede thematisieren, sei es positiv als Garantien kultureller Autonomie (z.B. Religions- und Ehefreiheit) oder negativ als Verbot der Diskriminierung wegen ethnischer oder religiöser Merkmale. Diese Ausrichtung macht es nötig, bereits hier die Begriffe Kultur und Kulturkonflikt zu klären.

## C. GRUNDRECHTE UND KULTUR

### 1. KULTUR UND KULTURKONFLIKT

Während ein rechtlicher Begriff der Kultur nicht existiert, verwenden ihn die Sozialwissenschaften in ausserordentlich vielfältiger Weise. Für diese Arbeit zu eng ist auf jeden Fall ein geisteswissenschaftlicher Begriff, der kulturelle Erscheinungen wie Literatur, Kunstwerke oder ernste Musik erfasst und damit die sog. Hochkultur künstlerischer Kreation meint. Zu eindimensional ist die Gleichsetzung des Kulturbegriffes mit den historischen Kategorie der grossen Weltkulturen bzw. -religionen, wie es beispielsweise der Politikwissenschaftler SAMUEL HUNTINGTON<sup>30</sup> tut, auch wenn zuzugeben ist, dass viele Grundrechtsprobleme in Einwanderungsgesellschaften gerade dadurch entstehen, dass sich die ganze Welt auf den Territorien unserer Staaten wiederfindet. Ein an den Weltreligionen und Kulturkreisen orientierter Begriff ist zu statisch und zu grobschlächtig, vermag er doch die interne Vielfalt all dieser Grosskulturen zu wenig zu reflektieren. Zudem stellt er die Existenz lokaler Kulturen, die sich sprachlich und religiös stark – und im Fall von autochthonen Völkern wie Indianer und Inuit in Kanada oder Aborigenes in Australien gar radikal – von der Mehrheitsbevölkerung unterscheiden, nicht genügend in Rechnung. Sachgerechter ist demgegenüber ein ethnologisch-sozialwissenschaftlicher Kulturbegriff, der unter Kultur die Gesamtheit der materiellen und geistigen Aktivitäten und Produkte einer bestimmten sozialen Gruppe versteht, die sie

<sup>28</sup>Siehe hierzu die reiche Kasuistik im 3. Kapitel, hinten S. 119ff.

<sup>29</sup>Diese ausserordentlich komplexe Fragestellung würde eine eigene Untersuchung erfordern.

<sup>30</sup>Samuel P. Huntington, *Der Kampf der Kulturen, Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert*, München 1998, S. 49ff. Laut Huntington stehen wir vor der weltweiten, gewaltsamen Konfrontation zwischen den verschiedenen Kulturen (Westen, Islam, Konfuzianismus bzw. Sinismus, die japanische Zivilisation, Hinduismus, die orthodox-slawische Zivilisation, Lateinamerika und Afrika).

von ähnlichen Gruppen unterscheidet.<sup>31</sup> Kultur bildet somit ein komplexes Ganzes, welches Wissen und seine Anwendung, Glaubensvorstellungen, Kunst, Moral, Gesetze und Bräuche sowie all jene Fähigkeiten und Eigenschaften einschliesst, die sich Menschen als Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft aneignen<sup>32</sup> und wodurch sie sich von anderen Gruppierungen unterscheiden; d.h. *alle* Manifestationen einer Gruppe von Menschen in den Bereichen materielle Ausrüstung (von Werkzeugen über Haustiere bis hin zu AKWs), Sozialstruktur und Sozialorganisation (z.B. Eigentumsverhältnisse, Verwandtschaftsnetze) sowie Wert- und Normensysteme (z.B. Rechtsordnung, Religion).<sup>33</sup> Damit kann Kultur als System von Werten und Symbolen verstanden werden, welches gesellschaftliche Gruppen über längere Zeiträume hinweg reproduzieren und das ihren Mitgliedern Orientierung und Sinn für ihr Verhalten liefert.<sup>34</sup> Dabei gilt es aber, wie beispielsweise WICKER in seiner Kritik traditioneller Kulturbegriffe der Sozialwissenschaften betont hat, Kulturen nicht statisch als festgefügtes Ganzes mit überindividuellen Charakteristika, die sich von jenen anderer Kulturen unterscheiden, zu verstehen, sondern als Felder dynamischer Interaktionen mit internen Variationen und vielfältigen Übergängen. In diesem Sinn gibt es keine in sich geschlossene türkische, chinesische oder schweizerische Kultur, sondern unterschiedliche gesellschaftliche Felder, in denen Menschen variationsreich sozialisiert werden.<sup>35</sup> Türkische Kinder aus islamischen Familien z.B. können in Familien unterschiedlichster Struktur (von der Grossfamilie bis hin zum alleinerziehenden Elternteil) aufwachsen, die entweder in ländlicher oder urbaner Umgebung leben, sozial vielfältigen Schichten angehören und mannigfaltigsten Auffassungen des Islam folgen, welche von Spielarten eines islamischen Fundamentalismus bis zu bereits stark säkularisierten Haltungen reichen. Stellt man sich zusätzlich vor, dass diese Familien nicht nur in der Türkei, sondern auch ausserhalb (sei es in Deutschland, der Schweiz oder am arabischen Golf) leben können, wird deutlich, dass es ‚das‘ islamisch erzogene türkische Kind schlicht nicht gibt. Die Sozialisation konkreter Knaben und Mädchen ist vielmehr von einer Vielzahl variabler Faktoren abhängig, die Verallgemeinerungen verbieten oder zumindest schwierig machen. Das Beispiel weist auch darauf hin, dass ‚Kultur‘ nicht so sehr als von Menschen unabhängiges ‚Objekt‘ verstanden werden darf, sondern vielmehr von Individuen und Gesellschaften dauernd konstruiert, umdefiniert und wieder (neu) erfunden wird, d.h. sich vor allem daraus ergibt, wie der Begriff ‚Kultur‘ von spezifischen Menschen verstanden und im Umgang mit anderen verwendet wird.<sup>36</sup>

<sup>31</sup>Rodolfo Stavenhagen, Cultural Rights and Universal Human Rights, in: Asbjørn Eide/Catarina Krause/Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht/Boston/London 1995, S. 66.

<sup>32</sup>Dieser in den Sozialwissenschaften häufig verwendete Begriff geht auf E.B. Tylor, Primitive Culture (Originalausgabe 1871), zurück. Siehe dazu Hans-Rudolf Wicker, Von der komplexen Kultur zur kulturellen Komplexität, in: Wicker et al. (Hrsg.), Das Fremde in der Gesellschaft: Migration, Ethnizität und Staat, Zürich 1996, S. 375. Einen guten Überblick über Kulturbegriffe und ihre Problematik gibt Neil J. Smelser, Culture: Coherent or Incoherent, in: Richard Münch/Neil J. Smelser (eds.), Theory of Culture, Berkeley/Los Angeles/Oxford 1992, S. 3ff.

<sup>33</sup>So Vreni Tobler Müller, Wirkungen der Migration aus der Sicht ambulanter Ethnologie, in: Walter Kälin/Rupert Moser, Migrationen aus der Dritten Welt: Ursachen und Wirkungen, 1. Aufl., Bern/Stuttgart 1989, S. 159f.

<sup>34</sup>Stavenhagen, S. 66. Ähnlich Clifford Geertz, Local Knowledge, New York 1983, S. 182.

<sup>35</sup>Wicker, Kultur, S. 373f.

<sup>36</sup>Stavenhagen, S. 67.



Noch eine Stufe abstrakter, aber – soweit ich sehen kann – die Anliegen der Ethnologie abdeckend, ist die Definition von JÜRGEN HABERMAS, der Kultur als „Wissensvorrat“ versteht, „aus dem sich die Kommunikationsteilnehmer, indem sie sich über etwas in einer Welt verständigen, mit Interpretationen versorgen“.<sup>37</sup> Anders gesagt: Kultur vermittelt den Menschen, die ihr angehören, Sinn für ihr soziales, religiöses oder wirtschaftliches Leben in der privaten und öffentlichen Sphäre.<sup>38</sup> Wo die Kommunikationsteilnehmer die gleiche ethnische, sprachliche oder religiöse Herkunft besitzen, teilen sie den darauf bezogenen „Wissensvorrat“ miteinander; dies ermöglicht ihnen einzeln und als Gruppe „Orientierung (...)“, vermittelt das Bewusstsein von Zusammengehörigkeit und Identität, erlaubt ein Zusammenleben und gibt ein Gefühl von Geborgenheit und Sicherheit“;<sup>39</sup> kurz: schafft kulturelle Identität.

Geht man von einem breiten und dynamischen Kulturbegriff aus, kommt allerdings jedem Grundrechtsfall – von der Auseinandersetzung über die Akteneinsicht im Steuerverfahren bis hin zur materiellen Enteignung durch raumplanerische Massnahmen – potentiell eine kulturelle Bedeutung zu. Dies verunmöglicht eine sinnvolle Eingrenzung des Materials für diese Studie. Sie soll deshalb nicht von einem bestimmten Kulturbegriff, sondern von den Grundrechten und dem dazu gehörenden Fallmaterial her erfolgen, die Gegenstand dieser Arbeit sind. Diese schützen nämlich nicht alle, aber doch viele Merkmale, die für Kultur sowohl im engen als auch im weiten Sinn relevant sind. Es handelt sich dabei vor allem um religiöse und andere Anschauungen und Handlungsweisen, welche durch die *Religionsfreiheit* und die *Meinungsäußerungsfreiheit* geschützt sind, um die verschiedenen Formen des Zusammenlebens in Familie und Ehe sowie die unterschiedlichen Auffassungen von Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, die durch die *Ehe- und Familienfreiheit* und das *Erziehungsrecht* der Eltern geschützt sind, sowie um das vom *Diskriminierungsverbot* erfasste Bedürfnis, nicht einfach deshalb benachteiligt und herabgewürdigt zu werden, weil man einer bestimmten ethnischen Gruppe, Rasse, Religion oder Sprachgruppe angehört. Bedeutsam sind natürlich auch die Sprachen, die unter dem Schutz der *Sprachenfreiheit* stehen, doch ist, wie bereits erwähnt, dieses Grundrecht in der juristischen Praxis bisher kaum thematisiert worden.

Hinzu kommen alle Arten des künstlerischen Ausdrucks, welche die *Kunstfreiheit* auch dann schützt, wenn sie als Ausdruck einer religiösen, ethnischen oder nationalen Tradition verstanden werden, sowie das Bedürfnis, sich zu organisieren und zu vereinigen, um jene Werte und Traditionen zu pflegen und zu verteidigen, die man als eigene Kultur versteht; ein Bedürfnis, das durch die *Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit* geschützt wird. Diese Grundrechte haben bisher im Migrationskontext allerdings kaum Probleme aufgeworfen und werden deshalb hier nicht weiter vertieft.

Kultur ist für diese Arbeit also insofern relevant, als sie von den Beteiligten mittels Anrufung von Grundrechten thematisiert werden kann. Damit sind wir beim Begriff des Kulturkonflikts angelangt, der hier, in allerdings modifizierter Form, von HANS-PETER FÜSSEL übernommen

<sup>37</sup>Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, 4. Aufl., Frankfurt a.M.1987, S. 209.

<sup>38</sup>So Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship – A Theory of Minority Rights*, Oxford 1995, S. 76.

<sup>39</sup>Hans-Joachim Hoffmann-Nowotny, *Chancen und Risiken multikultureller Einwanderungsgesellschaften*, Forschungspolitische Früherkennung Nr. 119, Bern 1992, S. 11.

wird. Im Anschluss an DEN HOLLANDER<sup>40</sup> versteht Füssel darunter „Konflikte zwischen Kulturen“, d.h. Konflikte, in denen sich zumindest einer der Beteiligten – unabhängig von der Staatsangehörigkeit – auf sich widersprechende Werte verschiedener Kulturen im Sinne von werthaltigen kollektiven Lebensstilen und Haltungen beruft.<sup>41</sup> Dieser Begriff des Kulturkonflikts ist sachgerecht, wenn er nicht allein auf den Konflikt zwischen ‚grossen‘ Kulturtraditionen (z.B. Weltreligionen) abstellt, sondern auch Binnenkonflikte zwischen der dominanten Kultur und ‚dissidenten‘ Subkulturen erfasst. In diesem Sinn ist auch die grundrechtliche Auseinandersetzung um christliche Sekten in traditionell christlichen Ländern ein Kulturkonflikt. Von Streitigkeiten innerhalb von Kulturen unterscheiden sich diese Konflikte dadurch, dass sie sich nicht um die Frage der *richtigen* Auffassung eines von *allen Beteiligten akzeptierten Wertesystems* drehen,<sup>42</sup> sondern um die Behauptung der Minderheit, ein Recht auf *Anderssein* zu haben.<sup>43</sup> Dies schärft den Blick dafür, dass auch Auseinandersetzungen innerhalb westlich-europäischer Kulturtraditionen Züge von interkulturellen Konflikten annehmen können:<sup>44</sup> So erscheint es beispielsweise bezeichnend, dass die ersten Auseinandersetzungen über die Polygamie und über die Befreiung von Mädchen vom Sportunterricht wegen religiöser Kleidervorschriften im deutschsprachigen Raum nichts mit dem Islam zu tun hatten, sondern auf entsprechende Begehren christlicher Sekten zurückgingen.<sup>45</sup> Die Abgrenzung zwischen verschiedenen Arten von Kulturkonflikten ist somit oft schwierig; sie muss für unsere Zwecke allerdings nicht scharf vorgenommen werden. Entscheidend ist, dass es dabei um Grundrechtsstreitigkeiten geht, bei welchen an Gerichtsverfahren Beteiligte selber den Kulturdiskurs wählen und ausdrücklich Kulturdifferenzen geltend machen.

Der Begriff ‚Konflikt‘ meint im Rahmen dieser juristischen Arbeit nicht gewaltsame Auseinandersetzungen, sondern Streitigkeiten um die Tragweite relevanter Grundrechte, die in gerichtlichen Verfahren ausgetragen werden können. Kulturkonflikt bedeutet somit nicht Konflikt zwischen Kulturen, sondern Rechtsstreit über kulturelle Praktiken. Von „Grundrechten im Kulturkonflikt“ ist im Folgenden die Rede, soweit es um rechtlich ausgetragene Streitigkeiten darüber geht, ob es zulässig ist oder eine Grundrechtsverletzung darstellt, wenn Behör-

<sup>40</sup>A.N.J. den Hollander, Der "Kulturkonflikt" als soziologischer Begriff und als Erscheinung, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1955, S. 161ff, unterscheidet zwischen (1) Konflikten innerhalb einer Kultur, (2) Konflikten zwischen Kulturen und (3) Konflikten im Menschen selbst als Folge von Kulturprozessen.

<sup>41</sup>Hans-Peter Füssel, Multikulturelle Erziehung in Deutschland, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1993, S. 229; ders., Kulturkonflikte im Schulrecht, in: Brun-Otto Bryde (Hrsg.), Das Recht und die Fremden, Baden-Baden 1994, S. 69ff.

<sup>42</sup>Hollander, S. 168, definiert Konflikte innerhalb einer Kultur als Konflikte „zwischen den verschiedenen Bestandteilen der Kultur, eventuell auch zwischen den Personen oder Gruppen, die das Alte bzw. das Neue vertreten“.

<sup>43</sup>Dieser Aspekt scheint mir wichtiger zu sein als der von den Hollander, S. 162, betonte Machtaspekt, der in seiner Definition des Konfliktes zwischen Kulturen im Vordergrund steht. Danach kann von einem Konflikt zwischen Kulturen gesprochen werden, „wenn zwischen den Mitgliedern zweier Gruppen, die kulturell verschieden sind, ein antithetisches Bewusstsein besteht, so dass eine von beiden oder beide in bezug auf gewisse Kulturelemente durch die andere Gruppe bedroht sind oder bedroht zu sein glauben. Die bedrohte oder aggressive Gruppe trachtet danach, der fremden Kultur oder gewissen ihrer Elemente zu widerstehen, sie zu beherrschen, zu unterdrücken oder auszumerzen“.

<sup>44</sup>Dies betont etwa Otfried Höffe, Vernunft und Recht, Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a.M. 1996, S. 14.

<sup>45</sup>Vgl. hinten im 3. und 4. Kapitel, S. 138ff und S. 176ff.

den gegen Verhaltensweisen vorgehen, welche die Betroffenen unter ausdrücklichem Verweis auf ihr kulturelles Anderssein rechtfertigen bzw. welche der Staat mit dem Hinweis auf die Mehrheitskultur als unzulässig einstuft. Kulturkonflikte in diesem Sinn liegen vor, wenn der Kulturdiskurs mindestens von einer Partei in einem Verfahren vor Behörden oder Gerichten gewählt wird, um ein Recht auf Differenz zu begründen oder zu bestreiten.

Wie das Fallmaterial zeigt, drehen sich diese Konflikte in den allermeisten Fällen um Unterschiede der Religionen, des Ehe- und Familienlebens und der ethnischen Herkunft sowie um Traditionen und Verhaltensweisen, die sich diesen drei Grundelementen zuordnen lassen. Gegenstand dieser Untersuchung sind somit Konflikte, die entstehen, weil die Beteiligten religiöse, familiäre oder ethnische Unterschiede betonen und zumindest eine Partei eine Lösung auf der Basis von Grund- und Menschenrechten verlangt. Dabei kommen zwei Grundkonstellationen vor: Entweder berufen sich die Mitglieder der Minderheitenkultur auf Grundrechte, um ihre eigenen Werte und Haltungen leben zu können bzw. Freiheitsbeschränkungen durch den Staat abzuwehren, oder der Staat behandelt sie wegen ihres kulturellen Andersseins ungleich, obwohl sie selbst eine Gleichbehandlung wünschen.

Dieser Ansatz gibt ein Kriterium für die Auswahl der hier behandelten Gerichtsentscheide ab und schärft den Blick dafür, dass sich Probleme der Multikulturalität nicht nur im Zusammenhang mit Migration stellen, sondern zur Grunderfahrung jeder pluralistischen Gesellschaft gehören. Mit anderen Worten: Es wird sich zeigen, dass sich viele Kulturkonflikte nicht zwischen Ausländern und ‚Einheimischen‘, sondern zwischen Personen gleicher Staatsangehörigkeit ereignen. Dieser Ansatz vermeidet im weiteren einen statischen Kulturbegriff, der meint, beispielsweise definieren zu können, was ‚den‘ Islam ausmacht, und damit die innere Differenzierung und den dauernden Wandel aller grossen Kulturtraditionen verkennt. Ein dynamischer Kulturbegriff überlässt demgegenüber die Definitionsmacht den beteiligten privaten Akteuren: Sie bestimmen, ob und in welchem Ausmass kulturelle Argumente in Grundrechtskonflikte hineingetragen werden.

Dass es dabei um mehr als individuelle Streitigkeiten geht, zeigt die kollektive Ausrichtung der meisten hier relevanten Grundrechte. Diese ist bei der Sprachenfreiheit, beim Schutz der Familie als sozialer Gruppe und beim Diskriminierungsverbot ohne weiteres erkennbar. Aber auch in den anderen Bereichen geht es immer darum, dass individuelle Freiheitsbetätigung als Ausdruck der Traditionen, Haltungen oder Werte einer Gruppe verstanden werden kann. Ob dies im Sinne eines Selbstverständnisses durch die Akteure selbst geschieht oder ob es ihnen von aussen zugeschrieben wird, bleibt dabei ohne besondere Bedeutung.

## 2. MULTIKULTURALISMUS UND KULTURELLE PLURALITÄT

Einwanderungsgesellschaften wie jene der Schweiz oder Deutschlands zeichnen sich durch eine Vielzahl und Vielfalt von Religionen, Sprachen oder ethnischen Traditionen und Lebensformen aus. Zur Beschreibung dieses Zustandes dient oft der Begriff ‚Multikulturalismus‘. Er besitzt analytische Aussagekraft, wo er deutlich machen soll, dass ein bestimmter Staat nicht monokulturell ist, sondern auf seinem Territorium Menschen beherbergt, die verschiedenen

Kulturen entstammen.<sup>46</sup> Problematisch wird der Begriff in seinem analytischen Sinn aber dort, wo er unterstellt, es liessen sich auf dem Gebiet eines Staates genau abgrenzbare, in sich festgefügte Kulturen mit je spezifischen Wesensmerkmalen („die“ schweizerische, deutsche, mediterrane, türkische, islamische etc. Kultur) feststellen.<sup>47</sup>

Erst recht fragwürdig ist der Begriff, wenn er normativ verstanden wird:<sup>48</sup> Während die einen darin die Verheissung einer kulturell vielfältigen, gleichzeitig aber harmonischen Gesellschaft sehen, projizieren andere in ihn das zu bekämpfende Horrorbild einer von gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Fundamentalisten jeder Art zerrissenen Öffentlichkeit, in der jeder Rest gemeinschaftlichen oder heimatlichen Aufgehobenseins zerstört ist. Die politischen Gefahren des Redens über Multikulturalismus fasst BORMANN anschaulich zusammen: Auf der einen Seite hat die Frage, „wieviel ‘Fremdheit’ eine ‘Kultur’ auf ihrem Territorium sowohl in quantitativer (Wieviel ‘Fremde’ dürfen es sein?) als auch in qualitativer Hinsicht (Wie ‘fremd’ dürfen ‘Anderskulturelle’ sein?) verträglich“, vielen rechtspopulistischen Parteien zum Erfolg verholfen. Andererseits gesteht der „auf die Anerkennung ‘kultureller’ Eigenheit zielende ‘Multikultur’-Diskurs (...) jeder Gruppe gemäss einer postmodernistischen Ethik und Politik der Differenz nahezu schrankenlose ‘kulturelle’ Selbstentfaltung zu (...), während Konsens und Kompromiss in die Nähe von Unterdrückung und Herrschaftsausübung gerückt werden“; eine Haltung, welche die politische Handlungsfähigkeit lähmen und den sozialen Zusammenhalts gefährden kann.<sup>49</sup>

RADTKE betont, dass der Begriff auch bei positiver Bewertung ethnischer und kultureller Differenz problematisch bleibt, weil er das Element der Fremdheit hervorhebt, welches

„die Zugewanderten in allen Bereichen, in der Schule, in der Nachbarschaft, im Betrieb und in der Politik zu nicht integrierbaren ‘Fremdkörpern’ macht, die allenfalls mit einem Extra-Aufwand an Toleranz und Gelassenheit ertragen werden können. Dass sie als Arbeiter, Krankenschwestern, Mitschüler, Pizzabäcker, Meister, Schriftsteller und Ballettmeister in einer funktional differenzierten Gesellschaft ihren Dienst tun, wird dabei leicht übersehen.“<sup>50</sup>

<sup>46</sup>Hoffmann-Nowotny, S. 12, definiert in formaler Weise in Anschluss an den Kulturbegriff von Habermas eine Gesellschaft als multikulturell, „wenn als soziale Aggregate abgrenzbare Bevölkerungsteile sich bei der symbolischen Konstruktion von Realität aus je einem eigenen ‘Wissensvorrat’ mit Interpretationen ‘versorgen’“. In diesem Sinn ist allerdings jede Gesellschaft multikulturell, da sich etwa soziale Schichten, die „scientific community“ oder die Kunstszene als soziale Aggregate mit je eigenem Wissensvorrat abgrenzen lassen. Entsprechend wird zu Recht von „Arbeiterkultur“ oder „Universitätskultur“ gesprochen. Der Begriff wird auf diese Weise allerdings so weit, dass er für diese Arbeit seinen analytischen Wert verliert bzw. den Gegenstand der Untersuchung ins Unermessliche ausweitet.

<sup>47</sup>Wicker, Kultur, S. 385, und Regina Bormann, „Multikulturalität“? Die sozialwissenschaftliche Kulturfor- schung angesichts des Umlaufs ihrer Kategorien, Schweizerische Zeitschrift für Soziologie 1997, S. 286ff.

<sup>48</sup>Ein guter Diskussionsüberblick findet sich bei Bormann, S. 293ff.

<sup>49</sup>Bormann, S. 297. Siehe auch die ähnliche Kritik bei Frank-Olaf Radtke, Fremde und Allzufremde. Zur Ausbreitung des ethnologischen Blicks in der Einwanderungsgesellschaft, in: Hans-Rudolf Wicker et al. (Hrsg.), Das Fremde in der Gesellschaft: Migration, Ethnizität und Staat, Zürich 1996, S. 337-346.

<sup>50</sup>Radtke, S. 344f.

Trotz dieser Bedenken<sup>51</sup> gegen den Begriff des Multikulturalismus bleibt das Faktum der kulturellen Vielfalt vieler Staaten, die eine Herausforderung für die Rechtsprechung bildet, die stärker ist als in Ländern mit relativ homogener Bevölkerung. In normativer Hinsicht garantieren Grundrechte religiöse, sprachliche und andere Autonomieräume und schützen Differenzen gegen den Zugriff der Mehrheiten. Deshalb macht es Sinn, statt von Multikulturalismus in neutraler Weise von *kulturellem Pluralismus* bzw. *kultureller Pluralität* zu sprechen. Dieser Begriff bringt besser zum Ausdruck, dass es nicht um die Anerkennung von Kulturen als festgefühten Einheiten, sondern um – in alle Richtungen offene – kulturelle Vielfalt<sup>52</sup> geht.

Grundrechtskonflikte in Situationen kultureller Pluralität haben immer etwas mit dem Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit zu tun. Dabei sind zwei Arten von Minderheiten zu unterscheiden:<sup>53</sup> Einerseits gibt es Minderheiten, die im betreffenden Staat eine territoriale Basis haben und deren Mitglieder seit langem die Staatsbürgerschaft des betreffenden Landes besitzen (z.B. Rätromanen in der Schweiz und Basken in Spanien) oder in einen erst später entstandenen Staat zwangsweise integriert wurden (z.B. Indianer in Nordamerika oder Aborigines in Australien); diese Kategorie von Minderheiten wird im Rahmen dieser Arbeit nicht oder nur am Rand zu Vergleichszwecken behandelt. Andererseits existieren Minderheiten, die nicht im Territorium des Gastlandes entstanden sind. Sie tauchen, wie etwa Türken und Türkinnen in Deutschland oder Menschen aus dem Maghreb in Frankreich, oft im Gefolge von Einwanderung auf, und ihre Angehörigen erhalten in einer ersten Phase die Staatsbürgerschaft des Gastlandes meist nicht.<sup>54</sup> Mit ihnen bezüglich Problematik und Stellung verwandt sind Minderheiten religiöser Art, welche durch Abgrenzung gegenüber der Mehrheitsgesellschaft entstehen und zumindest zu einem grossen Teil aus eigenen Staatsangehörigen bestehen (z.B. religiöse Sekten mit fundamentalistischer Ausrichtung). Solche Minderheiten sind Gegenstand dieser Arbeit.

Die beiden Typen von Minderheiten unterscheiden sich meist stark: Traditionelle Minderheiten mit territorialem Bezug wollen oft politische und kulturelle Autonomie erlangen oder bewahren (z.B. im Rahmen des Föderalismus oder als autonome Provinzen), während es den Einwandererminderheiten vor allem darum geht, Marginalisierung und Diskriminierung zu vermeiden oder zu überwinden. Beiden gemeinsam ist aber oft der Kampf um die Bewahrung oder gar das Überleben ihrer Kulturen. Wie das Beispiel der Schweiz zeigt, existieren Staaten, welche gleichzeitig traditionelle Minderheiten mit territorialem Bezug<sup>55</sup> und Einwanderungsminderheiten<sup>56</sup> besitzen.

<sup>51</sup>Der Begriff ‘Multikulturalismus’ wird deshalb in dieser Arbeit nur verwendet, soweit es um die Beschreibung entsprechender Theorien geht.

<sup>52</sup>Abzulehnen ist allerdings ein ideologisierte Gebrauch des Begriffes, der impliziert, dass Pluralismus automatisch die freie und gleichberechtigte Entfaltung aller Menschen meint. Vgl. dazu etwa die Kritik bei Annemarie Sancar-Flückiger, *Ethnische Grenzen – Politische Wirksamkeit*, Bern 1995, S. 36 und 60f.

<sup>53</sup>Dazu ausführlich Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 10ff.

<sup>54</sup>Später ist natürlich der Erwerb des Bürgerrechts häufig möglich, was an der Situation als ethnische Minderheit aber nicht unbedingt viel ändern muss. Deshalb wird im Rahmen dieser Arbeit nicht von Ausländern und Ausländerinnen, sondern von Einwanderern bzw. Migrantinnen ohne Bezug zur Frage des Staatsbürgerrechts gesprochen.

<sup>55</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 10, nennt Staaten mit solchen Minderheiten multinationale Staaten.

<sup>56</sup>Ders., S. 11, nennt Staaten mit Einwanderungsminderheiten polyethnische Staaten.

### 3. ERGEBNISSE DER RECHTSVERGLEICHENDEN ANALYSE

Das Verhältnis von Kultur und Grundrechten ist im Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit primär auf der Basis der Gerichtspraxis in Staaten mit Einwanderungsgesellschaften zu klären. Dies wird im 2. bis 4. Kapitel geschehen. Bereits hier lassen sich allerdings wichtige Ergebnisse dieser rechtsvergleichenden Analyse darstellen, die diesen einleitenden Bemerkungen klarere Konturen geben.

#### *a) Offener Kulturbegriff*

Grundrechte schützen nicht Kulturen als festgefügte, definierbare Einheiten, sondern sie erlauben Individuen und Gruppen, selbst zu definieren, was ihre kulturelle Identität ausmacht: Das Recht des Minderheitenschutzes<sup>57</sup> geht von der Annahme aus, dass kulturelle Kollektive genau identifiziert werden können und dass definiert werden kann, welche Kulturen in welchem Ausmass geschützt sind. Im Gegensatz dazu erlauben die Grundrechte Individuen und Gruppen, sich nach eigenem Belieben und eigenen Entscheiden in der Auseinandersetzung mit Behörden und Gerichten auf das zu berufen, was – gemäss ihrer Behauptung – ihre eigene kulturelle Identität ausmacht. Die kulturell relevanten Freiheitsrechte schützen religiöse Auffassungen, Kunstwerke, Sprachen etc. in einem sehr weiten Sinn.<sup>58</sup> Zudem gehört es zu den zentralen Gehalten der Grundrechtsidee, zumindest wie sie in den modernen Verfassungsstaaten<sup>59</sup> entwickelt worden ist, dass der gesellschaftliche Bereich sich selbst definiert und die Definitionsmacht, anders als in totalitären Systemen, nicht beim Staat liegt.<sup>60</sup> Grundrechte bilden in diesem Sinn einen Rahmen „für unterschiedliche Lebensweisen und Weltansichten“.<sup>61</sup>

Die für diese Arbeit analysierten Urteile bestätigen die Offenheit des Kulturbegriffs in der Grundrechtspraxis. Was an kulturellen Identitäten und kulturellem Ausdruck somit grundrechtlich geschützt wird, hängt in hohem Mass davon ab, ob gegen Beschränkungen überhaupt Beschwerde ergriffen wird. Wo etwa islamische Kleidervorschriften<sup>62</sup> zur Diskussion stehen, geht es nicht darum, ob ‚der Islam‘ verlangt, einen Schleier zu tragen, sondern um die Frage, ob jene, welche aus ihrer Sicht eine solche Pflicht bejahen, an der so verstandenen Pflichterfüllung gehindert werden dürfen. In den Kruzifix-Entscheiden<sup>63</sup> war nicht über ‚das‘ Christentum oder ‚den‘ bayerischen bzw. südschweizerischen Katholizismus zu entscheiden, sondern darüber, ob der Staat Menschen, die sich diesem Symbol nicht aussetzen wollen, in eine Situation versetzen darf, welche ein Ausweichen nicht erlaubt. Angehörige christlicher Gemeinschaften, die ausserhalb der Wertmassstäbe der Mehrheit stehen, werden von Gericht-

<sup>57</sup>Vgl. dazu hinten S. 41ff.

<sup>58</sup>Vgl. hinten S. 112ff für die Religionsfreiheit.

<sup>59</sup>Gemeint sind damit die industrialisierten Staaten mit demokratischen und gewaltenteiligen Verfassungen, wie sie sich nach dem Zweiten Weltkrieg in Nordamerika und Westeuropa durchgesetzt haben und seit dem Ende des Kalten Krieges in Osteuropa und anderen Teilen der Welt zunehmend ausbreiten.

<sup>60</sup>Konsequenz dieser Auffassung ist der weitgehende Verzicht darauf, zu fragen, ob und in welchem Ausmass die Berufung auf ein grundrechtlich geschütztes Interesse authentisch ist. Auch derjenige kann sich auf die Religionsfreiheit berufen, der selbst nicht glaubt, sich aber gesellschaftliche Akzeptanz oder wirtschaftliche Vorteile verspricht, wenn er als Gläubiger erscheint.

<sup>61</sup>Thomas Meyer, Identitäts-Wahn, Die Politisierung des kulturellen Unterschieds, Berlin 1997, S. 20, in Hinblick auf die westliche Menschenrechtskultur der Aufklärung.

<sup>62</sup>Hinten S. 114ff (zum Religionsbegriff) und S. 128ff (Kopftuch einer Lehrerin).

<sup>63</sup>Hinten S.126ff.

ten nicht aufgefordert, ihren Standpunkt zu rechtfertigen; untersucht wird bloss, ob ein Zurückdrängen ihrer Position durch den Staat zulässig ist oder eine Grundrechtsverletzung darstellt.

Daraus folgt, dass nicht Staaten, sondern Gesellschaften kulturell pluralistisch sind. Natürlich ist es möglich, beispielsweise von der Schweiz als viersprachigem Staat zu sprechen, und die Aussage ist verfassungsrechtlich insofern richtig, als tatsächlich die Verfassung vier Nationalsprachen anerkennt.<sup>64</sup> Dies ist aber bloss Ausdruck der (nachträglichen) staatlichen Anerkennung einer gesellschaftlichen Realität, in der konkrete Menschen sich selbst schlüssig werden, was ihnen heilig ist, in welchem Idiom sie sich ausdrücken und untereinander kommunizieren wollen und welche Zeichen und Symbole für ihr Selbstverständnis stehen. Es ist wohl kein Zufall, dass Staaten und staatsähnliche Gebilde die kulturelle Definitionsmacht immer dann für sich selbst beanspruchen, wenn sie damit exklusive Herrschaftsansprüche gegenüber kulturellen Minderheiten absichern wollen. Die Anerkennung von Serben, Kroaten und muslimischen Bosniaken als konstituierende Staatsvölker in der Verfassung der Republik von Bosnien-Herzegowina<sup>65</sup> ist bloss das jüngste aus einer Reihe problematischer Beispiele.

### *b) Dominanz des Religiösen*

Die grosse Mehrheit aller Gerichtsurteile in den untersuchten Staaten zu interkulturellen Fragen betrifft das Grundrecht der Religionsfreiheit. Sie ist offenbar jenes Grundrecht, das sich am besten eignet, die Frage der Zulässigkeit von Praktiken und Lebensweisen, die von jener der Mehrheit abweichen, grundrechtlich zu thematisieren. Die relativ häufigen Streitigkeiten über Familien- und Ehefreiheit sowie das Erziehungsrecht der Eltern besitzen ihre Wurzeln meist in religiösen Normen und Werten, die im Konflikt zur Mehrheitskultur stehen. Sprachkonflikte im Zusammenhang mit neuen Minderheiten sind in den USA akut geworden,<sup>66</sup> sonst

<sup>64</sup>Art. Art. 4 nBV bzw. Art. 116 aBV.

<sup>65</sup>Präambel der Verfassung der Republik Bosnien-Herzegowina vom 14.12.1995, Annex 4 zum Dayton Agreement vom 21.11.1995.

<sup>66</sup>In den USA ist die Sprachenfreiheit verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich garantiert, Angehörige von Minderheiten können sich aber auch bezüglich ihrer Sprache auf die Diskriminierungsverbote des 14th amendment oder – was häufiger vorkommt – die Antidiskriminierungsbestimmungen des Civil Rights Act berufen. Eine erste Gruppe von Entscheidungen bezieht sich auf Schulfragen. In *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923) entschied der Supreme Court, ein Gesetz, welches den (deutschen) Fremdsprachenunterricht in Schulen beschränke, sei verfassungswidrig. Umgekehrt stellte sich in *Lau v. Nichols* (414 U.S. 563, 1974) folgende Frage: Muss Kindern, deren Muttersprache nicht Englisch ist, separater Unterricht erteilt werden? Das Gericht kam zum Schluss, dass Kindern eine sinnvolle Möglichkeit zur Teilnahme an öffentlichen Schulprogrammen verweigert werde, wenn sie nicht zuerst speziellen Unterricht in Englisch erhalten würden; das auf der Basis von Titel VI des Civil Rights Act erlassene Gesetz verlange deshalb einführenden Spezialunterricht in Englisch für Kinder von Einwanderern, die diese Sprache nicht sprechen (S. 565; In *Bakke*, 438 U.S. 265, 1979, S. 305, betonte der Supreme Court allerdings, dass die Entscheidung in *Lau* allein auf dem anwendbaren Gesetzesrecht und nicht der Verfassung beruhe). Eine zweite Fragestellung betrifft Angehörige von Minderheitssprachen (vor allem Spanisch), die geltend machten, der Staat habe ihnen Informationen und Dienstleistungen in ihrer Sprache zu liefern: Gerichte verschiedener Stufen haben solche Begehren immer mit dem Argument zurückgewiesen, die USA seien ein englischsprachiges Land und die Zahl der Minderheitensprachen sei zu hoch, um alle Bedürfnisse abdecken zu können; deshalb beruhe die Beschränkung auf den Gebrauch des Englischen auf guten Gründen (*Carmona v. Sheffield*, 325 F.Supp. 1341, N.D. Cal. 1971). Allerdings besteht ein Recht auf unentgeltliche Übersetzung im Strafprozess (*US Ex rel Negron v. New York*, 434 F.2d 386, 2nd cir 1970). Zulässig (aber nicht gefordert) ist es auch, in Gebieten mit einem hohen Anteil an Personen, die nur Spanisch sprechen,

aber – abgesehen von den schweizerischen und kanadischen Sprachenfällen, die eigene Sprachminderheiten betreffen – selten geblieben. Fragen aus dem Bereich der übrigen Grundrechte haben sich bisher nur selten gestellt.

Diese Dominanz religiös geprägter Grundrechtskonflikte erstaunt auf den ersten Blick: Das 20. Jahrhundert ist das Jahrhundert der Säkularisierung; noch nie zuvor haben sich – zumindest in Europa – so viele Menschen von etablierten Religionsgemeinschaften entfremdet oder gar den Schritt zu einer exklusiv diesseitigen Weltanschauung gemacht. Bei genauerer Betrachtung lässt sich die Dominanz religiöser Fragestellungen allerdings erklären. Viele der beschriebenen Konflikte knüpfen zwar an kulturellen Unterschieden lebensweltlicher Art an. Weil Kultur als solche grundrechtlich aber nicht geschützt ist,<sup>67</sup> bietet sich das ‚starke‘ Grundrecht der Religionsfreiheit als Beschwerdegrund an.<sup>68</sup> Gleiches gilt für ethnisch geprägte Konflikte: Sie können grundrechtlich nicht direkt thematisiert werden, weil ein „Recht auf Anerkennung der eigenen Ethnizität“ fehlt. In beiden Fällen lässt sich erlittene Diskriminierung durch die Mehrheit – aber auch die Selbstdefinition als benachteiligte Gruppe – leichter an religiösen Symbolen und Praktiken fest machen.<sup>69</sup> Der äusserst weite Geltungsbereich der Religionsfreiheit erlaubt, so unterschiedliche Lebenspraktiken wie Essensgewohnheiten, Traditionen der Bekleidung, die Stellung von Frauen und Kindern in der Familie oder die Frage, an welchem Tag die Arbeit ruhen soll – Verhaltensweisen also, die primär ohne Grundrechtsrelevanz sind – grundrechtlich zu thematisieren. Die Religionsfreiheit ermöglicht damit, Ethnizität<sup>70</sup> im Sinne eines weiten, grundsätzlich alle Lebensverhältnisse umfassenden Kulturbegriffs mit dem engen Kulturbegriff der Grundrechtsordnung zu verbinden. Schliesslich gilt es zu beachten, dass Angehörige von Minderheiten die subjektiven und objektiven Barrieren beim Zugang zu den Gerichten eher überwinden, wo so hochrangige Werte und Interessen, wie religiöse Anliegen sie darstellen, auf dem Spiel stehen.

Wahlanweisungen und -unterlagen in Spanisch abzugeben (Puerto Rican Org. v. Kuser, 350 F.Supp 606, N.D. III. 1972). Wenig Verständnis zeigen amerikanische Gerichte für Beschränkungen der Sprachenfreiheit im Privatbereich: In *Garcia v. Spun Steak Company* (998 F.2d 1480 (9<sup>th</sup> Cir.) 1993) weigerte sich das Gericht, eine Beschwerde gegen einen Entscheid der unteren Instanz zu prüfen, mit dem ein Arbeitgeber geschützt wurde, welcher seinen Angestellten verboten hatte, untereinander – und sei es in der Pause – Englisch zu sprechen. Der Federal Court fand, dieses Verbot stelle eine Unannehmlichkeit dar, welche in keiner Weise die Rechte einer Person beeinträchtigen würde. In einem anderen Fall (*Garcia v. Gloor*, 618 F.2d 264, 5<sup>th</sup> Cir. 1980; certiorari denied 449 U.S. 1113, 1981) wurde ebenfalls der Arbeitgeber geschützt, der einen zweisprachigen Arbeitnehmer, der spanischsprachige Kunden zu betreuen hatte, allein deshalb entlassen hatte, weil dieser das Verbot missachtet hatte, mit seinen Mitarbeitern Spanisch zu sprechen. Anders verhält es sich beim privaten Sprachgebrauch in der Öffentlichkeit: So ist es unzulässig, wenn ein Wirt seinen Gästen verbietet, an der Bar eine Fremdsprache zu sprechen (*Hernandez v. Erlenbusch* 368 F.Supp. 752, D.C.Cir. 1973).

<sup>67</sup>Geschützt sind nur jene spezifischen kulturellen Manifestationen, die wie Sprache, Kunst oder Religion in den Schutzbereich eines Grundrechtes fallen.

<sup>68</sup>So für die USA Nathan Glazer, *We are All Multiculturalists Now*, Cambridge/Massachusetts 1997, S. 79.

<sup>69</sup>Vgl. dazu Reinhard Hocker, *Türkische Jugendliche im ideologischen Zugriff*, in: Wilhelm Heitmeyer/Rainer Dollase (Hrsg.), *Die bedrängte Toleranz*, Frankfurt 1996, S. 426ff. Hocker zeigt auf, dass die Erfahrung, als türkische Staatsangehörige Menschen zweiter Klasse zu sein, bei türkischen Jugendlichen die Bereitschaft zur Übernahme islamisch-fundamentalistischer Vorstellungen steigert.

<sup>70</sup>Näheres zu diesem Begriff hinten S. 60ff.



*c) Konvergenz der Behandlung eigener und eingewanderter Minderheiten*

Die Analyse der Praxis bestätigt die bereits geäußerte Vermutung, dass die meisten Grundrechtsprobleme, mit denen sich Einwanderungsgesellschaften konfrontiert sehen, von der Sache her *nicht neu* sind. Für die meisten praktisch bedeutsamen Grundrechtsfragen, welche die Migration der vergangenen Jahrzehnte ausgelöst hat, finden sich Vorläufer in Urteilen zu Anliegen von Personen und Gruppierungen aus dem eigenen Land. In diesem Sinn knüpfen beispielsweise die Diskussionen über Ausnahmen vom Schächtverbot für eingewanderte Muslime an die Auseinandersetzungen über das rituelle jüdische Schächten Ende des 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts an.<sup>71</sup> Die Frage der islamischen Kleidervorschriften in der Schule hat sich strukturell in vergleichbarer Weise gestellt, als in Deutschland fundamentalistisch-katholische Mädchen vom Turnunterricht befreit werden wollten, weil ihnen das Tragen von Hosen als sündhaft erschien,<sup>72</sup> oder als die Zulässigkeit des Verbotes rotgetönter Kleider für buddhistisch orientierte deutsche Lehrer<sup>73</sup> zu beurteilen war. Die Problematik christlich ausgerichteter öffentlicher Schulen hat nicht wegen der Zuwanderung von Menschen anderer Religion, sondern wegen der Pluralisierung und Säkularisierung der christlichen Kultur zu Gerichtsentscheiden geführt,<sup>74</sup> und das schwierige Problem, wann zugunsten des Kindeswohls in die Familienfreiheit und das Erziehungsrecht der Eltern eingegriffen werden darf, stellte sich bei fundamentalistisch eingestellten Angehörigen gewisser christlicher Gruppierungen schon vor der Ankunft traditionalistischer Familien aus ausereuropäischen Kulturen.<sup>75</sup>

Die Frage der Grundrechte von Migrantinnen und Migranten lässt sich somit nicht isoliert und getrennt von jener der Grundrechte eigener kultureller Gruppen verstehen. Dies öffnet den Blick für ein besseres Verständnis von Grundrechtskonflikten in Einwanderungsgesellschaften: In beiden Fällen geraten Menschen und Gruppierungen, die sich in einer Minderheitenposition befinden, mit der Mehrheit in Konflikt, weil Mehrheits- und Minderheitskultur einander nicht akzeptieren können oder sich gar offen ablehnen. Deshalb erstaunt es nicht, dass die untersuchte Gerichtspraxis kaum explizit zwischen eigenen Staatsangehörigen und Immigrantinnen oder Immigranten unterscheidet, sondern für beide Kategorien auf die gleichen grundrechtlichen Argumentationsformen zurückgreift.

<sup>71</sup>Siehe hinten S. 168.

<sup>72</sup>VGH München, Urteil vom 6.5.1987, hinten S. 138ff.

<sup>73</sup>Hinten S. 128f.

<sup>74</sup>Hinten S. 120ff.

<sup>75</sup>Hinten S. 190f.

## ERSTES KAPITEL

### GRUNDRECHTSPOLITISCHE KONZEPTE

#### I. FÜNF GRUNDRECHTSPOLITIKEN

Beim Blick auf die Grundrechtspraxis wichtiger westlicher Verfassungsstaaten und Einwanderungsgesellschaften<sup>1</sup> fällt auf, wie unterschiedlich Gerichte mit ähnlich gelagerten Fällen umgehen. Während z.B. das schweizerische Bundesgericht dem Anliegen von Sikhs, einen Turban zu tragen, den Schutz der Religionsfreiheit gänzlich versagt,<sup>2</sup> sind Kanada und Grossbritannien in dieser Frage grosszügig.<sup>3</sup> Die französische Praxis zu Dispensationen in der Schule<sup>4</sup> erscheint demgegenüber viel restriktiver als jene in Deutschland und in der Schweiz. Grundlegende Differenzen zeigen sich zwischen der Schweiz und Deutschland in der Frage des christlichen Charakters der Volksschule,<sup>5</sup> zwischen den USA und Kanada in jener der Befreiung von Ladenschlusszeiten.<sup>6</sup> Noch vielfältiger wird das Bild, wenn man die unterschiedlichen Auffassungen und Argumentationen der Doktrin zu diesen Gerichtsentscheiden in Betracht zieht.

Diese Unterschiede lassen sich teilweise durch Unterschiede der Verfassungsordnungen erklären.<sup>7</sup> Wo diese Erklärung nicht greift, wird deutlich, dass Grund- und Menschenrechte zwar richterliche Spielräume einengen, trotz ihres Universalitätsanspruches die konkreten Ergebnisse aber oft nicht determinieren. Dies gilt vor allem dort, wo im Einzelfall Güterabwägungen vorzunehmen sind. Damit wird der Raum frei für verschiedene *grundrechtspolitische Grundkonzepte*, welche ausdrücklich oder implizit die Urteilsfindung beeinflussen. So argumentieren beispielsweise deutsche Gerichte unter dem Gesichtspunkt der sog. positiven Religionsfreiheit, dass der Schutz der eigenen kulturellen Identität ein legitimes Anliegen sei,<sup>8</sup> während das schweizerische Bundesgericht in der Regel den Grundsatz der religiösen Neutralität betont.<sup>9</sup> Eine Gegenposition zur Neutralität nehmen Gerichte ein, wenn sie den kulturellen Eigenwert und damit das Interesse an der Erhaltung der kulturellen Identität traditioneller sprachlicher oder religiöser Minderheiten betonen.<sup>10</sup> Wiederum anders ist der Ausgangspunkt

<sup>1</sup>Vgl. dazu die Kapitel 2-4, hinten S. 77ff, S. 112 und S. 158ff.

<sup>2</sup>BGE 119 IV 260, hinten S. 154.

<sup>3</sup>Hinten S. 154.

<sup>4</sup>Hinten S. 136ff.

<sup>5</sup>Hinten S. 120 und S. 143.

<sup>6</sup>Hinten S. 152.

<sup>7</sup>Beispielsweise im Bereich der Primarschule, wo die konfessionelle Neutralität gemäss Art. 27 aBV, der Grundsatz der Laizität der Schule in Frankreich oder die Verankerung christlicher Bildungsziele in deutschen Länderverfassungen notwendigerweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen muss.

<sup>8</sup>Siehe die Urteile hinten S. 123ff.

<sup>9</sup>Vgl. z.B. BGE 123 I 296, hinten 3. Kapitel S. 121f.

<sup>10</sup>So z.B. das Bundesgericht in seiner Praxis zu Reklameverboten in rätoromanischen Gemeinden (hinten S. 52) oder der amerikanische Supreme Court im Fall Wisconsin v. Yoder (hinten S. 50ff) zur Dispensation von Kindern der Amish von den letzten Jahren der obligatorischen Schulpflicht.

des kanadischen Supreme Court, wo er seine Entscheide mit dem Hinweis auf das multikulturelle Erbe Kanadas begründet.<sup>11</sup>

Grundrechtspolitik manifestiert sich in kulturell pluralistischen Einwanderungsgesellschaften sehr unterschiedlich, wobei – wie die rechtsvergleichende Analyse der folgenden Kapitel zeigt – weniger zwischen verschiedenen Staaten als zwischen unterschiedlichen Argumentationsmustern zu differenzieren ist. Dieses Kapitel will unterschiedliche Argumentationslinien, wie sie sich in Praxis und Schrifttum manifestieren, darstellen und ihre spezifischen Stärken und Schwächen identifizieren. Dabei lassen sich zumindest fünf grundrechtspolitische Ansätze unterscheiden, nämlich

- die Politik der Neutralität, die den Gedanken in den Mittelpunkt stellt, dass der Staat sich mit keiner Weltanschauung oder Kultur identifizieren, sondern als unabhängige Instanz alle gleichmässig behandeln soll;
- die Politik des Schutzes der eigenen Identität, welche die Erhaltung des kulturellen Charakters der Mehrheitsgesellschaft in den Vordergrund rückt;
- die Politik des Minderheitenschutzes, die den Akzent im Gegensatz dazu auf den Schutz ethnischer, religiöser oder sprachlicher Minderheiten setzt;
- die Politik der Anerkennung, die kulturelle Gruppierungen in ihrer Identität ernst nehmen und deshalb aktiv schützen oder fördern will; und schliesslich
- die Politik des Multikulturalismus, die das Konzept „eine Nation/viele Völker/viele Kulturen“ zum Ausgangspunkt nimmt.

## II. DIE POLITIK DER NEUTRALITÄT

### 1. RECHTSPRECHUNG

Das Prinzip der weltanschaulichen Neutralität des Staates bildet einen ersten Ansatz für den Umgang mit kulturell begründeten Grundrechtsansprüchen gesellschaftlicher Minderheiten. Ihm kommt in der Schweiz<sup>12</sup> und Deutschland<sup>13</sup> in Praxis und Doktrin grosse Bedeutung zu. Der Grundsatz tritt insbesondere im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit in Erscheinung, er ist aber nicht darauf beschränkt. Das schweizerische Bundesgericht hat in Hinblick auf die

<sup>11</sup>Siehe R v. Big M Drug Mart, hinten bei Anm. 276.

<sup>12</sup>BGE 123 I 296; 118 Ia 46 E. 3b, S. 53 und E. 4e, S. 58; 116 Ia 252 E. 5d, S. 258; 113 Ia 304 E. 4c, S. 307, und viele andere.

<sup>13</sup>Vgl. z.B. VG Wiesbaden, Urteil vom 10.7.1984 – VI/1E 596/82, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1985, S. 137f (Tragen eines Kopftuches auf Ausweisfotos; hinten 2. Kapitel, S.101); OVG Hamburg, Beschluss vom 26.11.1984, NVwZ 1986, S. 406ff (Bekleidungsverbot für Lehrer, hinten 3. Kapitel, S. 128f.); BVerfGE 93, 1 (Beschluss vom 16.5.1995, 1 BvR 1087/91), auch in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1995, S. 363 (Kruzifixentscheid, hinten 3. Kapitel, S.126ff), BVerwGE 90, 1 (Privatschule, hinten 3. Kapitel, S. 148f); BVerwGE 42, 2 (129) (Urteil vom 17.4.1973, Schuldspens, hinten S. 136). Für Frankreich siehe z.B. Conseil d'État, Entscheid vom 14.3.1994 (Yilmaz), Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 135f (Kopftuch von Schülerinnen, hinten 3. Kapitel, S. 133f).

hier interessierende Problematik<sup>14</sup> seine Auffassung kürzlich folgendermassen zusammengefasst:

„Die Glaubens- und Gewissensfreiheit verpflichtet den Staat, konfessionelle und religiöse Neutralität einzuhalten; der Einzelne kann sich diesbezüglich auf ein Individualrecht berufen (...). Der Staat beschränkt die Religionsfreiheit, wenn er auf unzulässige Weise, vor allem durch finanzielle Unterstützung eines der Protagonisten, in Kontroversen religiöser oder metaphysischer Art Partei nimmt (...). Das Neutralitätserfordernis ist indessen nicht absolut, was das – zulässige – Bestehen von öffentlich-rechtlich anerkannten Landeskirchen beweist. (...) Der Sinn der Neutralität besteht nicht darin, in der Staatstätigkeit jedes religiöse oder metaphysische Moment auszuschliessen; eine antireligiöse Haltung, wie ein kämpferischer, sogar irreligiöser Laizismus, ist ebensowenig neutral. Die Neutralität bezweckt, dass alle in einer pluralistischen Gesellschaft bestehenden Überzeugungen unparteiisch berücksichtigt werden. Der Grundsatz, wonach der Staat niemanden aus religiösen Gründen bevorzugen oder benachteiligen darf, hat allgemeine Tragweite, und er ergibt sich direkt aus den Art. 49 und 50 BV. (...) Schliesslich besteht der Laizismus des Staates in einer Neutralitätspflicht, die ihm auferlegt, sich bei den öffentlichen Handlungen jeder konfessionellen oder religiösen Erwägung zu enthalten, welche die Freiheit der Rechtsunterworfenen in einer pluralistischen Gesellschaft gefährden könnte (...). In diesem Sinne bezweckt sie, die Religionsfreiheit der Einzelnen zu schützen, aber auch den konfessionellen Frieden im Geiste der Toleranz aufrecht zu erhalten.“<sup>15</sup>

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat betont, dass die Glaubensfreiheit gemäss Art. 4 GG

„dem Einzelnen und den religiösen Gemeinschaften (...) grundsätzlich keinen Anspruch darauf [verleiht], ihrer Glaubensüberzeugung mit staatlicher Unterstützung Ausdruck zu verleihen. Aus der Glaubensfreiheit (...) folgt im Gegenteil der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen. Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewahrt. Er darf daher den religiösen Frieden in einer Gesellschaft nicht von sich aus gefährden. (...) [Die Bestimmungen des Grundgesetzes] verwehren die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagen die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger (...). Auf die zahlenmässige Stärke oder die soziale Relevanz kommt es dabei nicht an (...). Der Staat hat vielmehr auf eine am Gleichbehandlungsgrundsatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten (...). Auch dort, wo er mit ihnen zusammenarbeitet oder sie fördert, darf dies nicht zu einer Identifikation mit bestimmten Religionsgemeinschaften führen (...).“<sup>16</sup>

Beide Gerichte betonen, dass Neutralität nicht völlige Indifferenz des Staates in Fragen der Religion und der Weltanschauung bedeutet. Es ist vielmehr eine ‚positive‘, die Religion als gesellschaftliches Phänomen wahrnehmende und dafür offene Neutralität, die postuliert wird. Im schweizerischen und im deutschen Verfassungsrecht wird Neutralität somit nicht aus-

<sup>14</sup>Das Neutralitätsprinzip besitzt in vielen anderen Bereichen – von der Ausgestaltung öffentlich-rechtlich konstituierter elektronischer Medien über die Stellung des Staates im Arbeitskampf bis hin zur Wirtschaftsfreiheit – ebenfalls eine grosse Bedeutung. Für eine umfassende Darstellung siehe Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972, S. 40ff.

<sup>15</sup>BGE 123 I 296 (Genfer Kopftuch-Fall), zitiert nach der deutschen Übersetzung in: Die Praxis des Bundesgerichts 4/47 (1998), S. 307f.

<sup>16</sup>BVerfGE 93, 1 (1993); Text nach Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1995, S. 363.

schliesslich als Gebot völliger Trennung zwischen Staat und Religion, als ‚negative‘ Neutralität verstanden. Was daraus abzuleiten ist, bleibt allerdings offen: Besonders das deutsche Kreuzifix-Urteil<sup>17</sup> zeigt, wie aus der Neutralität verschiedene Schlüsse über die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Religion gezogen werden können. Sieht die Mehrheit des Gerichts die Neutralität des Staates nur gewahrt, wenn das Anbringen von Kreuzen in Schulzimmern untersagt wird, so wirft eine abweichende Minderheit – ausgehend vom gleichen Verständnis von Neutralität – der Mehrheit vor, mit dem Urteil den Staat zu religiöser Indifferenz oder gar zu einem Laizismus zu verpflichten und damit letztlich Partei gegen die Religion zu ergreifen.<sup>18</sup> Daher stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Begriff bei der Lösung von Konflikten zwischen Staat und Religion zukommen kann.

Eine radikale, letztlich antiklerikale Trennung von Kirche und Staat verfolgte ursprünglich der französische Laizismus, der die Religion aus allen Bereichen des öffentlichen Lebens heraushalten wollte und 1905 seinen Höhepunkt in der gesetzlichen Verankerung der Trennung von Kirche und Staat fand.<sup>19</sup> Heute wird die ‚laïcité‘ auf den Staat bezogen, welcher wie in der Schweiz und Deutschland positiv und nichtdiskriminierend Toleranz gegenüber religiösen Äusserungen Privater üben soll.<sup>20</sup> In diesem Sinn betonte der Conseil d’État im Zusammenhang mit dem Streit um das islamische Kopftuch in der Schule, aus dem im französischen Recht verankerten Prinzip des Laizismus ergebe sich notwendigerweise der Respekt für alle Glaubensrichtungen.<sup>21</sup> In der Schule bedeute dies einerseits eine Verpflichtung zu einem weltanschaulich neutralen Unterricht, andererseits aber auch den Respekt für die Gewissensfreiheit aller Schülerinnen und Schüler; deshalb sei jede an der religiösen Überzeugung der Schülerinnen anknüpfende Diskriminierung beim Zugang zur Schule verboten.<sup>22</sup>

Eine deutlich andere Ausrichtung besitzt der Grundsatz der religiösen Neutralität in den USA. Die sog. Establishment-Clause des I. Amendment<sup>23</sup> verbietet jegliches staatliche Handeln, welches einer religiösen Gruppe die Möglichkeit einer Kontrolle über staatliche Institutionen eröffnet oder eine Religion gegenüber einer anderen bzw. gegenüber einer nichtreligiösen

<sup>17</sup>A.g.l.O.; dazu ausführlich hinten 3. Kapitel, S. 126ff.

<sup>18</sup>Siehe die abweichende Meinung der Richter Seidl und Söllner sowie der Richterin Haas (EuGRZ 1995, 366).

<sup>19</sup>Peter Karlen, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988, S. 100f mit Hinweisen.

<sup>20</sup>A. Gromitsaris, Laizität und Neutralität in der Schule - Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 121 (1996), S. 402, der von einer „neuen, offenen Laizität“ spricht, sowie Peter Rädler, Religionsfreiheit und staatliche Neutralität an französischen Schulen, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 56/1-2 (1996), S. 377, welcher den Begriff „toleranter Laizismus“ als Gegenstück zum „strikten Laizismus“ braucht.

<sup>21</sup>Conseil d’État, Avis du 27 novembre 1989 no. 346893 (siehe dazu hinten 3. Kapitel, S. 133), abgedruckt in: Revue Universelle des Droits de l’Homme (RUDH) 1991, S. 152.

<sup>22</sup>A.g.l.O., S. 153: „(...) que le principe de laïcité de l’enseignement public, qui est l’un des éléments de la laïcité de l’Etat et de la neutralité de l’ensemble des services publics, impose que l’enseignement soit dispensé dans le respect, d’une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d’autre part, de la liberté de conscience des élèves. Il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l’accès à l’enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves.“

<sup>23</sup>„Congress shall make no law respecting an establishment of religion (...).“ Vgl. hierzu aus der reichen Literatur z.B. John E. Nowak/Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul/Minnesota 1995, S. 1218ff, oder Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 2<sup>nd</sup> ed., Mineola/New York 1988, S. 1154ff.

Haltung bevorzugt.<sup>24</sup> In Anwendung dieser Grundsätze hat der Supreme Court beispielsweise entschieden, es sei unzulässig, die Grenzen einer Schulgemeinde so zu ziehen, dass alle ihre Angehörigen der gleichen religiösen Sekte zugehören,<sup>25</sup> eine konfessionelle Schule zu subventionieren, falls nicht sichergestellt ist, dass dieses Geld weder direkt noch indirekt die Verbreitung religiöser Lehren unterstützt,<sup>26</sup> oder auf öffentlichem Grund eine Weihnachtskrippe aufzustellen.<sup>27</sup> Hier bedeutet Neutralität noch immer weitestgehende Verdrängung aller Religiösen aus dem staatlichen und staatlich kontrollierten Bereich.<sup>28</sup>

## 2. ASPEKTE DES KONZEPTS

### a) Funktionen der Neutralität

Neutralität bedeutet, dass der Staat kein religiöses Bekenntnis hat, für kein Bekenntnis wirbt und kein Bekenntnis hindert.<sup>29</sup> Dieser Neutralität kommt eine dreifache Aufgabe zu, nämlich (1) die Sicherung des inneren Friedens, (2) die Sicherung und Zusprechung jener Freiräume, die für die Entfaltung der Religion und Weltanschauungen der Privaten und ihrer Organisationen notwendig sind, sowie (3) die Erleichterung der Identifikation der Einzelnen mit dem Staat, welcher Frieden und Freiheit schafft.<sup>30</sup> Diese Funktionen haben gerade im Kontext der Einwanderungsgesellschaft neue Aktualität erlangt. Deshalb rechtfertigt es sich, kurz auf ihre historischen Hintergründe einzugehen.

### aa) Friedenssicherung

Die Friedenssicherung wird im Licht der historischen Entwicklung des Verhältnisses von Kirche und Staat in Europa deutlich.<sup>31</sup> Die Neutralität der politischen oder staatlichen Gewalt in

<sup>24</sup>Jill Norgren/Serena Nanda, *American Cultural Pluralism and Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Westport 1996, S. 240. Eine umfassende Definition des Begriffes 'Neutralität', der in der Rechtsprechung nur selten auftaucht, hat der Supreme Court soweit ersichtlich bisher nie gegeben. Zu den verschiedenen Facetten des Neutralitätsbegriffs in der Praxis des Supreme Court siehe Tribe, S. 1188ff.

<sup>25</sup>*Board of Education of Kiryas Joel v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994): Ausschlaggebend war, dass damit staatliche Funktionen (Aufsicht über eine öffentliche Schule) faktisch vollständig an Angehörige einer fundamentalistischen Gruppierung übertragen wurden. Nomi Maya Stolzenberg, *A Tale of Two Villages (or Legal Realism Comes to Town)*, in: Ian Shapiro/Will Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, NOMOS XXXIX, New York 1997, S. 290ff, zeigt allerdings, dass der Supreme Court in einer Weise entschieden hat, die es der Stadt New York erlaubte, durch eine Gesetzesänderung, die weniger einzelfallbezogen war, das gleiche Resultat zu erreichen.

<sup>26</sup>Siehe z.B. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *Levitt v. Committee for Public Education*, 413 U.S. 472 (1973) (Verfassungswidrigkeit der Abgeltung gesetzlich verlangter Leistungen der Schule wie obligatorische Tests, Statistiken etc. durch einen Pauschalbetrag, der für andere Zwecke missbraucht werden kann) und viele andere. In *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980), hielt der Supreme Court die Abgeltung von Kosten für vorgeschriebene Tests und Statistiken für zulässig, da nur die effektiven Kosten zurückerstattet wurden.

<sup>27</sup>*County of Allegheny v. Greater Pittsburgh American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989).

<sup>28</sup>Karlen, S. 103, will allerdings in der neueren Rechtsprechung Ansätze zu einer religionsfreundlicheren Haltung erkennen.

<sup>29</sup>Ludwig Renck, *Staatliche Religionsneutralität und Toleranz: zu BVerfGE 35, 366 und 52, 233*, *Juristische Schulung (JuS)* 1989, S. 451, mit Hinweis auf v. Zezschwitz, *Juristenzeitung (JZ)* 1966, S. 339.

<sup>30</sup>Renck, S. 451.

<sup>31</sup>Bereits in der Antike gab es Modelle der Neutralität, die der Friedenssicherung dienen. So betont Michael Walzer, *On Toleration*, New Haven/London 1997, S. 14ff, dass das römische Reich und andere Imperien

Religionssachen bedingt ein Auseinanderfallen des Politischen und des Religiösen, verallgemeinernd ausgedrückt ein Auseinanderfallen von staatlicher und religiös-gesellschaftlicher Ebene. Dieser Prozess begann in Europa im Investiturstreit, erfuhr eine entscheidende Wende in der Reformation und den dadurch ausgelösten Glaubenskriegen und fand seinen Höhepunkt in der französischen Revolution.<sup>32</sup> Der Begriff der Neutralität bedeutete im Mittelalter zuerst innerkirchliche Neutralität, insbesondere gegenüber den zahlreichen Orden mit durchaus unterschiedlicher und oft kirchenkritischer Ausrichtung. Nach der Reformation wurde darunter interkonfessionelle, d.h. innerchristliche Neutralität verstanden, ab dem 19. Jahrhundert dann auch die Trennung von Kirche und Staat; diese wurde nicht nur als staatliche Toleranz gegenüber dem religiösen Bereich, sondern oft mehr als Laizismus, als Verdrängung aller kirchlichen Einflüsse aus Staat und Politik verstanden. Die Entwicklung verlief in den einzelnen Ländern allerdings unterschiedlich.

In *Deutschland*<sup>33</sup> erwies sich die ‚Neutralisierung‘ des Reiches gegenüber den Konfessionen als unausweichlich, wollte man die staatliche Einheit erhalten. Der Augsburger Religionsfrieden von 1555 führte zu einer Rechtsordnung mit zwei Schichten. Dem religiös bestimmten Recht des jeweiligen Landes wurde das konfessionell neutrale Reichsrecht übergeordnet, das es als säkulares Recht den religiösen Kontrahenten erlaubte, „beieinander zu sitzen“: Der Religionsfrieden und der im Westfälischen Frieden von 1648 verankerte Grundsatz der territorialen Bestimmung der Religion durch den jeweiligen Landesherrn („*cuius regio, eius religio*“) führten zu einem paritätischen Verhältnis der Konfessionen.<sup>34</sup> Hier erwies sich das Neutralitätsprinzip als Instrument zur Verwirklichung eines zentralen Zweckes des Reichs und seiner Nachfolgestaaten: der Wahrung von Frieden und Sicherheit.

In *Frankreich*<sup>35</sup> gab es die Möglichkeit der Föderalisierung als Mittel zur Überwindung der Glaubenskonflikte nicht. Allerdings wurde die staatliche Einheit, wie es die *politiques* im 16. Jahrhundert postuliert hatten, um des politischen Friedens willen über die Konfessionen gestellt. Das Edikt von Nantes aus dem Jahre 1598, welches nach den Hugenottenkriegen den Protestanten eine beschränkte Religionsfreiheit gewährte, fand seine Basis in der Stärke von Henri IV, das Toleranzgebot politisch durchzusetzen. Mit seinem Ausspruch, dass nicht mehr nach den Konfessionen unterschieden werden dürfe, sondern alle Untertanen „gute Franzosen“ sein müssten, wies er auf die Grundlage dieser Toleranz hin: den säkularisierten Nationalstaat, dessen Fundament nicht mehr die Religion, sondern die Souveränität des Herrschers bildet. Als absolutistischer König konnte der Herrscher allerdings, wie es Louis XIV im Edikt von Fontainebleau mit der Aufhebung des Ediktes von Nantes 1685 tat, gewährte Rechte

(Persien, das ptolemäische Ägypten) den verschiedenen unterworfenen Völkern innere Autonomie und kulturell-religiöse Freiheit liess, solange sie Steuern zahlten, die Oberherrschaft des Kaisers anerkannten und andere Völker in Ruhe liessen.

<sup>32</sup>Heinhard Steiger, Neutralitätsbegriff, in: Otto Brunner et al. (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 336ff, S. 357.

<sup>33</sup>Schlaich, S. 28ff, mit zahlreichen Hinweisen. Vgl. auch Karlen, S. 81ff.

<sup>34</sup>Zur Parität als Prinzip des schweizerischen Staatskirchenrechts siehe Christoph Winzeler, *Fremde Religionen in der Schweiz unter Gesichtspunkten der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts*, *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) neue Folge* 117 (1998), S. 246f, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>35</sup>Die folgende Darstellung folgt Schlaich, S. 31ff, wo sich umfassende Hinweise auf historische und juristische Literatur finden. Vgl. auch Karlen, S. 83 und 89f.

wiederum zurücknehmen.<sup>36</sup> Nicht zuletzt solche Erfahrungen trugen dazu bei, dass die französische Revolution sich einem kämpferischen, vor allem gegen die katholische Kirche gerichteten Laizismus zuwandte und religiöse Einflüsse ganz aus der staatlich-öffentlichen Sphäre zu verdrängen suchte. Auch wenn heute der Laizismus in einer toleranteren Art verstanden wird,<sup>37</sup> macht die französische Erfahrung, wie SCHLAICH<sup>38</sup> betont, den engen Zusammenhang zwischen Souveränität und Neutralität deutlich, da sich letztere ohne erstere nicht verwirklichen lässt.

In der *Schweiz*<sup>39</sup> war die Entwicklung stark durch das Reich geprägt. Der erste und zweite Kappeler Landfrieden brachten allerdings bereits 1529 bzw. 1531 eine weitgehende Anerkennung des Grundsatzes „cuius regio, eius religio“. Weitgehende Parität wurde vor allem bei der gemeinsamen Verwaltung der gemeinen Herrschaften praktiziert, ebenso in Kantonen mit konfessionell gemischter Bevölkerung. Im Übrigen bestand in den Kantonen ein enger Zusammenhang zwischen Kirche und Staat, was zur Errichtung und Anerkennung von Landeskirchen führte.<sup>40</sup>

Diese historischen Hinweise zeigen, wie sehr Neutralität gegenüber Gruppen und ihren Institutionen bzw. Mitgliedern immer wieder ein Mittel war, um gesellschaftlichen und politischen Frieden zu sichern. Wenn das Neutralitätsprinzip die ‚grossen‘ Konflikte der Glaubenskriege zu entschärfen vermochte, kann es auch heute einen Beitrag zum sachgerechten Umgang mit den ‚kleinen‘ Konflikten kulturell pluralistischer Gesellschaften leisten. In diesem Sinn ist vor allem im angelsächsischen Raum argumentiert worden, die Trennung von Kirche und Staat sei ein Modell, dass sich auf die Lösung ethno-kultureller Konflikte übertragen lasse: Wie ihre religiösen Anschauungen sollen die Menschen auch ihre ethnisch-kulturellen Identitäten frei äussern und leben können, ohne dass der Staat sich einmischt. Die Mitglieder ethnischer Gruppierungen seien gegen Diskriminierung zu schützen, und sie dürften ihr kulturelles Erbe oder Teile davon nach eigenem Gutdünken bewahren; was sie tun, bleibe aber privat, ohne dass der Staat sich damit identifiziere.<sup>41</sup>

#### *bb) Schutz individueller Freiheit*

Die europäische Entwicklung führte im 19. Jahrhundert zwar zur Anerkennung der Religionsfreiheit, ihr Ursprung ist aber institutioneller Natur und nicht von der Achtung individueller Freiheit geprägt. Völlig anders verlief die Entwicklung in den *USA*.<sup>42</sup> Hier stand am Anfang die menschenrechtliche Verankerung der Religionsfreiheit, mit der in den Bills of Rights des

<sup>36</sup>Louis XVI räumte den Nichtkatholiken 1787 gewisse Rechte wieder ein; siehe dazu Karlen, S. 83.

<sup>37</sup>Rädler, S. 356 und 377. Vgl. auch das Zitat in Anm. 22.

<sup>38</sup>Schlaich, S. 34.

<sup>39</sup>Zur folgende Darstellung siehe Karlen, S. 82ff, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>40</sup>Die individuelle Religionsfreiheit fand unter französischem Einfluss und mit kirchenfeindlicher Ausrichtung Eingang in die helvetische Verfassung von 1798 (vgl. dazu Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bern 1992, S. 107), sie fehlte aber in der Mediationsverfassung von 1803 (ders., S. 149). Die Bundesverfassung von 1848 und die meisten Kantonsverfassungen garantierten die Religionsfreiheit bloss für Angehörige der christlichen Religionen (ders., S. 337ff und 586).

<sup>41</sup>So die Zusammenfassung dieser Position durch Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship, A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995, S. 3f.

<sup>42</sup>Siehe hierzu Karlen, S. 31ff, mit Hinweisen.



18. Jahrhunderts der Gedanke der Toleranz in positive, individuell einklagbare Rechtsansprüche überführt wurde. Dieser Ansatz reflektierte die Erfahrung der ersten Siedler als Opfer religiöser Verfolgung in England und rechtfertigte mit seiner naturrechtlichen Sprache die Ablösung der Kolonien vom Mutterland. Institutionell wirkte sich der individualrechtliche Ansatz in der rigorosen Trennung von Staat und Religion aus, die nicht antiklerikal gedacht war, sondern im Gegenteil verhindern sollte, dass sich politische Behörden je gegen bestimmte religiöse Auffassungen richten konnten. In der Verdrängung des Politischen aus der Religion sah man die beste Garantie für den Erhalt der Religionsfreiheit für alle.

Der amerikanische Ansatz der Menschenrechte, der vom Individuum und seinem tief verwurzelten Bedürfnis nach Selbstbestimmung in religiös-weltanschaulichen Fragen ausgeht, hat mit der Anerkennung der Religionsfreiheit als Grund- und Menschenrecht Eingang in alle modernen Verfassungen und in die Menschenrechtskataloge des Völkerrechts gefunden. Heute prägt er das Denken über interkulturelle Konflikte stark. Allerdings zeigen negative Reaktionen auf die Gewährung von religiös verankerten Rechten an Immigranten und Immigrantinnen,<sup>43</sup> dass die so verstandenen Grundrechtsverpflichtungen heute zunehmend als Belastung empfunden werden. Deshalb erscheint es sinnvoll, neben der individuellen Dimension der Religionsfreiheit wieder vermehrt an jene der Friedenssicherung zu erinnern.

### *cc) Identifikation und Integration*

Die dritte Funktion der Neutralität, die erst in der juristischen Doktrin des 20. Jahrhunderts deutlich herausgearbeitet worden ist, lässt sich weitgehend als Folge der beiden anderen Aufgaben verstehen. Wer in Frieden und Freiheit lebt, muss sich nicht gegen den – als feindlich empfundenen – Staat wenden, sondern kann sich mit ihm identifizieren, was die Integration der Individuen in die staatliche Gemeinschaft erleichtert. BÖCKENFÖRDE hat dies folgendermaßen formuliert:

„Das für den modernen Staat konstitutive Prinzip der Nichtidentifikation zielt auf eine übergreifende Neutralität und Allgemeinheit des Staates derart, dass der einzelne 'sich in seiner Eigenart als geistige und sittliche Persönlichkeit in seinem Staate unberührbar und geborgen weiss' (H. Krüger). Eben daraus gewinnt der Staat die Legitimation, seinen Bürgern mit dem Anspruch auf (...) Loyalität gegenüberzutreten.“<sup>44</sup>

Auf der individuellen Ebene setzt dieses „sich geborgen wissen“ voraus, dass Menschen ihr Leben in Übereinstimmung mit ihren ethischen Überzeugungen<sup>45</sup> und ihrem Glauben darüber, was das Leben lebenswert macht, d.h. entsprechend ihrer kulturellen Tradition leben können, gleichzeitig aber die Möglichkeit haben, diese Traditionen in Frage stellen, neu definieren oder sie gar verlassen zu können.<sup>46</sup> All dies setzt die weltanschauliche Neutralität des Staates voraus.

<sup>43</sup>Vgl. z.B. die Kritik am Urteil des schweizerischen Bundesgerichtes zur Dispensation eines muslimischen Mädchens vom Schwimmunterricht, vorne S. 1.

<sup>44</sup>Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL) 1970, S. 84.

<sup>45</sup>Ronald Dworkin, Liberal Community, in: 77 California Law Review (1989), S. 486, zitiert in Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 81.

<sup>46</sup>Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 81.

### b) Dimensionen der Neutralität

Die geschichtliche Entwicklung zeigt, dass das Neutralitätsprinzip Raum für verschiedene Ausprägungen lässt. Immerhin lässt sich der Begriff in einer auf den Kern reduzierten Weise verwenden, um ein auch ausserhalb des Religiösen relevantes Grundprinzip des modernen Staates auszudrücken: Hier deckt sich die Neutralität mit dem Begriff der Nichtidentifikation, worunter „das Absehen der Identifikation des Staates mit der Religion, einer Weltanschauung, mit Werten, einer Rasse, einer Nation, einer Klasse oder einer anderen mit Ausschliesslichkeitsanspruch auftretenden Forderung der Homogenität als Band des Staates zu verstehen ist“.<sup>47</sup> Der Staat soll nicht, wie SCHLAICH betont hat, „Besonderes zu seinem Eigenen“ und damit zum angeblich Allgemeinen machen.<sup>48</sup>

Solche Neutralität lässt sich allerdings auf unterschiedliche Weise verwirklichen. Sie kann in der resignierten Akzeptanz der Verschiedenheit bestehen, in der Anerkennung, dass andere Rechte haben, auch wenn wir ihre Auffassungen nicht teilen und ihre Verhaltensweisen fremd, ja abstossend finden, und schliesslich in der Offenheit gegenüber allem Andersartigen oder gar in der aktiven Unterstützung der Idee und Praxis der Differenz als Voraussetzung für ein offenes und lernfähiges Gemeinwesen.<sup>49</sup>

In der juristischen Doktrin werden zwei Dimensionen des Neutralitätsprinzips unterschieden: *Negativ* verstanden bedeutet Neutralität Distanznahme, Toleranz, Nichteinmischung oder Verdrängung des angeblich Privaten (Religion, politisch-weltanschauliche Auffassungen, wirtschaftliche Entscheidungen) aus der staatlichen Sphäre. *Positiv* verlangt die Neutralität demgegenüber die gleichmässige Berücksichtigung aller anstelle der Bevorzugung einzelner (z.B. bei der Religionspolitik), die Anerkennung und bewusste Pflege der Pluralität (z.B. der Meinungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Medien) und die Unterstützung nach dem Grundsatz der Gleichheit (z.B. bei der Presseförderung). So schwebt, wie Schlaich treffend formuliert,

„Neutralität zwischen Abwehr und Förderung, dem Verbot der Identifikation und der Pluralität (Parität) in der Hereinnahme der verschiedenen Kräfte, zwischen Nichteinmischung und Ausbalancierung, zwischen blosser Toleranz und positiver Beteiligung (Pluralität), zwischen dem Verbot einseitiger Privilegierung und dem Gebot zur Achtung, zwischen Unabhängigkeit und Berücksichtigung, kurz: zwischen dem negativen ‘keiner von beiden’ und dem positiven ‘jeder von beiden’“.<sup>50</sup>

Auf welcher Seite der Akzent liegen soll, ist umstritten.<sup>51</sup> In der Einwanderungsgesellschaft würde positive Neutralität bedeuten, die religiösen Traditionen von Migrantinnen und

<sup>47</sup>Steiger, S. 369.

<sup>48</sup>Schlaich, S. 237.

<sup>49</sup>So Walzer, On Toleration, S. 10f, in Hinblick auf verschiedene Formen der Toleranz von Individuen.

<sup>50</sup>Schlaich, S. 221.

<sup>51</sup>Im Bereich der Religionsfreiheit akzeptiert in der Schweiz z.B. Karlen, S. 115, einzig jenen Staat als neutral, der Religion und Staat miteinander verbindet und damit „zwischen dem sich mit einer bestimmten Religion identifizierenden religiösen Staat und dem gegenüber der Religion indifferenten religionslosen Staat“ steht. Die Neutralität dieses Staatstypus beruhe gleichzeitig auf dem Grundsatz „Prinzip der Nichtidentifikation“ und „dem Grundsatz der Nichtindifferenz, der eine völlige Ignorierung religiöser Sachverhalte durch den Staat untersagt und statt dessen eine gleichmässige Berücksichtigung derselben verlangt“ (ders., S. 115f). Die ältere schweizerische Lehre hatte den Akzent im Sinne einer negativen Neutralität noch anders gelegt. Im Mittelpunkt stand dort

Migranten – in Deutschland und der Schweiz vor allem den Islam – nicht nur zu tolerieren, sondern positiv zu bewerten. Sie erscheint angesichts der staatlichen Unterstützung christlicher und jüdischer Religionsgemeinschaften geboten, da eine negative Neutralität gegenüber ‚fremden‘ Religionen leicht in Diskriminierung abgleiten kann. Ob Staat und Öffentlichkeit heute damit nicht überfordert wären, muss allerdings offen bleiben. Jedenfalls zeigt sich, dass auch innerhalb einer vom Neutralitätsprinzip angeleiteten Grundrechtspraxis und -politik erhebliche Gestaltungsspielräume offenstehen.

*c) Toleranz gegenüber Intoleranten?*

Die grosse Frage, welche sich den Verfechtern der weltanschaulichen Neutralität des Staates stellt, ist jene nach den Grenzen der Toleranz: Soll sie auch gegenüber jenen geübt werden, die selbst intolerant sind und fundamentalistische oder totalitäre Anliegen vertreten? Für JÜRGEN HABERMAS beispielsweise ist klar: „In multikulturellen Gesellschaften kann die rechtsstaatliche Verfassung nur Lebensformen tolerieren, die sich im Medium (...) nichtfundamentalistischer Überlieferungen artikulieren“.<sup>52</sup>

Diese Position mag auf den ersten Blick evident erscheinen. Bei genauer Betrachtung wirft sie aber Fragen auf:<sup>53</sup> Regelmässig wird umstritten sein, was denn überhaupt als fundamentalistisch und was bloss als nicht mehrheitsfähig gelten soll. Historisch ist es gerade das Verdienst des Neutralitätsprinzips, einen konfliktmindernden, sachgerechten Umgang mit Organisationen und Lebensformen zu erlauben, die ihrerseits keineswegs frei von fundamentalistischen Zügen waren. Die katholische Kirche konnte in der Schweiz bereits zu einer Zeit von der Religionsfreiheit profitieren, als sie noch einen ausschliesslichen Anspruch auf Kenntnis der Wahrheit vertrat und kircheninterne Glaubensfreiheit in jeglicher Form ablehnte.<sup>54</sup> Heute dürfen auch klar fundamentalistische Sekten für sich Religionsfreiheit beanspruchen. In Staaten wie Kanada und Australien besitzen indigene Völker Existenz- und Autonomierechte auch dann, wenn ihre eigenen Traditionen und Werte mit jenen des modernen Rechtsstaates nicht voll übereinstimmen.<sup>55</sup> Generell gilt, dass seine Grundrechte *nicht verwirkt*, wer selbst Auf-

die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben (Zivilstandswesen, Begräbniswesen, Schule) von der Kirche auf den Staat. Neutralisierung wurde als Laisierung verstanden. Im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 3 aBV („Die öffentlichen Schulen sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können“) legte man den Begriff des „konfessionell neutralen Unterrichts“ zudem wörtlich aus, d.h. auf das Verhältnis zwischen Katholiken und Protestanten bezogen: Der Unterricht sollte die konfessionell trennenden Momente nach Möglichkeit ausschalten und zu diesem Zweck alle religiösen Akte aus dem Schulunterricht verbannen (Siehe z.B. bei Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 345f, oder Walther Burckhardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 345ff, S. 201f.). An diese Tradition schliesst heute Borghi an, wenn er in seiner Kommentierung von Art. 27 aBV betont, konfessionell ausgerichtete oder religiösen Auffassungen feindliche Lehrinhalte seien verboten, während der areligiöse Unterricht mit der BV vereinbar sei (Marco Borghi, Art. 27, Rz 77, in: Kommentar Bundesverfassung).

<sup>52</sup>Jürgen Habermas, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt a.M. 1993, S. 177.

<sup>53</sup>Vgl. auch Walzer, On Toleration, S. 80f.

<sup>54</sup>Noch 1953 vertrat z.B. Papst Pius XII die Meinung: „Was nicht der Wahrheit und dem Sittengesetz entspricht, hat objektiv kein Recht auf Dasein, Propaganda und Betätigung.“ (Zitiert nach Johannes Neumann, Toleranz als grundlegendes Verfassungsprinzip, in: Johannes Neumann/Michael W. Fischer (Hrsg.), Toleranz und Repression, Frankfurt a. Main 1987, S. 72, mit weiteren Beispielen.)

<sup>55</sup>Für Kanada siehe Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 38ff.

fassungen vertritt, die nicht von Toleranz geprägt sind. Zwar können Grundrechte nicht schrankenlos ausgeübt werden, und Güter wie die öffentliche Ordnung oder die Rechte Dritter dienen unter anderem dazu, fundamentalistische Ansprüche zurückzuweisen. Solche Grundrechtsbeschränkungen greifen aber erst, wenn fundamentalistische Haltungen und Auffassungen in irgendeiner Weise in Handlungen umgesetzt werden, die solche Güter beeinträchtigen. Es sind somit nicht die Haltung des Fundamentalismus, sondern die verpönten Aktionen, die der Grundrechtsausübung Grenzen setzen. Die Problematik der Toleranz gegenüber Intoleranten erweist sich somit als weit komplexer als vor allem in politischen Diskussionen angenommen wird.

Welches sind die Grenzen der Toleranz? Diese Frage ist unter grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten später detailliert zu behandeln.<sup>56</sup> Hier müssen einige Hinweise allgemeiner Art genügen.

Im Verhältnis *nach aussen*, d.h. zu externen Dritten, müssen fundamentalistische Gruppierungen nicht auf ihren Anspruch auf Wahrheit und Ausschliesslichkeit verzichten, soweit sie sich weder strafrechtlich relevanter Handlungen schuldig machen noch sozial schädlich werden: Wie WYSS richtig betont hat, ist von „einer hoch angesetzten Schwelle für zulässige Eingriffe auszugehen. Eine kritische Haltung gegenüber herrschenden Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen, gegenüber sozialer Rollen- und Machtverteilung wird keineswegs genügen, um religiöse Praktiken und Ansichten zu unterbinden. (...) Eingriffe [sind] erst dann zu erwägen (...), wenn gesamtgesellschaftliche Auswirkungen erkennbar werden“, welche „die Freiheiten gemeinschaftsexterner Dritter in Mitleidenschaft zu ziehen drohen und die entsprechenden Glaubensvorschriften in offenen Widerspruch mit der fundamentalen Wertordnung geraten“.<sup>57</sup> Wann und in welchem Ausmass unter diesen Voraussetzungen Grundrechtsbeschränkungen zulässig sind, zeigt sich als Ergebnis einer Güterabwägung. Eine klare Grenze ist allerdings dort erreicht, wo die Berufung auf Grundrechte dazu dient, eine Tätigkeit oder Handlung zu rechtfertigen, die auf die Abschaffung der Grundrechte oder ihre Beschränkung abzielt bzw. die über das hinausgeht, was Verfassung und Völkerrecht erlauben: Wie Art. 17 EMRK deutlich zum Ausdruck bringt, handelt es sich hier um einen Rechtsmissbrauch, der keinen Schutz verdient.<sup>58</sup>

Zurückhaltender, im Ergebnis aber ähnlich argumentiert KYMLICKA, der von einer betont liberalen Position aus festhält, dass keiner Gruppe Rechte zugesprochen werden dürften, welche ihr erlauben würden, andere Gruppen zu unterdrücken oder auszubeuten; die Gewährung von Schutzrechten sei jedoch legitim, wo es darum gehe, Benachteiligungen oder die beson-

<sup>56</sup>Siehe das 4. Kapitel, hinten S. 158ff.

<sup>57</sup>Martin Philipp Wyss, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1994, S. 408.

<sup>58</sup>Art. 17 (Verbot des Missbrauches der Rechte) lautet:

„Keine Bestimmung dieser Konvention darf dahin ausgelegt werden, dass sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten oder auf eine weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in der Konvention vorgesehen, hinzielt.“ Ebenso Art. 5 Abs. 1 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte.

dere Verletzbarkeit der Mitglieder solcher Gruppen auszugleichen.<sup>59</sup> Minderheiten dürften aber nicht die Gleichberechtigung der Mehrheit missachten.

Wie verhält es sich, wenn die Unterdrückung und Intoleranz sich *nach innen* – d.h. gegen die eigenen Mitglieder – richtet, wie es für religiöse, ethnische oder auch politische Gruppierungen typisch ist, die sich von der als feindlich empfundenen Umwelt isolieren und zu diesem Zweck ihre Mitglieder streng kontrollieren? Solche Gruppierungen verlangen vom Staat die Respektierung ihrer Grundrechte, um im Innenverhältnis ihre eigenen Vorstellungen realisieren zu können;<sup>60</sup> sie setzen also ihre eigenen kollektiven Rechte vor die individuellen Rechte ihrer Mitglieder. Ob dies zulässig ist, wird kontrovers diskutiert.

Kymlicka<sup>61</sup> betrachtet die traditionelle Position des Liberalismus<sup>62</sup>, dass Rechte den Individuen und nicht Kollektiven zukommen, als zu eng. Viele Grundrechte, allen voran die Religions- und Sprachenfreiheit, würden meist kollektiv ausgeübt, und die Freiheit sei immer mit überindividueller, d.h. gesellschaftlicher Praxis verknüpft.<sup>63</sup> Schwache Gruppierungen seien als Minderheiten der Willkür der Mehrheit ausgeliefert, wenn sie nicht als Kollektive Schutz erhielten.<sup>64</sup> Wie steht es aber mit grundrechtlich abgesicherten kulturellen Ansprüchen von Minderheiten, die selber nicht liberal sind, wenn jene dazu verwendet werden, die Freiheit ihrer Mitglieder zu beschneiden? Was soll Vorrang haben: Der Schutz der Gruppenautonomie

<sup>59</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 152.

<sup>60</sup>Beispiele aus der Praxis sind etwa die Amish, welche ihre Kinder während des letzten Schuljahres nicht in die Schule schicken wollten, um sie gemäss ihrer religiösen Vorschriften bei der Arbeit in das Erwachsenenleben einführen zu können (Wisconsin v. Yoder, hinten S. 50ff), oder die traditionalistische muslimische Familie, die ihren Töchtern nicht erlaubt, am Schwimmunterricht teilzunehmen (BGE 119 Ia 178, hinten 3. Kapitel, S. 138f).

<sup>61</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, vor allem S. 152ff.

<sup>62</sup>Hier und im Folgenden meint Liberalismus nicht die Position einer politischen Partei, sondern im Sinne der aus dem Amerikanischen kommenden Terminologie eine sozial- und staatsphilosophische Grundposition, welche im Gefolge von Kant an der Autonomie des mit Würde ausgestatteten Individuums ansetzt und dem deutschsprachigen Begriff des modernen (demokratischen und rechtsstaatlichen) Verfassungsstaates entspricht. Otfried Höffe, *Vernunft und Recht*, Frankfurt a.M. 1996, S. 162f, definiert diesen Liberalismus als Zusammenwirken von fünf Elementen, die auf vier Stufen der Gerechtigkeit aufeinander aufbauen, nämlich: (1) Die *rechtslegitimierende Gerechtigkeit*, wonach das „menschliche Zusammenleben (...) zwangsbefugten Regeln unterworfen“ wird; (2) die *rechtsnormierende Gerechtigkeit*, welche das Recht an „Regeln zweiter Stufe, an universale Prinzipien, die Menschenrechte“ bindet; (3a) die *politische Gerechtigkeit*, wonach das Recht „nicht durch private Meinungen und private Macht, sondern durch öffentliche Gewalten“ bestimmt und durchgesetzt wird, was staatliche Strukturen voraussetzt; (3b) das *Demokratieprinzip in der politischen Gerechtigkeit*, wonach öffentliche Gewalten ihre Legitimation „aus der Zustimmung aller Betroffenen“ ziehen; und (4) die *reale politische Gerechtigkeit*, wonach die öffentlichen Gewalten – horizontal durch das Gewaltenteilungsprinzip, vertikal durch Föderalismus und Subsidiarität – „einer wechselseitigen Kontrolle unterworfen“ werden.

Dieser traditionelle Liberalismus ist erweiterungsfähig: Mit dem Unterscheidungsprinzip („difference principle“) von Rawls, wonach soziale und ökonomische Ungleichheiten nur erlaubt sind, wenn die am wenigsten begünstigten Mitglieder der Gesellschaft davon profitieren können (siehe dazu John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 1975, S. 32ff), wird aus liberaler Sicht ein „beachtliches Mass an Sozialstaatlichkeit“ hinzugefügt (Höffe, a.a.O., S. 160), und für die Zukunft zeichnet sich die Stufe der globalen Gerechtigkeit ab, d.h. „die rechtsförmige Koexistenz der verschiedenen Rechts- und Staatswesen, mithin eine internationale Rechtsgemeinschaft“ (Höffe, a.a.O., S. 163).

<sup>63</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 45, 75, 82ff.

<sup>64</sup>A.g.l.O., S. 36ff, 107ff.

oder der Schutz der Entscheidungsfreiheit ihrer Mitglieder? Für Kymlicka<sup>65</sup> verlangt die liberale Position, dass die Freiheit *innerhalb* kultureller Minderheiten als hoher Wert zu schützen ist, weil Liberale im Konflikt zwischen kollektiven und individuellen Rechten letzteren den Vorzug geben. Deshalb dürfen Minderheitsrechte nicht soweit gehen, dass sie zur Rechtfertigung der Beschränkung grundlegender Freiheitsrechte ihrer Mitglieder werden. Individuen sollen selber entscheiden können, welche Aspekte des kulturellen Erbes sie erhalten wollen. Sie sollen die Freiheit und Möglichkeit haben, traditionelle Praktiken ihrer Gemeinschaft zu hinterfragen und möglicherweise zu revidieren.<sup>66</sup> Mit anderen Worten: Intolerante Gruppierungen müssen zwar ihre Kultur nicht aufgeben; Tendenzen, sie von innen heraus zu liberalisieren, sind aber zu stärken. Eine solche Politik reflektiert die Tatsache, dass auch tolerante Kulturen in aller Regel eine unliberale Vergangenheit hatten und erst nach und nach im Rahmen innerkultureller Konflikte liberalisiert wurden bzw. heute noch in Teilbereichen intolerant sind.<sup>67</sup> Problematisch ist für Kymlicka die vollständige Durchsetzung liberaler Grundsätze im Innenverhältnis gegenüber nationalen Minderheiten wie z.B. den Indianern in den USA und Kanada, da hier solchem Zwang ein kolonialistisches Element nicht abgesprochen werden kann. Gegenüber Einwanderergruppen will er demgegenüber weniger Toleranz üben, da sie freiwillig eingewandert sind und deshalb die Grundwerte der Gastgesellschaft auch im Innenverhältnis übernehmen müssen.<sup>68, 69</sup>

Dieser Auffassung widerspricht CHANDRAN KUKATHAS mit Verweis auf den Vernunftbegriff bei Kant.<sup>70</sup> Er argumentiert, wer Toleranz nur in dem Mass gewähren wolle, wie die Minderheit grundlegende Werte der liberalen Mehrheitsgesellschaft achte, gehe davon aus, dass Vernunft einen bestimmten materiellen Inhalt besitze, die Grundsätze einer liberalen Gesellschaft nämlich. Das sei ein verkürzter Vernunftbegriff, der verhindere, dass radikal unterschiedliche Lebensentwürfe voneinander lernen könnten. Wie könnten beispielsweise die Pueblo-Indianer, welche unter sich keine konvertierten Christen tolerieren, beweisen, dass auch ihr Lebensentwurf tugendhaft sei, wenn ihre Identität unter dem Ansturm christlicher Missionierung zerstört werde?<sup>71</sup> Zudem bestehe – wie die Geschichte genügend belege – die Gefahr,

<sup>65</sup>A.g.l.O., S. 152: "(...) a liberal conception of minority rights will not justify (except under extreme circumstances) 'internal restrictions' – that is, the demand by a minority culture to restrict the basic civil or political liberties of its own members. Liberals are committed to supporting the right of individuals to decide for themselves which aspects of their cultural heritage are worth passing on. Liberalism is committed to (...) the view that individuals should have the freedom and capacity to question and possibly revise the traditional practices of their community, should they come to see them as no longer worthy of their allegiance."

<sup>66</sup>Unter diesem Gesichtspunkt kritisiert Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 162, den Entscheid des amerikanischen Supreme Court in *Wisconsin v. Yoder* (hinten S.50), weil er zur Folge habe, dass die Kinder der Amish nur noch begrenzt über die Welt ausserhalb ihrer Gemeinschaft lernen könnten, was ihre Fähigkeit, für sich selbst zu entscheiden, ob sie dem Glauben ihrer Eltern folgen wollen oder nicht, stark beschränke.

<sup>67</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 94f, 165ff. Ähnlich Walzer, *On Toleration*, S. 71: „(...) virtually all the tolerated religions aim to restrict individual freedom (...). Most religions are organized to control behaviour.“

<sup>68</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 170.

<sup>69</sup>Weniger weit geht Rawls, der nur für den politischen Bereich, nicht aber die Privatsphäre Offenheit für Änderungen oder gar Aufgabe der eigenen Position fordert, dabei aber beispielsweise die Schule dem öffentlichen Bereich zurechnet; siehe Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 158ff, mit Hinweis auf verschiedene Schriften von Rawls sowie einer Kritik dieser Position.

<sup>70</sup>Chandran Kukathas, *Cultural Toleration*, in: Ian Shapiro/Will Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, *NOMOS XXXIX*, New York 1997, S. 69ff.

<sup>71</sup>Ders., S. 91.

dass Minderheiten im Namen höherer Werte, die sie angeblich missachten, verfolgt würden. Deshalb sei es besser, auf dem Weg des Dialogs zu versuchen, die Minderheit von ihrer Praxis abzubringen, als ihr die Moralgrundsätze der Mehrheit verbindlich aufzuzwingen. Überzeugung sei moralisch immer besser als Machtausübung; sie führe oft zu besseren Resultaten und sei für die Gruppenidentität weniger schädlich als ein Eingreifen von aussen.<sup>72</sup> Kukathas argumentiert ausdrücklich auf einer vorstaatlichen Basis.<sup>73</sup> Auf dieser Ebene kann man sich tatsächlich fragen, worin denn eine Moral im Sinn der Menschenrechte ihre Basis hat, wenn man mit Kukathas naturrechtliche oder gesellschaftsvertragliche Vorstellungen des Urzustandes nicht teilen will. In den realen Verfassungsstaaten ist allerdings ein „common standpoint of morality“<sup>74</sup> in der Verfassung und ihren Grundrechten bzw. in den internationalen Menschenrechtsgarantien angelegt, von dem aus Praktiken intoleranter Minderheiten zu beurteilen und je nach Resultat zu tolerieren oder zu verbieten sind. Kukathas' Position vermag deshalb in Hinblick auf unsere Diskussion nicht zu überzeugen.<sup>75</sup>

Realistischer erscheint die Auffassung von MICHAEL WALZER. Er will interne Unterdrückung tolerieren, solange die Mitgliedschaft, wie z.B. bei Kirchen und Sekten, freiwillig ist; allerdings müssen ihre Mitglieder die Möglichkeit haben, ihre religiöse Gemeinschaft jederzeit zu verlassen; Gleiches postuliert er (in Hinblick auf Kanada) für indigene Gruppen, denen angesichts historischer Unterdrückung viel Autonomie zu gewähren ist; weil ihre Angehörigen aber auch Bürgerinnen und Bürger von Verfassungsstaaten sind, die als autonome Menschen die Traditionen ihres Volkes ablehnen dürfen, muss die Möglichkeit zum Ausstieg aus traditionellen Lebensformen garantiert sein.<sup>76</sup> Allerdings sieht er Grenzen der Toleranz gegenüber interner Unterdrückung, wo es – wie bei der Beschneidung von Mädchen – um schwere Eingriffe in die physische Integrität geht und die Betroffenen sich dem Eingriff nicht freiwillig unterziehen, da dadurch Grundwerte der Mehrheitsgesellschaft in Frage gestellt werden. Bei anderen – seiner Ansicht nach weniger weitgehenden – Eingriffen, beispielsweise der geschlechtsbegründeten Herabsetzung, will er Toleranz walten lassen, ausser wenn Frauen zu einer bestimmten Praxis gezwungen würden.<sup>77</sup> Zur Toleranz gehöre, dass Gruppen erlaubt werde, ihre Kultur zu reproduzieren; dieser Mechanismus werde in vielen traditionellen Kulturen dadurch gesichert, dass Frauen von der öffentlichen Sphäre ferngehalten und damit von neuen Ideen und Einflüssen abgeschirmt würden; die vollständige und grenzenlose Durchsetzung tatsächlicher Gleichheit von Mann und Frau in der privaten Sphäre erweise sich damit als problematisches Instrument, das zur Auflösung traditioneller Kulturen führe: Staat und Mehrheitsgesellschaft müssten deshalb auf die volle Durchsetzung der Geschlechtergleichheit verzichten, die Männer der Minderheit aber gleichzeitig lernen, dass auch ihre Frauen und

<sup>72</sup>Ders., S. 89.

<sup>73</sup>Ders., S. 71.

<sup>74</sup>Ders., S. 78, wirft Kymlicka und Rawls vor, sie würden zu Unrecht die Existenz eines „common standpoint of morality which is established“ annehmen.

<sup>75</sup>U.a. auch deshalb, weil es im Zusammenhang mit Einwanderung um neu ankommende Gruppen geht, die sich in eine bestehende Gesellschaft einfügen, so dass die Frage: „Wollen *wir sie* tolerieren?“ unvermeidlich wird (so Michael Walzer, Response to Kukathas, in: Ian Shapiro/Will Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, NOMOS XXXIX, New York 1997, S. 108).

<sup>76</sup>Walzer, *On Toleration*, S. 46f.

<sup>77</sup>A.g.l.O., S. 62ff.

Töchter Menschenrechte hätten und der Wandel traditioneller Gesellschaftsformen deshalb längerfristig nicht verhindert werden könne.<sup>78</sup>

*Zusammenfassend* lassen sich in Anschluss an Walzer drei Kriterien für die Grenzen der Toleranz bestimmen:

1. Die (Un)möglichkeit, die Gruppe zu verlassen,
2. die (fehlende) Freiwilligkeit, sich einer freiheitswidrigen Praxis zu unterziehen, und
3. das Ausmass, in welchem eine kulturelle Tradition Grundwerte der Mehrheitsgesellschaft (bzw. der Verfassungsordnung) in Frage stellt.

Die beiden ersten Grenzen lassen sich juristisch auf das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Grund- und Menschenrechte abstützen,<sup>79</sup> da in diesen Fällen die grundrechtliche Legitimierung des Zwanges, sich auf Dauer der Gruppenpraxis zu unterwerfen, auf die Abschaffung der Grundrechte für die Gruppenmitglieder hinausläuft.

Diese Grenzziehung anerkennt, dass intolerante Haltungen in einem gewissen Ausmass hinzunehmen sind, weil Kulturtraditionen und Gruppen, die sie leben, einen – auch grundrechtlich geschützten – Eigenwert besitzen und deshalb vor Auflösung als Folge vollständiger Durchsetzung der Grundrechte im Innenverhältnis zu schützen sind.<sup>80</sup> Wer selbst intolerant ist, verwirkt – abgesehen vom Fall des Rechtsmissbrauchs – seine Grundrechte nicht automatisch, sondern muss Begrenzungen nur im Rahmen und als Ergebnis von Güterabwägungen hinnehmen. Dieser Ansatz ist realistischer und leichter mit traditioneller Grundrechtsdogmatik zu vereinbaren als jener von Kymlicka, der gegen interne Freiheitsbeschränkungen strenger vorgehen will. Er wird auch der Friedensfunktion staatlicher Neutralität besser gerecht, da staatliches Eindringen in die Binnenstrukturen geschlossener Gruppierungen und Gemeinschaften immer konfliktfördernd ist.

### 3. KRITIK

#### *a) Unbestimmtheit des Neutralitätsbegriffs*

Trotz seiner Popularität ist das Neutralitätsargument umstritten. Eine erste Kritik setzt am unterschiedlichen Gebrauch des Begriffes ‚Neutralität‘ an. SCHLAICH hat die verschiedenen Bedeutungsgehalte und ihre Unbestimmtheit folgendermassen zusammengefasst:

- „In der Unterscheidung von Staatlich und Nicht-Staatlich kann Neutralität wirken als Aufruf zu Staatlichkeit, staatlicher Einheit, Gemeinwohl usw. in den staatlichen Angelegenheiten und andererseits als Gebot zur Enthaltbarkeit, Zurückhaltung oder Nicht-Einmischung des Staates gegenüber den nicht-staatlichen Angelegenheiten.
- Daraus folgt die Ambivalenz der Neutralität bezüglich der staatlichen Organisation und deren Struktur: Neutralität kann dem Staat die Verstaatlichung oder die Enthaltbarkeit von einer staatlichen Veranstaltung oder Betätigung auferlegen oder schliess-

<sup>78</sup>A.g.l.O., S. 64f.

<sup>79</sup>Zum Verbot missbräuchlicher Berufung auf Menschenrechte gemäss Art. 17 EMRK siehe vorne bei Anm. 58.

<sup>80</sup>Dies ist ein kommunitaristisches Argument; vgl. dazu hinten S. 54f.



lich als dritten, mittleren Weg die Berücksichtigung der gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen innerhalb der staatlichen Organisation anempfehlen.

- Neutralität kann den Schutz des Staatsbürgers vor den Ideologien und gesellschaftlichen Mächten oder den Schutz der gesellschaftlichen Gruppen und insbesondere der Religionsgemeinschaften vor Übergriffen der Staatsgewalt fordern.
- Neutralität führt so – unter dem Zwang der Umstände – teils zur Aus- und Abgrenzung, zur Neutralisierung und zur Minimalisierung auf den gemeinsamen Nenner, teils umgekehrt zur Offenheit für die Vielfalt und damit zur Freiheit der Entfaltung.
- Neutralität kann also Ausgrenzung und Ausklammerung meinen und gar zur Indifferenz führen oder gerade zur Anerkennung und Berücksichtigung der Sachgesetzlichkeiten und Eigenarten, gegenüber denen Neutralität zu wahren ist.<sup>81</sup>

Angesichts dieser begrifflichen Vielfalt und Unbestimmtheit, ja Beliebigkeit büsst das Neutralitätsprinzip viel an normativer Kraft für die Behandlung konkreter Problemfälle ein. Es stellt allenfalls ein oberstes Leitprinzip allgemeinsten Art dar, einen *topos*, der eine bestimmte Sicht auf spezifische Probleme erlaubt; konkrete Lösungen lassen sich aber nur den jeweils konkret betroffenen Freiheitsrechten oder dem Gleichheitsgrundsatz entnehmen<sup>82</sup>.

### *b) Scheinneutralität*

Zur Scheinneutralität wird der Rekurs auf die weltanschauliche Abstinenz des Staates, wenn das Neutralitätsprinzip auf multipolare<sup>83</sup> Grundrechtskonflikte angewandt wird, bei welchen – wie z.B. bei der Frage der Religionsausübung in der Schule durch Angehörige einer Minderheitsreligion – auf privater Seite mehrere Beteiligte mit unterschiedlichen Interessen vorhanden sind. Hier müssen Behörden und Gerichte notwendigerweise Stellung zugunsten oder zuungunsten der einen oder der anderen Partei nehmen, und für Neutralität ist kein Platz. In solchen Fällen wirkt der Verweis auf das Neutralitätsprinzip oft eher verschleiern als klärend. Dies zeigen etwa die Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit des Schulgebets bzw. christlicher Erziehungsziele einerseits und zum Kruzifix andererseits.<sup>84</sup> In den ersten beiden Urteilen kam das Bundesverfassungsgericht gestützt auf das Neutralitätsprinzip zum Schluss, die Minderheit habe gegenüber der christlich orientierten Mehrheit tolerant zu sein, solange sie nicht gezwungen werde, an religiösen Handlungen selber teilzunehmen; im Kruzifix-Urteil führte das gleiche Prinzip zum Schluss, dass der Minderheit nicht zugemutet werden könne, mit der Mehrheit „unter dem Kreuz“ zu lernen. Nicht zu Unrecht hat RENCK die Frage gestellt, wer hier denn tolerant zu sein habe, der Staat gegenüber der Minderheit oder die Minderheit gegenüber der Mehrheit, und dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfen, der konkrete Entscheid verkomme zum ‚Abzählreim‘.<sup>85</sup>

### *c) Ungenügen blosser Toleranz*

Eine dritte Kritik an der Politik der Neutralität, die sich primär gegen die negative Neutralität richtet und durch deren positive Dimension wenigstens teilweise entkräftet wird, betont das Ungenügen blosser Toleranz und die Notwendigkeit expliziten Schutzes und Unterstützung

<sup>81</sup>Schlaich, S. 220f.

<sup>82</sup>Vgl. ders., S. 233.

<sup>83</sup>Zu diesem Begriff hinten S. 74f.

<sup>84</sup>BVerfGE 52, 223 (16.10.1979) und 41, 29 bzw. 93, 1 (16.5.1995); dazu S. 120ff.

<sup>85</sup>Renck, S. 451.

durch den Staat, sei es durch finanzielle Unterstützung von Minderheiten, die Gewährung kollektiver Rechte oder die Einführung von Förderungsprogrammen für ihre Mitglieder bis hin zu *affirmative action*.

Wie KYMLICKA zu Recht betont, wirken sich staatliche Entscheidungen über Sprachenpolitik, Feiertage oder nationale Symbole unweigerlich zugunsten der einen und zulasten anderer kultureller Gruppierungen aus; in solchen Fällen fördert der Staat bestimmte kulturelle Identitäten und benachteiligt andere.<sup>86</sup> Gleiches gilt für die Anerkennung von Religionsgemeinschaften als öffentlich-rechtliche Einrichtungen, die Festlegung von religiös ausgerichteten Lehrplänen oder gar für etwas so Profanes wie den Erlass von Vorschriften über das Helmtragen. Während solche Ungleichbehandlungen unvermeidbar und meist auch legitim sind, stellt sich die Frage, ob staatliches Abseitsstehen genügt oder ob nicht zumindest dort, wo die Benachteiligung – wie etwa bei Gruppierungen, deren Religion sich von jener der christlich geprägten Mehrheit klar unterscheidet – systematischen Charakter bekommt,<sup>87</sup> das Prinzip der Gleichbehandlung zum Ausgleich positive staatliche Massnahmen verlangt. Dafür sprechen in der Tat gute Gründe: Minderheitenkulturen können unter dem Druck des Mehrheitseinflusses wesentlich geschwächt und letztlich zerstört werden, wenn sie bloss toleriert, nicht aber gestützt werden; ein Schicksal, das der Mehrheitskultur und ihren Mitgliedern nicht droht und nach Ausgleich ruft.<sup>88</sup>

Mehr noch: Die Idee der Toleranz selbst kann bedrohlich sein: Aus der Sicht einer fundamentalistisch eingestellten Person oder Gruppe muss – wie MARTHA MINOW<sup>89</sup> betont – die Auffassung, jedes Individuum sei autonom und könne deshalb den eigenen Lebensweg selber wählen, als Bedrohung für die Integrität und Kohärenz der eigenen Tradition erscheinen. Wenn ihren Mitgliedern im Namen von Freiheitsrechten das Recht zur Dissidenz und der Zugang zur sie umgebenden Gesellschaft gewährt wird, befürchten solche Gruppierungen längerfristig den eigenen Untergang.<sup>90</sup> Aus dem Gesichtswinkel einer kulturellen Minderheit ist deshalb die Erhaltung kultureller Verschiedenheiten vital, was mehr als blosser Toleranz verlangt.<sup>91</sup>

#### *d) Verfestigung gruppeninterner Macht*

Feministinnen gehen das Problem der Toleranz aus kulturellen Gründen, vom Grundsatz der Universalität der Menschenrechte ausgehend, auch für Frauen an. Sie betonen, dass staatliche Zurückhaltung gegenüber gruppeninterner Unterdrückung im Namen liberaler Neutralität im Fall traditioneller Kulturen faktisch Parteinahme für die Unterdrückter bedeutet. Der Verweis auf die Erhaltung einer ‚Tradition‘, die durch staatliche Zurückhaltung in weltanschaulichen

<sup>86</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 108.

<sup>87</sup>Siehe dazu beispielsweise die vielen Fälle betr. Muslims in der Rechtsprechungsübersicht des 1. Kapitels.

<sup>88</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 109f, mit Hinweis auf Rawls und Dworkin. Kymlicka diskutiert hier allerdings bloss den Fall nationaler Minderheiten, das Argument gilt aber auch für ethnische Minderheiten ohne eigenes Territorium.

<sup>89</sup>Martha Minow, *Putting Up and Putting Down: Tolerance Reconsidered*, *Osgoode Law Journal* (1990), S. 409ff.

<sup>90</sup>Dies., S. 410, mit Hinweis auf die Fragestellung in *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (dazu hinten S. 50ff).

<sup>91</sup>Diesen Gedanken nimmt die Politik der Anerkennung (unten S. 50ff) zum Ausgangspunkt.

Fragen möglich wird, kann trügerisch sein, wenn man bedenkt, dass alle Kulturen stetigem Wandel ausgesetzt sind: ARATI RAO vertritt deshalb die Meinung, kulturellen Rechtfertigungsversuchen für die Diskriminierung von Frauen müsse stets mit der Frage begegnet werden, in wessen Interesse das ‚kulturelle‘ Argument bemüht werde.<sup>92</sup> Dies ist deshalb wichtig, weil Minderheiten in sich nicht homogen sind, sondern ihrerseits Machtstrukturen aufweisen, in denen die stärkeren Gruppenmitglieder Macht über die verletzlicheren Angehörigen der Minderheit ausüben.<sup>93</sup> Neutralität und Zurückhaltung der Mehrheitsgesellschaft kann deshalb für die Schwächeren in der Gruppe bedeuten, dass sie schutzlos sozialen Zwängen und eigentlicher Unterdrückung ausgesetzt sind.

LESLIE GREEN postuliert daher, dass internen Minderheiten gegenüber der Mehrheit ihrer Gruppe die gleichen Rechte zuzugestehen seien wie der Minderheit als Ganzes gegenüber der Mehrheitsgesellschaft.<sup>94</sup> Der Hinweis auf die Möglichkeit des Ausstiegs als Alternative vermöge nicht zu überzeugen: Überall dort, wo der Minderheitenstatus von aussen zugeschrieben sei (z.B. Rasse), könne der Minderheitenstatus gar nicht abgestreift werden, sei der ‚Ausstieg‘ also überhaupt nicht möglich. In anderen Fällen dürfe gerade von den Schwächsten in der Gruppe nicht erwartet werden, dass sie sich dem identitätsstiftenden Charakter der Gruppenzugehörigkeit leicht entziehen und die ausgeprägte soziale und materielle Abhängigkeit vom Kollektiv ohne weiteres überwinden könnten. Die Möglichkeit zur Freiheit, wie sie im liberalen Modell vorausgesetzt werde, könne nicht losgelöst von den konkreten sozialen Umständen und Fähigkeiten eines Menschen betrachtet werden.

Andere Kritikerinnen setzen bei der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Bereich an, die der liberalen Theorie der weltanschaulichen Neutralität des Staates zugrunde liegt. CHARLOTTE BUNCH z.B. betont, die Unterscheidung zwischen dem rechtlich eingebundenen Öffentlichen und dem Privaten, das der Selbstregulierung überlassen ist, diene letztlich der Rechtfertigung weiblicher Subordination und schliesse Menschenrechtsverletzungen im Privatbereich der Familie von öffentlicher Überprüfung aus. Wenn aber Frauen Demokratie und Menschenrechte im Privaten verweigert werde, könnten sie diese Rechte auch in der Sphäre des Staates nicht voll wahrnehmen, weil das Private ihre Fähigkeit, sich am Öffentlichen voll zu beteiligen, massgebend beeinflusse.<sup>95</sup> Tatsächlich bleibt das System der Machtverteilung, das der Verletzung zugrunde liegt und sie erst ermöglicht, auch dann unangetastet, wenn der Staat in Extremfällen interveniert.<sup>96</sup> Weil althergebrachte Privilegien und Diskriminierungen sonst nicht beseitigt werden können, darf der Staat somit nicht neutral bleiben, son-

<sup>92</sup>Arati Rao, *The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse*, in: Julie Peters/Andrea Wolper (eds.), *Women's Rights – Human Rights*, New York/London 1995, S. 168f. Ähnlich Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, New York 1989, S. 41ff.

<sup>93</sup>Leslie Green, *Internal Minorities and their Rights*, in: Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995, S. 257.

<sup>94</sup>Green, S. 261ff.

<sup>95</sup>Charlotte Bunch, *Transforming Human Rights from a Feminist Perspective*, in: Julie Peters/Andrea Wolper (eds.), *Women's Rights – Human Rights*, New York/London 1995, S. 14.

<sup>96</sup>Donna Sullivan, *The Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, in: Julie Peters/Andrea Wolper (eds.), *Women's Rights – Human Rights*, New York/London 1995, S. 127ff.

sondern muss mit Förderung und gesetzlich vorgeschriebenem Wandel in der privaten Sphäre intervenieren, wenn er die Menschenrechtsidee wirklich ernst nehmen will.<sup>97</sup>

#### 4. ERGEBNIS

Die Politik der Neutralität dient der gesellschaftlichen Friedenssicherung, schützt individuelle Freiheit und erleichtert die Identifikation der Privaten mit dem Staat; insofern erfüllt die weltanschauliche Neutralität des Staates unverzichtbare Funktionen auch im Umgang mit ‚neuen‘ kulturellen und religiösen Minderheiten. Deshalb erscheint Toleranz auch in der Einwanderungsgesellschaft „als Pflicht der Vernunft und weniger als Postulat der Tugend“.<sup>98</sup>

Allerdings ist das Neutralitätsprinzip inhaltlich derart offen, dass es mehr allgemeine Leitlinie als Rechtsgrundsatz darstellt. Konkrete Massstäbe für die Beurteilung spezifischer Konflikte ergeben sich aus den Grundrechten selbst und nicht aus dem Grundsatz der Neutralität. Besonders unergiebig, ja irreführend kann die Neutralität bei der Beurteilung multipolarer Grundrechtskonflikte<sup>99</sup> werden, da hier staatliche Neutralität gegenüber den einen immer Parteinahme gegenüber den anderen bedeutet.

Das Neutralitätsprinzip vermag die Grundrechtskonkretisierung allerdings oft in eine bestimmte Richtung zu leiten. Dabei dürfte eine Handhabung im Sinne der positiven Neutralität, welche allen Gruppierungen und Weltanschauungen gleichartige Berücksichtigung zuteil werden lässt, wegen ihres integrativen Charakters<sup>100</sup> einem negativen, auf blosses *laissez-faire* ausgerichteten Verständnis meist vorzuziehen sein. Soweit einem positiven Neutralitätsverständnis eine Pflicht zu Förderung und Anerkennung entnommen werden kann, lässt sich die berechtigte Kritik, dass blosse Toleranz oft ungenügend ist, weitgehend entkräften.

Was die Grenzen der Neutralität und der mit ihr verbundenen Toleranz gegenüber Unterdrückung innerhalb von Gruppen betrifft, sind vor allem drei Kriterien hilfreich. Einzugreifen ist, (1) wenn unterdrückte Mitglieder die Gruppe nicht verlassen können, (2) wenn sie sich der Beschneidung ihrer Rechte nicht freiwillig unterziehen, oder (3) wenn eine kulturelle Tradition grundlegende Werte der Verfassungsordnung grundsätzlich in Frage stellt.<sup>101</sup>

### III. DIE POLITIK DER EIGENEN IDENTITÄT

#### 1. RECHTSPRECHUNG

Einen möglichen Gegenentwurf zum Konzept der weltanschaulichen Neutralität des Staates vertreten jene, die bei Konflikten über kulturelle Fragen die Erhaltung der ‚eigenen‘ kulturel-

<sup>97</sup>Moller Okin, S. 116f.

<sup>98</sup>Jörg Paul Müller, Einleitung zu den Grundrechten, Rz 31, in: Kommentar Bundesverfassung.

<sup>99</sup>Zu diesem Begriff hinten S. 74f.

<sup>100</sup>Zur Bedeutung eines Grundrechtsverständnisses, das auf die gesellschaftliche Integration religiöser und kultureller Minderheiten abzielt, ausführlich das Schlusskapitel, hinten S. 196ff.

<sup>101</sup>Zum letzten dieser Kriterien siehe auch hinten S. 158.

len Identität,<sup>102</sup> der Traditionen der Mehrheit, in den Vordergrund rücken und Grundrechte der Minderheit begrenzen wollen, sobald die Mehrheitsidentität gefährdet erscheint.

Diesem Konzept dürfte heute zumindest im deutschsprachigen Raum ein gewichtiger Teil der Bevölkerung zustimmen; es findet sich in neuen Nationalismen und „Ausländer raus“-Parolen reflektiert. Gerichtliche Entscheide, die diesen Gedanken explizit zum Ausdruck bringen, sind relativ selten. Besonders deutlich war aber etwa der Verwaltungsgerichtshof München im Kreuzifixstreit, als er die geltende Regelung vor allem mit dem Argument rechtfertigte, Kreuzdarstellungen seien

„ein wesentlicher Gegenstand der allgemeinen christlich-abendländischen Tradition und Gemeingut des christlich-abendländischen Kulturkreises. Einem Nichtchristen (...) ist es unter dem Gebot der auch für ihn geltenden Toleranz zumutbar, sie unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Achtung vor der Weltanschauung anderer hinzunehmen“.<sup>103</sup>

Nicht auf das Abendland insgesamt, sondern spezifisch auf das eigene Gemeinwesen bezogen argumentierte der Bayerische Verfassungsgerichtshof in einem weiteren Schulfall: Er bejahte die Zulässigkeit des Erziehungsziels der Ehrfurcht vor Gott in öffentlichen Schulen u.a. mit der Begründung, die entsprechende Bestimmung der bayerischen Verfassung nehme auf die „mehr als tausendjährige Geschichte Bayerns“ Bezug, an welche die Verfassung angeknüpft habe, „als sie nach dem Ende der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus die Grundlagen für einen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat schuf“.<sup>104</sup>

Eine andere Art des Bezugs auf die eigene kulturelle Identität findet sich in den amerikanischen Fällen des späten 19. Jahrhunderts zur Zulässigkeit von Massnahmen gegen die Mormonen, die Polygamie propagierten und praktizierten. In *Reynolds v. U.S.*<sup>105</sup> betonte Chief Justice White die fundamentale Unvereinbarkeit der Polygamie mit christlich-westlichen Werten.<sup>106</sup> Noch deutlicher wurde der Supreme Court in *Romney v. United States*, als er die Existenz von Propaganda für die Polygamie als Schandfleck der Zivilisation bezeichnete, welche im Widerspruch zum Geist des Christentums und der christlich geprägten Zivilisation der westlichen Welt stehe.<sup>107</sup>

Diese Gedanken finden sich, wenn auch in abgeschwächter Form, in einem Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission, der das britische Polygamieverbot namentlich deshalb als mit dem Schutz der Familie vereinbar einstufte, weil Polygamie für die Mehrheit

<sup>102</sup>Zum Begriff der Identität vgl. hinten S. 59.

<sup>103</sup>VGH München, Beschluss vom 3. 6. 1991, 7 CE 91.1014 (in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht [NVwZ] 1991, S. 1099ff, 1101). Als zulässig erachtet wurden Kreuzfixe auch vom OVG Münster, Beschluss vom 15.9.1993, 19 B 1933, 1934/93 (NVwZ 1994, S. 597), solange die Schule Raum für eine sachliche Auseinandersetzung in Offenheit auch für andere (nichtchristliche) Überzeugungen in religiös-weltanschaulichen Fragen lasse.

<sup>104</sup>Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 2.5.1988, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1989, S. 341 E. 2.

<sup>105</sup>*Reynolds v. U.S.*, 98 U.S. 145 (1878), hinten S. 176f.

<sup>106</sup>“Polygamy has always been odious among the northern and western nations of Europe, and until the establishment of the Mormon Church, was almost exclusively a feature of the life of Asiatic and of African people. At common law, the second marriage was always void (2 Kent, Com. 79) and from the earliest history of England polygamy has been treated as an offense against society“ (*Reynolds*, 98 U.S. at 164).

<sup>107</sup>In *Romney v. United States*, 136 U.S. 1 (1889), zitiert nach Norgren/Nanda, S. 107.

der Bevölkerung inakzeptabel sei und das Verbot dazu diene, die dominierende, auf dem Christentum basierende Kultur der Monogamie zu schützen; dies sei ein legitimes Anliegen im Sinn des Schutzes der Moral gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK.<sup>108</sup>

## 2. BEGRÜNDUNGEN

In diesen und ähnlichen Urteilen kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass Grundrechte dort an Schranken stossen, wo die Grundrechtsausübung kulturelle Traditionen in Frage stellt, die das eigene Gemeinwesen in grundsätzlicher Weise geprägt haben. Allerdings lässt sich den Urteilen nicht entnehmen, warum gerade hier, nicht aber in anderen Fällen, in denen Minderheitsauffassungen religiös-weltanschaulicher Art Grundrechtsschutz gewährt wird, die kulturelle Identität der Mehrheit Vorrang geniessen soll.

Deutlicher als die Rechtsprechung ist ein Teil der Doktrin. Ihr lassen sich mindestens drei Begründungen entnehmen, nämlich

- das Argument der *lebensweltlichen und kulturellen Voraussetzungen* des Verfassungsstaates;
- das Argument der *sittlichen Grundlagen* des Gemeinwesens; und
- das Argument des *rechtlichen ordre public*, der nicht nur im (internationalen) Privatrecht, sondern auch im Verfassungsrecht zu beachten ist.

Die erste Begründung findet sich in neuerer Zeit vor allem bei Kritikern der Kruzifix-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichtes und des deutschen Bundesverfassungsgerichtes.<sup>109</sup> Besonders deutlich ist GUT:<sup>110</sup> Er geht von der weiten Verbreitung von Kruzifixen und Kreuzen im öffentlichen Raum katholisch geprägter Regionen aus und kommt zum Schluss, in diesen Gebieten sei das ursprünglich sakrale Zeichen „ganz und gar in die ‘profane’ Kultur eingegangen“; es bilde „ein weitverbreitetes kulturelles Element, das (...) eine erklärungsbedürftige Hinweisfunktion besitzt“.<sup>111</sup> Der Hinweis gelte dem Christentum als der Wertgrundlage der europäischen Staaten und ihrer – auch in den Menschenrechtsdeklarationen der UNO und des Europarates verkörperten – Rechtsordnungen.<sup>112</sup> Solche übergreifenden geschichtlichen Zusammenhänge seien in Erinnerung zu rufen: „Wenn (...) der Staat von geistig-ethischen Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht schaffen und garantieren kann, so möchte der Verweis-Charakter des Kreuzes eben gerade Bezug nehmen auf diesen dem Staat vorausliegenden Gesamtbestand ethischer Grundeinsichten, die ihrerseits einen – das Staatswesen tragenden und letztlich funktionsfähig erhaltenden – ethischen Grundkonsens möglich

<sup>108</sup>Application No. 19628/92, Rabia Bibi v. United Kingdom; Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission vom 29. Juni 1992 (nicht publiziert), S. 3 (vgl. zu diesem Thema im 4. Kapitel, S. 176ff). Es ging um die Nichtbewilligung eines Familiennachzuges für die zweite Frau, weshalb Art. 8 EMRK und nicht die Ehefreiheit gemäss Art. 12 EMRK zur Diskussion stand.

<sup>109</sup>Zu diesen Urteilen ausführlich 3. Kapitel, hinten S. 126ff.

<sup>110</sup>Walter Gut, Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen – Eine Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheidungen über Kreuze und Kruzifixe in kommunalen Schulzimmern, Zürich 1997. Siehe auch ders., Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen im säkularen Staat, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 1997, S. 63ff.

<sup>111</sup>Gut, ZSR, S. 15.

<sup>112</sup>A.gl.O., S. 17.

machen.“<sup>113</sup> Wenn nun höchste Gerichte „in einer durch religiöse Bezüge geprägten Volkskultur“ Kreuze aus Schulräumen verbannen würden, so treffe dies „die kulturelle Identität des Volkes an höchst empfindlicher Stelle, dort, wo religiöses Empfinden sich mit dem kulturellen Ausdruck verbindet“.<sup>114</sup> Die Entscheidungen, welche die Lebenswirklichkeit katholisch geprägter Regionen verkennen würden, griffen „unbedacht in die kulturelle Eigenständigkeit eines Landesteils und in den Verantwortungsbereich der lokalen Schulbehörden ein“.<sup>115</sup>

Mit den *sittlichen Grundlagen* des Gemeinwesens, welche die Identität der Mehrheit prägen, argumentiert in Deutschland KLUGE, wenn er im Zusammenhang mit der Frage des Schächtverbotes<sup>116</sup> Sittengesetz und Mehrheitsmoral gleichsetzt, um so die Beschränkung der – gemäss Art. 4 GG an sich schrankenlosen – Religionsfreiheit von Minderheiten zu rechtfertigen. Das Sittengesetz sei eine immanente Schranke auch der Religionsfreiheit. Darunter sei aber nicht die abstrakte Sittlichkeit der Hochethik, sondern die lebendige, im Volk wirksame Sittlichkeit<sup>117</sup> zu verstehen. Hier ist zwar nicht von kultureller Identität die Rede, es ist aber klar, dass mit dem „an die moralischen Anschauungen der Bevölkerung anknüpfenden“ Sittengesetz<sup>118</sup> der Kern solcher Identität gemeint ist, der ‚Volksgeist‘ Hegels, auf den Kluge wohl nicht zufällig (wenn auch bloss indirekt) verweist.<sup>119</sup>

In den Urteilen zur Polygamie<sup>120</sup> wird die dritte Begründung zwar nicht deutlich gemacht, implizit prägt sie die Entscheidungen aber weitgehend: Nach der *Rechtsfigur des ‚ordre public‘*, die ursprünglich aus dem internationalen Privatrecht stammt, sind nationale Gerichte nicht verpflichtet, Rechte von Personen anzuerkennen und durchzusetzen, welche mit grundlegenden Werten der eigenen Rechtsordnung in Widerspruch stehen.<sup>121</sup> In welchem Ausmass dazu in den westlichen Verfassungsstaaten das Verbot der Polygamie gehört, wird hinten zu behandeln sein.<sup>122</sup>

### 3. KRITIK

Kritik an der Grundrechtspolitik des Schutzes der eigenen Identität lässt sich auf verschiedenen Ebenen führen: *Grundrechtstheoretisch* verkennt der Verweis auf die Identität der Mehrheit eines der zentralsten Anliegen der Grundrechtsidee, nämlich dass die Grundrechte „auch in der Demokratie dem Mehrheitsentscheid Grenzen zugunsten der Personenwürde einzelner oder von Minderheitsgruppen“ setzen<sup>123</sup> und damit „das Mass dessen [bezeichnen], was jeder

<sup>113</sup>A.gl.O., S. 18.

<sup>114</sup>A.gl.O., S. 23.

<sup>115</sup>A.gl.O., S. 24.

<sup>116</sup>Dazu ausführlich im 4. Kapitel, hinten S. 168ff.

<sup>117</sup>Hans-Georg Kluge, Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächtens, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1992, S. 145f.

<sup>118</sup>Ders., S. 146.

<sup>119</sup>Ders., S. 145, im Zusammenhang mit der zustimmenden Erwähnung einer Aussage Krieles.

<sup>120</sup>Vorne bei Anm. 105ff.

<sup>121</sup>Dazu grundlegend Juliane Kokott, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: Dagmar Coester-Waltjen/Herbert Kronke/Juliane Kokott, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Menschenrechte Bd. 38, Heidelberg 1998, S. 71ff.

<sup>122</sup>4. Kapitel, S. 176ff.

<sup>123</sup>J.P. Müller, Einleitung, Rz 28.

Mensch unabhängig von jeweiligen Mehrheitsauffassungen für sich und sein Bedürfnis nach Beteiligung am politischen, kulturellen oder wirtschaftlichen Leben dieser Gesellschaft fordern darf“.<sup>124</sup> Im Namen einer kulturellen oder durch Auffassungen über die Sittlichkeit konstituierten Identität der Mehrheit die Anliegen der Minderheit zu unterdrücken, verkehrt die Grundrechtsidee in ihr Gegenteil.

*Grundrechtsdogmatisch* liegt die Gefahr der Politik der eigenen Identität in der Tendenz, Güterabwägungen fast automatisch auszuschliessen, wenn einmal feststeht, dass die Mehrheitsposition dem kulturellen Grundcharakter eines Gemeinwesens, seiner Sittlichkeit oder seinem rechtlichen *ordre public* entspricht. Ein solcher Verzicht auf Güterabwägung zwischen den Anliegen der Minderheit und den Interessen der Mehrheit führt schnell zur Tyrannei der Mehrheit.

Unter einer *sozialwissenschaftlichen Perspektive* erscheint die Politik der eigenen Identität wegen ihrer Ethnisierungstendenzen problematisch: Sie gibt vor, die Mehrheit sei bezüglich kultureller Traditionen und sittlicher Auffassungen homogen und diese Homogenität werde durch die Tolerierung ‚abweichenden‘ Verhaltens gefährdet. Diese statische Auffassung kultureller Homogenität entspricht nicht der Realität und entpuppt sich als Produkt romantisierender Vorstellungen: Der traditionell-katholische Charakter, wie ihn Gut dem Tessin oder der Innerschweiz zuschreibt, traf auf die Situation vor hundert Jahren zu,<sup>125</sup> muss heute aber in Frage gestellt werden. Schweizerische Binnenwanderung hat bewirkt, dass in diesen Regionen der Anteil der protestantischen Bevölkerung bis zu einem Fünftel ausmacht.<sup>126</sup> Der Tessin gehört zu jenen Gebieten, in denen Konfessionslose stärker als etwa in den ländlichen Gebieten des Mittellandes vertreten sind,<sup>127</sup> und viele traditionell katholische Regionen bis hin zu Teilen des Wallis weisen einen höheren Anteil an Muslimen auf als vergleichbare ländliche Gebiete im protestantischen Jura oder Berner Oberland.<sup>128</sup> Auch die katholische Bevölkerung ist, wie etwa der Rückgang des sonntäglichen Kirchganges oder die Spannungen zwischen ‚Traditionalisten‘ und ‚Modernisten‘ zeigen, viel pluralistischer, als Gut es darstellt. Analoges gilt für die Annahme, ‚die‘ deutsche Bevölkerung bekenne sich zu einem festgefügteten Set sittlicher Grundsätze, aus dem sich ein Verbot des Schächtens ergebe, wenn offenkundig unterschiedlichste Motive – vom authentischen Einleben in das Leiden des Tieres bis zu Vorurteilen gegenüber dem Islam oder gar krassem Antisemitismus – zusammentreffen.

Wenn man schon mit Identitäten der Mehrheitsgesellschaft argumentieren will, ist mit *BASSAM TIBI* darauf hinzuweisen, dass in den westlichen Verfassungsstaaten, die Produkt der Moderne sind, „das Subjektivitätsprinzip (Menschen als Individuen mit Individualrechten) als kulturelle Identität“ gilt<sup>129</sup> und gerade nicht eine bestimmte, in sich homogene Tradition, denn:

<sup>124</sup>A.gl.O., Rz 29.

<sup>125</sup>Vgl. etwa die Karte mit dem Anteil der protestantischen Bevölkerung im Jahre 1888 in: Bundesamt für Statistik (Hrsg.), *StrukturAtlas der Schweiz*, S. 223.

<sup>126</sup>Karte des Anteils der Protestanten 1990, a.gl.O., S. 223.

<sup>127</sup>Karte der Konfessionslosen, a.gl.O., S. 227.

<sup>128</sup>Karte der Muslime, a.gl.O., S. 227.

<sup>129</sup>Bassam Tibi, *Anderssein, ein individuelles oder kollektives Menschenrecht?*, in: Hilmar Hoffmann/Dieter Kramer (Hrsg.), *Anderssein, ein Menschenrecht*, Weinheim 1995, S. 67.



„Zur westlichen Moderne gehört auch die Entfaltung von zivilen Gesellschaften (civil society), deren Grundlage die Franzosen *Citoyennité* und die Angelsachsen *Citizenship* nennen. Citizens und Citoyens als allgemein, d.h. weder rassistisch noch kulturell oder religiös bestimmte Menschen, geniessen individuelle Rechte, weil sie freie Bürger sind. Die Bestimmung des Menschen im Rahmen eines Kollektivs gehört zur Vormoderne, die weder Zivilgesellschaft noch Individualrechte kennt.“<sup>130</sup>

Damit wird auf die hauptsächliche Gefahr der Politik der eigenen Identität verwiesen: Zu Ende gedacht führt eine solche Politik zur Verfestigung aktuell existierender Identitäten der Mehrheit und damit zur Aufgabe des für den modernen Verfassungsstaat zentralen Merkmals der grundsätzlichen Offenheit und Wandelbarkeit aller materiellen Inhalte und Identitäten.

#### 4. ERGEBNIS

Die Politik der eigenen Identität eignet sich nicht für den sachgerechten Umgang mit Grundrechtskonflikten in Einwanderungsgesellschaften. Sie entspricht nicht den Realitäten der durch die Moderne geprägten pluralistischen Gesellschaften und ist grundrechtlich sowohl in theoretischer als auch dogmatischer Hinsicht problematisch. Trotzdem besteht in doppelter Hinsicht Raum für eine Grundrechtsargumentation, die Rücksicht auf traditionelle Mehrheitsauffassungen und eigene Traditionen nimmt:

Soweit solche Auffassungen mit *ordre public*-Vorstellungen übereinstimmen, verdienen sie aus rechtlicher Sicht durchaus Schutz. Regeln des *ordre public* können sich nicht nur aus dem Privatrecht ergeben. Zunehmend wichtig wird auch ein internationaler *ordre public*, der u.a. zentrale Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes beinhaltet.<sup>131</sup> Im *ordre public* kommt jener Mindeststandard zum Ausdruck, der national oder gar international nicht unterschritten werden soll und vor dem Forderungen Privater, ungeachtet ihrer Legitimität, zurückzuweichen haben.<sup>132</sup>

Die Grundrechtspraxis nationaler Gerichte und internationaler Organe anerkennt zudem, dass im Einzelfall u.U. die *lokale* Mehrheit gegenüber Minderheitsanliegen den Vorrang eingeräumt bekommt, wenn ihre traditionelle (aber nicht unbedingt festgefügte) Identität in Frage gestellt wird: In diesem Sinn hat das Bundesgericht in den Reklamefällen<sup>133</sup> das Interesse romanischsprachiger Gemeinden auf Verbannung anderer Landessprachen aus dem öffentlichen Raum höher bewertet als das Interesse von Geschäftsinhabern, ihre Gebäude italienisch oder deutsch zu beschriften. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte schützte die Beschlagnahme eines Films<sup>134</sup> bzw. eines Kunstwerks,<sup>135</sup> die in katholischen Gebieten von traditionell denkenden Bevölkerungsteilen als blasphemisch bzw. unmoralisch empfunden wurden. In beiden Fällen betonte der Gerichtshof das Recht der Behörden, lokale Bedürfnisse, die

<sup>130</sup>Ders., S. 67.

<sup>131</sup>Dazu ausführlich Kokott, S. 77ff und 99ff.

<sup>132</sup>So auch Christoph Winzeler, Fremde Religionen in der Schweiz unter Gesichtspunkten der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 117 (1998), S. 253.

<sup>133</sup>BGE 116 Ia 345 und Urteil vom 12.10.1992, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1993, S. 133; dazu hinten S. 52f.

<sup>134</sup>Otto-Preminger-Institut g. Österreich, Urteil des EGMR vom 20.9.1994, No. 295-A.

<sup>135</sup>Müller u.a. g. Schweiz, Urteil vom 24.5.1988, No. 133-A

in anderen Landesteilen kaum aktuell sind, dem Eingriff zugrunde zu legen.<sup>136</sup> Immer erfolgte der Entscheid aber erst nach einer *Güterabwägung im Einzelfall*. Zudem ging es immer um *lokale* Mehrheiten, die *national in der Minderheit* waren und sich mit weniger traditionalistischen, ‚modernerer‘ Auffassungen der Mehrheit konfrontiert sahen. Es ist u.U. gerechtfertigt, tendenziell marginalisierten Bevölkerungsgruppen und Gemeinwesen Schutz gegen Modernisierungstendenzen der nationalen Mehrheit zu gewähren.<sup>137</sup>

## IV. DIE POLITIK DES MINDERHEITENSCHUTZES

### 1. RECHTSLAGE

#### a) Verfassungsrecht

Die Politik des Minderheitenschutzes stellt gewissermassen das Gegenstück zur Politik des Schutzes der eigenen Identität dar. Nicht die Mehrheit, sondern die Minderheit soll in ihrer Identität geschützt werden. Bezüge auf diesen Gedanken finden sich in der Rechtsprechung viele. In Sprachenfällen nehmen Gerichte notwendigerweise Bezug auf Mehrheits- und Minderheitssprache. In Urteilen zur Frage der Religion in der Schule wurde in Deutschland ausdrücklich der Anspruch auf Schutz vor „einer diskriminierenden Abwertung der dem Christentum nicht verbundenen Minderheiten und ihrer Weltanschauung“ bejaht<sup>138</sup> bzw. in der Schweiz betont, der Staat müsse vermeiden, „sich mit einer Mehrheits- oder Minderheitsreligion zu identifizieren und so die Überzeugungen der Bürger anderer Bekenntnisse zu beurteilen“.<sup>139</sup>

Solche Hinweise dienen allerdings regelmässig dazu, konkreten Verfahrensbeteiligten individuelle Rechte zuzusprechen oder sie ihnen angesichts legitimer Beschränkungen zu verweigern. Sie bringen ein traditionelles Verständnis zum Ausdruck, dass Minderheiten am besten durch Nichtdiskriminierung ihrer Mitglieder und Beachtung deren Grundrechte geschützt werden. Eine Anerkennung kollektiver Rechte der Minderheiten als solche steht für diese Rechtsprechungslinie nicht zur Diskussion.

Ein spezifischer minderheitenrechtlicher Ansatz lässt sich in der schweizerischen Rechtsprechung zum sprachlichen Territorialitätsprinzip finden, welches aus dem Sprachenartikel von Art. 116 aBV bzw. Art. 70 Abs. 2 nBV abgeleitet wird: Das Bundesgericht gewichtet hier den Schutz der lokalen Sprache sehr hoch und erklärt die Kantone für befugt, „Massnahmen zu ergreifen, um die überlieferten Grenzen der Sprachgebiete zu erhalten, selbst wenn dadurch

<sup>136</sup>Ziff. 56 des Urteils im Fall Otto-Preminger-Institut g. Österreich bzw. Ziff. 36 des Urteils im Fall Müller u.a. g. Schweiz.

<sup>137</sup>Darauf ist bei der Diskussion der Politik der Anerkennung zurückzukommen; siehe hinten S. 50ff.

<sup>138</sup>BVerfGE 41, 29 (51f); dazu im 3. Kapitel, hinten S. 120ff.

<sup>139</sup>BGE 116 Ia 252f., S. 262 E. 7 b, hier nach der Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991, S. 95, zitiert.

die Freiheit des einzelnen, seine Muttersprache zu gebrauchen, beschränkt wird“.<sup>140</sup> Dies kommt der Anerkennung eines Kollektivrechts der lokalen Sprachgruppe sehr nahe.

Auch sonst kennt die schweizerische Rechtsordnung verschiedene kollektive Rechte. Dazu gehören, wie HANGARTNER zusammenfassend feststellt, „namentlich die verfassungsrechtlichen Garantien zugunsten von Religionsgemeinschaften, die als sog. Landeskirchen öffentlichrechtlich organisiert und mit besonderen Befugnissen, namentlich dem Steuererhebungsrecht, ausgestattet sind. (...) Andere verfassungsmässig zuerkannte Rechte von Gruppen sind (...) garantierte Sitze von Sprachgemeinschaften oder Landesteilen in der Regierung aufgrund von verfassungsrechtlichen Regelungen oder der Verfassungspraxis (...). Einzelne Gruppen werden auch besonders gefördert. So unterstützt der Bund durch Beiträge die rätoromanische und die italienische Sprachgemeinschaft“.<sup>141</sup>

Punktuelle Beispiele existieren auch in anderen Verfassungsordnungen. So enthält die kanadische Charta der Rechte und Freiheiten von 1982 Schutzbestimmungen zugunsten der Sprache (Englisch und Französisch), die in einem bestimmten Gebiet in der Minderheit ist (Section 23), und Vorbehalte zugunsten der Rechte indigener Völker (Section 25). Art. 3 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes schliesslich verbietet jede Diskriminierung wegen der Sprache.

Insgesamt lässt sich allerdings feststellen, dass Rechte zugunsten von Minderheiten regelmässig auf traditionelle Minderheiten eigener Staatsbürger, nicht aber auf die neuen Minderheiten der Migranten und Migrantinnen zugeschnitten sind.

#### *b) Art. 27 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966*

Im Völkerrecht stand lange der Schutz sog. nationaler Minderheiten im Vordergrund, d.h. ethnischer Gruppierungen in Minderheitenposition, deren Angehörige in einem anderen Staat die Mehrheit stellen.<sup>142</sup> Das im Völkerbund entwickelte System zum Schutz solcher Minderheiten bewährte sich nicht. Nach dem Zweiten Weltkrieg nahm man zuerst an, die Garantie von Menschenrechten und Diskriminierungsverboten ersetze das Bedürfnis nach Minderheitenschutz.<sup>143</sup> In jüngerer Zeit ist allerdings das Verständnis dafür gewachsen, dass der menschenrechtliche Ansatz allein zu kurz greift. Neuere Texte wie die UN-Deklaration von 1992 über die Rechte von Personen, die einer nationalen oder ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheit angehören,<sup>144</sup> oder die Rahmenkonvention des Europarates zum Schutze na-

<sup>140</sup>BGE 121 I 196 E. 2a, S. 198. Ein Anwendungsfall ist die Praxis zum Verbot anderssprachiger Reklame in rätoromanischen Gemeinden, BGE 116 Ia 345 und Urteil vom 12.10.1992, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1993, S. 133ff.

<sup>141</sup>Yvo Hangartner, Die Universitätshexe, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 116 (1997), S. 113f.

<sup>142</sup>Z.B. Griechen in Bulgarien.

<sup>143</sup>Zum Minderheitenschutz im Völkerrecht im Allgemeinen siehe aus der überaus reichhaltigen Literatur beispielsweise Danilo Türk, Protection of Minorities in Europe, in: Collected Courses of the Academy of European Law 1992, vol. III-2, S. 151ff; Francesco Capotorti, Études des droits des personnes appartenants aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques, New York, Nations Unies 1991 (bzw.: Study on the Rights of persons belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, New York, United Nations 1991); Patrick Thornberry, International Law and the Rights of Minorities, Oxford/New York 1991.

<sup>144</sup>Declaration on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities vom 18.12.1992, UN.Doc A/Res/47/135.

tionaler Minderheiten vom 1. Februar 1995<sup>145</sup> belegen dies. Sie sind allerdings klar auf traditionelle Minderheiten zugeschnitten, deren Mitglieder zudem nach allgemeiner Auffassung Staatsangehörige des betreffenden Staates sein müssen.<sup>146</sup> Damit sind sie wenig relevant für die Situation von Migrantinnen und Migranten in Minderheitssituation.

Anders verhält es sich mit Art. 27 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966. Diese Bestimmung lautet:

„In Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.“

Diese Bestimmung enthält keine Beschränkung auf eigene Staatsangehörige, was mit Art. 2 Abs. 1 des Paktes übereinstimmt, wonach die Vertragsstaaten die Menschenrechte allen Personen auf ihrem Gebiet ohne Unterschied der nationalen Herkunft gewähren müssen. In diesem Sinn hat der Ausschuss für Menschenrechte in seiner Allgemeinen Bemerkung zu Art. 27 festgehalten, dass „die Vertragsstaaten die Ausübung der in Art. 27 garantierten Rechte nicht einzig ihren Staatsbürgern vorbehalten“ dürfen, sondern sie auch „Personen mit ständigem Aufenthalt“, ja u.U. sogar „Wanderarbeitern oder Personen auf der Reise“ gewähren müssen.<sup>147</sup> Die Ausdehnung auf Wanderarbeiter ohne ständigen Aufenthalt und Reisende geht allerdings schon aus praktischen Gründen zu weit.<sup>148</sup> Sie widerspricht zudem dem Originalwortlaut von Art. 27, der von Minderheiten spricht, die im Aufenthaltsstaat „existieren“:<sup>149</sup> Dies setzt, wie sich auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt, eine Verfestigung des Aufenthaltes voraus.<sup>150</sup> Deshalb dürfte die Aussage des Ausschusses in der Allgemeinen Bemerkung von 1986 zur Situation der Ausländer im Hinblick auf den Pakt zutreffender sein, dass die Garantien von Art. 27 auch für Migrantinnen und Migranten gelten, falls sie „eine Minderheit im Sinne des Art. 27“ bilden.<sup>151</sup>

<sup>145</sup>Text in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1995, S. 268ff.

<sup>146</sup>Die beiden eben genannten Dokumente enthalten zwar keine Definition des Begriffs Minderheit. Die Definition von Capotorti, Ziff. 568, die im Rahmen der UNO und in der Lehre grossen Einfluss gewonnen hat, nennt aber das Element der Staatsbürgerschaft; Gleiches gilt für die Empfehlung 1201 (1993) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, die den Begriff 'nationale Minorität' definiert. Näheres zu diesen Definitionen hinten S. 45.

<sup>147</sup>Ziff. 5.1 bzw. 5.2 der Allgemeinen Bemerkung 23 [50] (1994) des Ausschusses für Menschenrechte, abgedruckt in UN.Doc. HRI/GEN/1/Rev.2 vom 29.3.1996; hier zitiert nach der Übersetzung in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M./Bruxelles 1997, S. 404f.

<sup>148</sup>Zwar ist ohne weiteres einsehbar, dass auch Touristen ihren Glauben ausüben dürfen und ihnen der Gebrauch der Muttersprache nicht verboten werden darf, die Bedeutung von Art. 27 geht aber über diese bereits durch die Grundrechte garantierten Ansprüche hinaus und umfasst u.a. auch positive Pflichten.

<sup>149</sup>Der erste Satzteil von Art. 27 lautet in der verbindlichen englischen und französischen Fassung: „In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities *exist*, persons belonging to such minorities (...)“ / „Dans les Etats où il *existe* des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités (...)“ [Hervorhebung durch den Autor].

<sup>150</sup>Giorgio Malinverni, La Suisse et la protection des minorités (art. 27 Pacte II), in: Kälin/Malinverni/Nowak, S. 237, mit weiteren Hinweisen.

<sup>151</sup>Ziff. 7 der Allgemeinen Bemerkung 15 [27] (1986), zitiert nach Kälin/Malinverni/Nowak, S. 345.

## 2. ASPEKTE DES KONZEPTS

### a) Kollektive oder individuelle Rechte?

Die Diskussion zum Minderheitenschutz dreht sich vor allem um die Frage, ob die Verankerung kollektiver Rechte gerechtfertigt sei.<sup>152</sup> Ausgangspunkt ist dabei ein oft wenig reflektiertes Vorverständnis, dass Minderheitenrechte nur dann Sinn machen, wenn sie der Minderheit als Kollektiv selbst zukommen. Im geltenden Recht ist dies allerdings nur selten der Fall,<sup>153</sup> und zwar selbst dann, wenn Minderheitenschutz durch spezifische Rechte umgesetzt wird. Rechte des Minderheitenschutzes richten sich in aller Regel an die *Angehörigen* der Minderheiten. Besonders deutlich wird dies bei Art. 27 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte, der gemäss klarem Wortlaut verbietet, „Angehörigen solcher Minderheiten“ kulturelle, religiöse und sprachliche Freiheiten zu entziehen. Der Ausschuss für Menschenrechte hat denn auch festgehalten, dass sich nur Individuen auf Art. 27 berufen können;<sup>154</sup> entsprechend verweigert er Volksgruppen und anderen Minderheiten, die als solche an den Ausschuss gelangen, das Beschwerderecht.<sup>155</sup> Auf nationaler Ebene können Minderheiten dann Beschwerde führen, wenn sie als juristische Person und Körperschaft konstituiert sind, allerdings nicht, weil sie eine Minderheit sind, sondern wegen ihrer Rechtsform.<sup>156</sup> Aus diesem Grund ist Rechtsprechung spärlich, welche Minderheiten auf der Grundlage von Kollektivansprüchen schützt.

Trotzdem weisen Grundrechte häufig eine deutlich kollektive Dimension auf. Religion ist meist nicht die Privatsache eines isolierten Individuums, sondern wird in der Gruppe und im Rahmen (oft elaborierter) sozialer Strukturen ausgeübt, die Sprachenfreiheit bezieht sich definitionsgemäss auf eine grössere oder kleinere soziale Gemeinschaft, und im Fall ethnischer Diskriminierung wird zwar allenfalls eine Einzelperson herabgesetzt, dies aber nicht wegen ihrer individuellen Einmaligkeit, sondern ihrer Gruppenzugehörigkeit. In all diesen Fällen tritt das Individuum zwar als Träger eigener Rechte auf, diese verweisen aber auf die soziale Gruppe oder Gemeinschaft, dem es angehört. Anders gesagt: Es handelt sich zwar nicht um Rechte von Kollektiven, wohl aber um Rechte, die im Kollektiv ausgeübt werden.

Minderheitenschutz ist allerdings mehr als der Hinweis auf die soziale Dimension der Grund- und Menschenrechte. Minderheitenrechte, die nicht Kollektivrechte sind, zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Angehörigen der Minderheit etwas erlauben (z.B. den Gebrauch einer Minderheitensprache im Verkehr mit den Behörden), was der Mehrheit nicht zusteht; KYMLI-

<sup>152</sup>Siehe z.B. Nigel S. Rodley, *Conceptual Problems In The Protection of Minorities: International Legal Developments*, *Human Rights Quarterly (HRQ)* 17 (1995), S. 48ff, insb. S. 61ff, sowie Michael Hartney, *Some Confusion Concerning Collective Rights*, in: Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995, S. 202ff.

<sup>153</sup>Für die Schweiz siehe die von Hangartner genannten Beispiele vorne im Zitat bei Anm. 141.

<sup>154</sup>Allgemeine Bemerkung 23 [50] (siehe Anm. 147), Ziff. 3.1.

<sup>155</sup>Malinverni, S. 240. Siehe Communication No. 167/1984, *Bernard Ominayak et la bande du lac Lubicon c. Canada*, para. 32.1, abgedruckt in Kälin/Malinverni/Nowak, S. 595. Siehe dazu auch den folgenden Abschnitt b).

<sup>156</sup>In der Schweiz sind juristische Personen z.B. gemäss Art. 88 des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) zur staatsrechtlichen Beschwerde zugelassen.

CKA nennt sie deshalb gruppendifferenzierte Rechte („group differentiated rights“).<sup>157</sup> In diesem Sinn führt die Anwendung der Religionsfreiheit auf eine kulturelle Minderheit z.B. zu Dispensationen von Unterrichtsfächern oder von der Helmtragepflicht und damit zu einer Sonderbehandlung.

#### b) Welche Minderheiten?

Unklar bleibt, welche Minderheiten geschützt werden sollen. Verbindliche juristische Definitionen fehlen. Die Definition von CAPOTORTI,<sup>158</sup> die in Lehre und Praxis grossen Einfluss erlangt hat, und jene der parlamentarischen Versammlung des Europarates<sup>159</sup> sind auf nationale Minderheiten ausgerichtet und deshalb für die Behandlung der Probleme im Einwanderungskontext nicht geeignet.

Wie bereits erwähnt, führt der Minderheitenbegriff von Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte weiter, da er auch Gruppen eingewanderter Menschen mit verfestigtem Aufenthalt erfasst.<sup>160</sup> Allerdings ist auch dieser Begriff (zumindest im heutigen Stadium der Praxis des Ausschusses für Menschenrechte) nur bedingt geeignet, im konkreten Fall zu bestimmen, ob eine Gruppe von Migrantinnen und Migranten nun eine Minderheit im juristischen Sinn darstellt.

Weiterführend wäre allenfalls die Definition PACKERS, wonach ‚die‘ bzw. ‚eine Minderheit‘ eine Gruppe von Menschen ist, die sich freiwillig für einen bestimmten Zweck vereinigen, falls ihr gemeinsames Ziel von jenem der Mehrheit abweicht.<sup>161</sup> Diese Umschreibung ist aller-

<sup>157</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 46. Ausführlich zur Frage kollektiver Rechte auch a.g.l.O., S. 202ff. Hartney geht von einem individualistischen Standpunkt aus; seiner Ansicht nach sind kollektive Rechte allenfalls als Ableitungen aus individuellen Rechten denkbar. Entscheidend für alle Werte ist, dass sie dem Individuum einen Nutzen bringen. Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass eine Verpflichtung besteht, Gemeinschaften zu schützen, kann diese Verpflichtung nur gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft bestehen. Weiter führt Hartney aus: „Individual rights are rights to be treated like any other human being; group rights are rights to be treated differently. Thus, both rights are held by individuals; the difference turns on whether the right is universal or limited to a group“ (Hartney, S. 220).

<sup>158</sup>Capotorti, Ziff. 568: „Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d’un Etat, en position non dominante, dont les membres – *ressortissants de l’Etat* – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l’effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue“ [Hervorhebung durch Autor].

<sup>159</sup>Art. 1 des Entwurfs für ein Zusatzprotokoll zur EMRK betr. die nationalen Minderheiten und ihre Angehörigen, Anhang zur Empfehlung 1201 vom 1.2.1993 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates: „Zum Zwecke dieser Konvention bezeichnet der Ausdruck ‚nationale Minderheit‘ eine Gruppe von Personen in einem Staat, die a) im Hoheitsgebiet dieses Staates ansässig und dessen *Staatsbürger* sind, b) *langjährige*, feste und dauerhafte Verbindungen zu diesem Staat aufrecht erhalten, c) besondere ethnische, kulturelle, religiöse oder sprachliche Merkmale aufweisen, d) ausreichend repräsentativ sind, obwohl ihre Zahl geringer ist als die der übrigen Bevölkerung dieses Staates oder einer Region dieses Staates, e) von dem Wunsch beseelt sind, die für ihre Identität charakteristischen Merkmale, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache, gemeinsam zu erhalten“ [Hervorhebung durch Autor]; zit. nach Europäische Grundrechte-Zeitung (EuGRZ) 20 (1993), S. 152.

<sup>160</sup>Vorne S. 42.

<sup>161</sup>John Packer, On the Definition of Minorities, in: John Packer/Kristian Myntti (eds.), *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, Turku/Abo 1993, S. 45: „‘The’ or ‘a minority’ is a group of people who

dings so weit,<sup>162</sup> dass sie mehr Gruppierungen einschliesst, als durch das Recht des Minderheitenschutzes erfasst werden, wodurch sie ihre Abgrenzungsfunktion verliert.

Einen Mittelweg zwischen den engen ‚offiziellen‘ Definitionen und dem weiten Begriff Packers schlägt SCHULZE-FIELITZ ein. Laut ihm sind als traditionelle Minderheiten

„Gruppen zu verstehen, die objektiv in ethnischer, religiöser oder sprachlicher Hinsicht Merkmale aufweisen, die sie von der übrigen Bevölkerung unterscheiden, und die der übrigen Bevölkerung eines Staates zahlenmässig unterlegen sind und keine beherrschende Stellung aufweisen, und die subjektiv sich als Gruppe fühlen, deren solidarischer Gefühl auf Bewahrung der eigenen Kultur, Traditionen, Religion oder Sprache gerichtet ist, und die entweder Staatsangehörige des Staates sind, in dem sie leben, oder dort ‚traditionell‘, d.h. als Kollektiv in der Folge von drei oder mehr Generationen leben“.<sup>163</sup>

Als neue Minderheiten bezeichnet Schulze-Fielitz demgegenüber Einwanderungsminderheiten, die alle eben genannten Merkmale aufweisen mit Ausnahme der Staatsbürgerschaft oder der traditionellen Anwesenheit.<sup>164</sup> Diese Definition hat den Vorteil, dass sie objektive Merkmale (Unterscheidungskriterien sowie zahlen- und machtmässige Unterlegenheit) und subjektive Merkmale (auf Wahrung der Identität ausgerichtetes Gruppengefühl) miteinander verbindet. Problematisch ist das Kriterium der Konstanz, da es darüber entscheidet, ob eine Minderheit aus dem Schutzbereich des Völkerrechts fällt, was Schulze-Fielitz für die Einwanderer-minderheiten bejaht.<sup>165</sup> Während m.E. am Kriterium einer verfestigten Anwesenheit festzuhalten ist, ist nicht einzusehen, warum bestimmte Kategorien von Migrantinnen und Migranten nicht bereits heute, jedenfalls aber schon in den nächsten zehn bis zwanzig Jahren darunter fallen sollen: Das Kriterium der drei Generationen ist in Europa für viele wichtige Einwanderergruppen, die in den sechziger und siebziger Jahren zugezogen sind, wenn nicht bereits heute, so jedenfalls schon bald erfüllt. In diesem Sinn haben Menschen aus dem Maghreb in Frankreich oder Flüchtlinge aus Tibet und Personen aus dem früheren Jugoslawien in der Schweiz ebenso ihren festen Platz in der Gesellschaft erlangt wie Türkinnen und Türken in Deutschland. Sie alle werden auf absehbare Zeit hier bleiben und bilden, soweit sie gleichzeitig ihr kulturelles Erbe bewahren und pflegen wollen, Minderheiten im Sinne obiger Definition,<sup>166</sup> welche sich so optimal mit Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte verbinden lässt.

freely associate for an established purpose where their shared desire differs from that expressed by the majority rule.“

<sup>162</sup>Nach dieser Umschreibung ist z.B. jede noch so kleine Sekte, eine radikal oppositionelle politische Partei oder eine „Bewegung zur Befreiung von Tieren in Käfighaltung“ eine Minderheit.

<sup>163</sup>Helmuth Schulze-Fielitz, Verfassungsrecht und neue Minderheiten, Verfassungstheoretische Überlegungen zur „multikulturellen Gesellschaft“, in: Thomas Fleiner-Gerster (Hrsg.), Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft. Eine neue Herausforderung an die Europäische Verfassung, Fribourg 1995, S. 138f.

<sup>164</sup>Ders., S. 139.

<sup>165</sup>A.gl.O.

<sup>166</sup>Mir scheint es mit dem Kriterium der Konstanz auch vereinbar zu sein, ethnisch-kulturell abgrenzbare Gruppen (d.h. Gruppen mit deutlicher eigener kultureller Identität), welche die dritte Generation noch nicht erreicht haben, aber bei denen – z.B. wegen des inzwischen erlangten ausländerrechtlichen Status (Asyl oder eine Bewilligung zum permanenten Aufenthalt) klar ist, dass sie hier bleiben werden, als Minderheiten zu behandeln.

### c) Welche Rechte?

Welches sind die Rechte, die Minderheiten zustehen sollen? Darüber herrscht wenig Einigkeit. Art. 27 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte nennt drei Garantien, nämlich das Recht, „mit Angehörigen der Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen“. Diese Rechte dürfen Angehörigen von Minderheiten „nicht (...) vorenthalten werden“. Daraus folgt, wie die herrschende Lehre betont, das Recht, nicht gegen den eigenen Willen assimiliert<sup>167</sup> zu werden.<sup>168</sup> NOWAK fasst die Rechte, die sich für Angehörige von Minderheiten aus Art. 27 ergeben, folgendermassen zusammen:

„Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Angehörigen von Minderheiten ein gegenüber dem Rest der Bevölkerung privilegiertes, d.h. unbeschränkteres Recht auf gemeinsame Pflege ihrer Kultur, Sprache und Religion garantiert ist. Als negatorisches Recht verpflichtet Art. 27 die Vertragsstaaten zu einem Unterlassen von Eingriffen und zu Toleranz. Insbesondere sind jeder Integrations- und Assimilationsdruck sowie natürlich alle darüber hinausgehenden Massnahmen verboten, welche gegen den Bestand ethnischer, sprachlicher oder religiöser Minderheiten gerichtet sind.“<sup>169</sup>

Ein Assimilationsverbot ergibt sich für den Schulbereich auch aus der Kinderrechtskonvention. Art. 29 Abs. 1 lit. c erlaubt zwar ausdrücklich, dem Kind „die Werte des Landes, in dem es lebt“, zu vermitteln, betont aber, dass die Vertragsstaaten darüber hinaus darin übereinstimmen,

„dass die Bildung des Kindes darauf gerichtet sein muss, (...) c) dem Kind Achtung vor seinen Eltern, seiner kulturellen Identität, seiner Sprache und seinen kulturellen Werten, den nationalen Werten (...) gegebenenfalls des Landes, aus dem es stammt (...) zu vermitteln.“<sup>170</sup>

Dies ist die juristisch gesicherte Basis für Einwanderinnen und Einwanderer.<sup>171</sup> Darüber hinaus bewegen wir uns auf der Ebene von Postulaten und theoretischen Kategorien.<sup>172</sup>

<sup>167</sup>Zum Begriff der Assimilation als Verschmelzung mit der Mehrheitsgesellschaft vgl. das Schlusskapitel, hinten S. 202f.

<sup>168</sup>Malinverni, S. 243, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; Türk, S. 172.

<sup>169</sup>Manfred Nowak, UNO-Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte, CCPR-Kommentar, Strasbourg/Arlington 1989, Rz 42.

<sup>170</sup>Hierzu Christine Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewandeter Minderheiten: Eine Herausforderung für das deutsche Schulwesen – Einführung in einige grundrechtliche Fragestellungen, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 123/1998, S. 385f.

<sup>171</sup>Auf die juristischen Texte zu nationalen Minderheiten ist hier nicht einzugehen.

<sup>172</sup>Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 6 und 27ff, unterscheidet drei Kategorien von Rechten, die für ethnische Minderheiten relevant sind, nämlich Selbstregierungsrechte („self-government rights“), welche nationalen Minderheiten, die ein bestimmtes Gebiet bewohnen, eine gewisse politische Autonomie einräumen (z.B. im Rahmen des Föderalismus), polyethnische Rechte („polyethnic rights“) im Sinne rechtlichen Schutzes und rechtlich vorgesehener Förderung für ethnische Minderheiten, vor allem solche ohne territoriale Basis (z.B. Einwandererminderheiten), sowie besondere Repräsentationsrechte („special representation rights“), welche Minderheiten z.B. im Parlament oder bei der Vergabe öffentlicher Stellen Sitze bzw. Quoten garantieren (im Rahmen dieser Arbeit werden Selbstregierungsrechte und Repräsentationsrechte nicht behandelt, da sie im schweizerischen und deutschen Kontext für Migrantinnen und Migranten irrelevant sind). Bragyova und Claydon unterscheiden ebenfalls drei Kategorien, nämlich (1) den Anspruch auf formale Gleichberechtigung mit dem Rest der Bevölkerung dort, wo diese der Minderheit gegen deren Willen vorenthalten wird (Emanzipation).



Aus der Sicht nationaler Grundrechtspraxis<sup>173</sup> ist die Frage nach dem Inhalt weiterer möglicher Minderheitenrechte zweitrangig. Vor nationalen Gerichten können nur existierende Grundrechte der Verfassung und allenfalls der internationalen Menschenrechtskonventionen inklusive Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte angerufen werden. Diese Garantien müssen im Einzelfall für den Schutz von Minderheiten und ihren Angehörigen fruchtbar gemacht werden.

### 3. KRITIK

Das Recht des Minderheitenschutzes krankt an vielen Unklarheiten konzeptioneller Art.<sup>174</sup> Völkerrechtliche Doktrin und Praxis haben sich mit den neuen Minderheiten eingewanderter Menschen nur am Rand befasst, und sie sind noch weit davon entfernt, kohärente Kriterien und Lösungen anbieten zu können. Kurz: Juristische Konzepte des Minderheitenschutzes sind zumindest heute noch kaum geeignet, viel zur Klärung unseres Themas beizutragen.

Daneben finden sich in der Literatur auch Einwände grundsätzlicher Natur. HELLERMANN<sup>175</sup> z.B. betont die Gefahren des Minderheitenschutzes für die individuelle Freiheit.<sup>176</sup> RODLEY meint, bei einem modernen Verständnis der Menschenrechte, das auch menschenrechtlich begründete Schutz- und Förderungsaufgaben anerkenne, sei – abgesehen vom Spezialfall der

Hier geht es um die Anerkennung der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft, aus welcher die Angehörigen der Minderheit ungerechtfertigterweise ausgeschlossen waren; (2) den Anspruch auf substantielle Gleichbehandlung, d.h. auf mehr als bloss formale Gleichberechtigung, z.B. durch gesetzliche Massnahmen, welche dazu dienen, tatsächliche Ungleichheiten (z.B. in Beruf, Bildung, Zugang zu höheren Positionen etc.) abzubauen; und (3) den Anspruch auf spezielle und bevorzugte Behandlung wie z.B. *affirmative action*, welche als vorübergehende Massnahme der Herstellung tatsächlicher Gleichheit dient (András Bragyova, Are There Any Minority Rights?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 80 (1994), S. 503; J. Claydon, The Transnational Protection of Ethnic Minorities: A Tentative Framework for Inquiry, in: The Canadian Yearbook of International Law 1975, S. 29ff). Andere Autoren schlagen umfangreiche Listen vor, welche etwa das Recht auf Existenz und auf Entscheid über die Gruppenmitgliedschaft miteinschliessen. Natan Lerner (Group Rights and Discrimination in International Law, Dordrecht/Boston/London 1991, S. 34ff) z.B. schlägt folgende Liste vor: Recht auf Existenz; Recht auf Nichtdiskriminierung; Recht, die Identität der Gruppe zu bewahren, eingeschlossen das Recht, anders zu sein; Recht auf spezielle Massnahmen für den Erhalt der Identität der Gruppe; Recht zu entscheiden, wer Mitglied der Gruppe ist; Recht, Institutionen zu etablieren, unter Berücksichtigung des nationalen Rechts, vor allem für religiöse und kulturelle Minderheiten; in Ergänzung des Versammlungsrechts das Recht, mit anderen Gruppen zu kommunizieren, sich zusammenzuschliessen und zusammenzuarbeiten; Repräsentationsrechte; unter gewissen Voraussetzungen das Recht, den Mitgliedern der Gruppe Pflichten aufzuerlegen, um die Institutionen, Schulen und religiösen Dienste zu erhalten; für einige Gruppen das Recht, als Rechtsperson anerkannt zu werden. Weitere Beispiele bei Türk, S. 167ff.

<sup>173</sup>Anders mag es sich für den Gesetzgeber verhalten. Die Frage nach der Rolle des Gesetzgebers in kulturell pluralistischen Staaten ist allerdings nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>174</sup>Türk, S. 168f, nennt vier ungeklärte Fragen: Die Frage nach der Beziehung zwischen der Verhinderung von Diskriminierung und dem Minderheitenschutz; die Frage des Verhältnisses zwischen den Rechten von Minderheiten als Gruppen und den individuellen Menschenrechten; die Frage nach dem wesentlichen Inhalt von Minoritätsrechten; schliesslich die Frage nach der Beziehung zwischen Minderheitenrechten und dem Recht der Völker auf Selbstbestimmung.

<sup>175</sup>Johannes Hellermann, Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Christoph Grabenwarter et al. (Hrsg.), Allgemeinheit der Menschenrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Stuttgart 1994, S. 143.

<sup>176</sup>Zur Problematik der Unterdrückung der Mitglieder auch ausführlich vorne S. 26f.

indigenen Völker – die Anerkennung besonderer Minderheitenrechte redundant.<sup>177</sup> ALEXY<sup>178</sup> und andere wenden sich gegen den Schutz von Gruppen als solche mit dem Argument, es bestehe ein innerer Zusammenhang zwischen ethnisch begründetem Nationalstaat und Gruppenrechten für ethnische Minderheiten, der sich bei anders fundierten Nationalstaaten nicht stelle. Verfassungen wie das Grundgesetz seien ethnisch neutral, und die Integration der Staatsbürger erfolge nicht ethnisch oder religiös, sondern im Sinn einer offenen Gesellschaft bürgerschaftlich. Individuen könnten sich wegen der Freiheitsrechte gemäss ihrer kulturellen Prägung entfalten, was ethnischen und religiösen Gegensätzen eine gewisse Schärfe nehme und einen dynamischen gesellschaftlichen Integrationsprozess erlaube. Staatlicher Gruppenschutz würde diesen Prozess erschweren, weshalb ein „Minderheitenkonzept, dessen Ziel in der Konservierung der ethnischen Eigenart besteht oder das auch nur die Ethnizität als Differenzierungsmerkmal für staatliches Handeln zulässt, in einer offenen Gesellschaft anachronistisch wirken“ müsse.<sup>179</sup>

Diese Kritiken vermögen das Anliegen eines spezifischen rechtlichen Schutzes für Minderheiten, der an den individuellen Rechten anknüpft, ihre kollektive Dimension aber ernst nimmt, nicht zu entkräften. Sie sind jedoch gewichtig genug, um vor einer übereilten Anwendung von Konzepten des Minderheitenschutzes auf Probleme der Einwanderungsgesellschaft zu warnen.

#### 4. ERGEBNIS

Die Politik des Minderheitenschutzes hat heute auf internationaler Ebene grosse Bedeutung erlangt. Besonders wichtig sind Bestrebungen, die Rechtsstellung indigener Völker zu verbessern.<sup>180</sup> Die Konzepte des Minderheitenschutzes sind allerdings zu wenig ausgereift, um als Leitlinie für den Umgang mit dem Phänomen kultureller Pluralität in Einwanderungsgesellschaften dienen zu können. Dies hat nicht nur damit zu tun, dass sich die aktuelle Diskussion mit den ‚neuen‘, migrationsbedingten Minderheiten nicht oder nur am Rand beschäftigt, sondern auch mit der Tatsache, dass viele konzeptionelle Probleme des Minderheitenschutzes nach wie vor einer Lösung harren.

In doppelter Hinsicht lässt sich der Minderheitenschutz allerdings auch für unser Thema fruchtbar machen:

- Aktuelle Diskussionen schärfen den Blick dafür, dass Minderheitenschutz mehr ist als die Summe der Verwirklichung individueller Grund- und Menschenrechte, es dafür aber nicht die Anerkennung kollektiver Rechte braucht, was ja voraussetzen würde, dass jede Minderheit als juristische Körperschaft konstituiert wäre. Es genügt, solche Rechte zugunsten von Minderheiten in je nach Gruppe differenzierter Weise zu handhaben, um ihre Angehö-

<sup>177</sup>Rodley, S. 64f.

<sup>178</sup>Hans Alexy, Minderheitenschutz und Grundgesetz – Zur Rechtsstellung von Zuwanderern, in: Informationsbrief Ausländerrecht 9 (1994), S. 304ff.

<sup>179</sup>Ders., S. 305.

<sup>180</sup>Vgl. dazu die Vorbereitungsarbeiten an einer UN-Deklaration über die Rechte indigener Völker (Draft of Declaration on the Rights of Indigenous People, Annex to the Resolution 45/1994 (26.8.1994) of the Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minority Rights).

rigen in ihrer kulturellen Identität zu schützen. In diesem Sinn besitzen vor allem die Religions- und die Sprachenfreiheit eminent minoritätsbezogene Dimensionen.

- In diesem Zusammenhang erlangt Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte besondere Bedeutung, einerseits als Verbot der kulturellen Assimilierung gegen den Willen der Betroffenen, andererseits als Auslegungsrichtlinie bei der Anwendung von Rechten wie der Vereinigungs-, Religions-, oder Sprachenfreiheit, welche Einwanderergruppen, die seit drei und mehr Generationen im Land sind und ihre kulturellen Traditionen weiterführen wollen, als verfestigte Minderheiten besonderen Schutz zukommen lässt.

## V. DIE POLITIK DER ANERKENNUNG

### 1. RECHTSPRECHUNG

Die ‚Politik der Anerkennung‘, ein Begriff, welcher von CHARLES TAYLOR<sup>181</sup> geprägt wurde, will kulturelle Differenz nicht nur tolerieren, sondern in ihrem Eigenwert ernst nehmen und schützen, auch wenn dies u.U. Freiheitsbeschränkungen von Mitgliedern oder Dritten bedingt. Zwar nicht dem Begriff, wohl aber der Sache nach findet sich dieses Konzept vereinzelt auch in der Rechtsprechung.

#### a) Die Anerkennung religiöser Identität

Besonders deutlich ist das Urteil des amerikanischen Supreme Courts in der Sache *Wisconsin v. Yoder*.<sup>182</sup> Zu entscheiden war, ob die Religionsfreiheit der Amish<sup>183</sup> von der Pflicht befreie, die beiden letzten Jahre der obligatorischen Schulpflicht<sup>184</sup> an einer öffentlichen Schule zu absolvieren. Die betroffenen Eltern hatten geltend gemacht, ihr Heil und jenes ihrer Kinder würde gefährdet, wenn diese nach dem 8. Schuljahr eine öffentliche oder private High-School besuchen müssten. Ihr Glaube verlange ein einfaches, religiös orientiertes Leben ausserhalb der ‚Welt‘ und getrennt von dieser. Ihre ‚Ordnung‘ postuliere ein Leben in Harmonie mit Boden und Natur, weshalb der Lebensunterhalt mit traditioneller landwirtschaftlicher Arbeit zu gewinnen sei. Primarschulerziehung sei notwendig, um die Bibel lesen, als Bauer den Lebensunterhalt verdienen und die unvermeidlichen Kontakte mit der Aussenwelt pflegen zu können. Sekundarschulerziehung setze die Kinder aber zu stark weltlichen und damit solchen Einflüssen aus, die geeignet seien, die Glaubensgemeinschaft und den Lebensstil der Amish zu untergraben und aufzulösen. In der High School würden Kinder zu Konkurrenzverhalten erzogen, was der religiösen Pflicht des Verzichts auf weltliche Güter und Erfolgsstreben wi-

<sup>181</sup>Charles Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt a.M. 1993.

<sup>182</sup>406 U.S. 205 (1972).

<sup>183</sup>Die Amish sind eine religiöse Gruppe, die auf Täufer aus der Schweiz (vor allem dem Emmental) und Deutschland (Schwarzwald) zurückgeht und heute noch einen religiös begründeten Lebensstil führt, der jenem einer vorindustriellen Agrargemeinschaft entspricht. Sie lehnen die Übernahme moderner Technologien (Elektrizität, Motoren etc.) ab und weichen dem Kontakt mit ihrer Umwelt aus. Sie führen eigene, staatlich anerkannte Schulen bis zum 14. Altersjahr, sehen dann aber eine Art landwirtschaftlicher Lehrzeit vor, während der die Jugendlichen in den Lebensstil der Amish und seine Werte eingeführt werden. Siehe dazu Norgren/Nanda, S. 102.

<sup>184</sup>Es handelte sich um das 9. und 10. Schuljahr.

derspreche. Ab dem 14. Altersjahr würden die Kinder in die landwirtschaftliche Arbeit und in das Erwachsenenleben eingeführt. Sie müssten lernen, manuelle Arbeit zu schätzen, sich in die Glaubensgemeinschaft einzufügen und deren Werte und Verhaltensweisen zu internalisieren. Solches Lernen erfolge besser durch aktuelles Tun und praktische Beispiele als durch das Lernen im Klassenzimmer.<sup>185</sup> Im Verfahren vor der Vorinstanz waren Experten zum Schluss gekommen, der Schulzwang würde nicht nur die betroffenen Kinder in einen ernsthaften Gewissenskonflikt stürzen, sondern letztlich die Gemeinschaft der Amish mit ihrem Lebensstil zerstören; die gruppeninterne Sozialisierung der Jugendlichen habe den Amish ermöglicht, einen Lebensstil zu bewahren, der jenem ihrer Gründer, den Gegendäufern in der Schweiz des 16. Jahrhunderts, noch stark gleiche.<sup>186</sup>

Der Supreme Court befand sich in einem echten Dilemma, das mit der üblichen Güterabwägung und der Suche nach weniger eingreifenden Mitteln im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zu lösen war. Es wäre schwierig gewesen, zu entscheiden, ob das hochwertige öffentliche Interesse an der Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht (es ging ja nicht einfach um die Dispensation von einem einzelnen Fach!) oder das ebenfalls hochwertige Interesse der Privaten, Gewissenskonflikte vermeiden und die eigene Kultur erhalten zu können, vorgeht. Welche Lebensperspektive hätte das Gericht als gewichtiger einstufen sollen, jene der Eltern, die an der Erhaltung der eigenen Tradition interessiert waren, oder jene der Kinder? Sollten diese sich je entscheiden, ihre Glaubensgemeinschaft zu verlassen, würde sich das Ungenügen ihrer Ausbildung in der modernen Welt als Handicap erweisen. Auch das Prinzip der weltanschaulichen Neutralität war nicht hilfreich. Verstanden als Verbot, sich mit einer Religionsgemeinschaft zu identifizieren und sie durch Dispens von der Schulpflicht zu befreien, hätte sich die Neutralität angesichts der realen Gefährdung der Weiterexistenz der Gemeinschaft als scheinbar und destruktiv erwiesen.<sup>187</sup> Zum gleichen Resultat hätte ein positives Neutralitätskonzept geführt, welches alle Gruppierungen in gleicher Weise einschliessen will, da die allgemeine und gleiche Schulpflicht genau diesem Ziel dient.

Der Supreme Court stellte in einem ersten Schritt fest, der Betrieb von Schulen gehöre zu den wichtigsten Aufgaben des Staates und die Schulpflicht sei deshalb besonders hoch zu gewichten. Sie gelte allerdings nicht absolut, sondern müsse gegenüber dem Schutz der Religion abgewogen werden. Die fragliche Lebensweise müsse tatsächlich religiös begründet sein, was im Fall der Amish zutrefte. Diese hätten seit Jahrhunderten ihren Lebensstil nicht geändert, was sie angesichts des radikalen Wandels ihrer Umwelt immer häufiger in Konflikt mit dem Staat führe. Im Fall der obligatorischen Schulpflicht sei dieser Konflikt nicht nur schwer, sondern unausweichlich, weil die Ausdehnung der allgemeinen Schulpflicht tatsächlich die Existenz der Gemeinschaft gefährde und diese damit in der freien Ausübung ihrer Religion beschränke.<sup>188</sup> Diese Konsequenz lasse sich nicht rechtfertigen. Die Ausbildung der Amish

<sup>185</sup>406 U.S. 205 (1972), S. 209ff.

<sup>186</sup>A.gl.O., S. 212f.

<sup>187</sup>Der Supreme Court anerkannte dies ausdrücklich, als er ausführte: „A regulation neutral on its face may, in its application, nonetheless offend the constitutional requirement for governmental neutrality if it unduly burdens the free exercise of religion.“ (a.gl.O., S. 221).

<sup>188</sup>A.gl.O., S. 219f: „Nor is the impact of the compulsory-attendance law confined to grave interference with important Amish religious tenets from a subjective point of view. It carries with it precisely the kind of objective danger to the free exercise of religion that the First Amendment was designed to prevent. (...) compulsory school

sei, wie die Erfahrung zeige, durchaus geeignet, die Kinder zu guten, selbstverantwortlichen und arbeitsamen Bürgerinnen und Bürgern zu erziehen, zwar nicht im Rahmen des modernen Lebens, aber für die traditionelle Lebensform dieser Gemeinschaft; zudem sei die Ausdehnung der obligatorischen Schulpflicht von acht auf zehn Jahren relativ neu, was das Interesse des Staates vergleichsweise weniger gewichtig erscheinen lasse. Deshalb seien die Kinder der Amish von der Schulpflicht in den letzten beiden Schuljahren zu befreien.

Die Haltung der Amish, sich jeder Entwicklung der Gesellschaft zu verweigern, sei nicht zu beurteilen; die Geschichte zeige, dass im Mittelalter wichtige Werte der westlichen Zivilisation von religiösen Orden bewahrt worden seien, die sich von der Welt abgesondert hatten. Es gäbe keinen Beweis dafür, dass heute die Mehrheit recht und die Amish unrecht hätten, und es gehe nicht an, eine Gemeinschaft deshalb zu verurteilen, weil ihre Lebensart anders sei.<sup>189</sup> Im Gegenteil, der Lebensstil der Amish sei ein Beispiel für die Vielfalt, die das amerikanische Volk bewundere und ermutige.<sup>190</sup>

Ausschlaggebend war für das Gericht somit die Anerkennung des Eigenwertes eines Lebensstils einer traditionellen Gemeinschaft, die als solche die Gesellschaft nicht belastet und gleichzeitig ihr Weltbild religiös begründen kann.

#### *b) Die Anerkennung sprachlicher Identität*

Dass sich traditionelle, aber gesellschaftlich marginalisierte Kulturen dem Zugriff der Werte des modernen Staates entziehen dürfen, wenn diese das Überleben der betreffenden Gemeinschaft gefährden, hat das schweizerische Bundesgericht in den Fällen zu Reklameverboten rätoromanischer Gemeinden<sup>191</sup> zum Ausdruck gebracht. Das Bundesgericht anerkannte, dass das Verbot, einer Bar einen italienischen Namen („Bar Amici“) zu geben, einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit darstelle; dieser sei aber zulässig, weil das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Rätoromanischen schwerer wiege als das entgegenstehende private Interesse, denn:

„Die rätoromanische Sprache wird heute noch von knapp 1% der Schweizer Bevölkerung (ca. 52'000 Personen) als Muttersprache gesprochen. Dabei wird diese seiner geringen Verbreitung wegen an sich schon problematische Lage des Rätoromanischen durch verschiedene andere Umstände weiter erschwert. Von diesen seien hier nur einige erwähnt: (...); die Überflutung des gesamten Sprachgebiets durch anderssprachige Massenmedien; (...) sowie – und darauf ist besonders im vorliegenden Fall hinzuweisen, bei dem es um eine Restaurantreklame in einem Fremdenverkehrsort geht – der einschneidende wirt-

attendance to age 16 for Amish children carries with it a very real threat of undermining the Amish community and religious practice as they exist today; they must (...) abandon belief and be assimilated into society at large (...). In sum, (...) unchallenged testimony of acknowledged experts (...) and strong evidence of a sustained faith pervading and regulating respondents' entire mode of life support the claim that enforcement of the State's requirement of compulsory formal education after the eight grade would gravely endanger if not destroy the free exercise of respondents' religious beliefs.“

<sup>189</sup>A.gl.O., S. 224f.

<sup>190</sup>A.gl.O., S. 226: “Even their idiosyncratic separateness exemplifies the diversity we profess to admire and encourage.“

<sup>191</sup>BGE 116 Ia 345 und Urteil vom 12.10.1992, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1993, S. 133.

schaftliche Strukturwandel im rätoromanischen Sprachgebiet mit einer Verlagerung vom primären zum tertiären Wirtschaftssektor, d.h. mit einem rapiden Anwachsen des Dienstleistungssektors, insbesondere der Fremdenverkehrsindustrie (...). Der Sprachwissenschaftler Heinrich Schmid hat (...) festgestellt, 'dass sich die Situation des Rätoromanischen auf dem Gebiet der heutigen Schweiz in katastrophaler Weise verschlechtert hat' (...), und das Vorliegen einer eigentlichen Notlage für das Rätoromanische bejaht.<sup>192</sup>

Auch hier kommt wenigstens implizit zum Ausdruck, dass eine kulturelle Gruppe, deren Bestand gefährdet ist, nicht nur toleriert werden muss, sondern darüber hinaus der Anerkennung und Stützung in einem Ausmass bedarf, welches die Beschränkung von Rechten privater Dritter nötig macht.<sup>193</sup>

Ähnliche Ansätze werden in Kanada vertreten, wo im Zentrum der Auseinandersetzungen um die Sprachenfrage die komplexe Beziehung zwischen den englisch- und französischsprachigen Volksgruppen steht. Konflikte haben sich in der Vergangenheit oft am Problem der Unterrichtssprache an öffentlichen Schulen entzündet. Die kanadische Grundrechts-Charta garantiert keine umfassende Sprachenfreiheit, wohl aber in Section 23 detailliert die Rechte der Eltern auf Unterrichtung ihrer Kinder in einer bestimmten Sprache.<sup>194</sup> Im Kern geht es darum, Eltern in englischsprachigen Provinzen einen Anspruch auf eine französischsprachige Erziehung ihrer Kinder zu geben, falls sie selbst eine solche Erziehung genossen haben oder Französisch ihre eigene Muttersprache ist.<sup>195</sup> In *Mahe v. A.G. of Alberta*<sup>196</sup> betonte der Supreme Court 1990, Sprache sei Ausdruck der eigenen kulturellen Identität, und die Sprachengarantien der Grundrechts-Charta würden ein Gruppenrecht schaffen, das den Staat zu positiven Leistungen verpflichte. Das Gericht kam zum Schluss, Section 23 gewähre ein allgemeines Recht auf Unterricht in der jeweiligen Minderheitensprache bzw. auf eigene Schulen, falls die Zahl der betreffenden Kinder an einem bestimmten Ort dies rechtfertige.<sup>197</sup> Ein Jahr früher hatte das gleiche Gericht bereits entschieden, Section 23 diene u.a. dazu, gegenüber der französischsprachigen Bevölkerungsgruppe in der Vergangenheit begangenes Unrecht auszugleichen, weshalb diese Bestimmung grosszügig auszulegen sei.<sup>198</sup> Eine zweite Gruppe von Fällen<sup>199</sup> befasst sich mit dem Verbot des Gebrauchs der englischen Sprache für Geschäftsanschriften und Werbung in Quebec. In *Ford v. Quebec (Attorney-General)*<sup>200</sup> anerkannte der

<sup>192</sup>BGE 116 Ia 345, S. 349f E. 5b, bb. Dieses Urteil steht im Widerspruch zu einem Entscheid des UN-Menschenrechtsausschusses, der im Fall *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada* (Beschwerden Nr. 359/1989 und 385/1989, abgedruckt in Kälin/Malinverni/Nowak, S. 627ff) eine Verletzung des Paktes annahm, weil ein vollständiges Verbot des Englischen bei Reklame- und Firmenaufschriften unverhältnismässig sei. Zu diesem Entscheid und der Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Praxis mit den Anforderungen des Paktes siehe Malinverni, S. 245ff.

<sup>193</sup>Urteil vom 12. Oktober 1992, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1993, S. 133ff. Analog argumentierte das Bundesgericht im Fall einer Versicherungsgesellschaft mit gesamtschweizerischer Verbreitung, der nur erlaubt worden war, ihren deutschen Namen in kleiner Schrift unterhalb der grösseren rätoromanischen Übersetzung anzubringen.

<sup>194</sup>Section 23 der Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982.

<sup>195</sup>Die gleichen Rechte gelten umgekehrt auch für englischsprachige Eltern in Quebec.

<sup>196</sup>*Mahe v. A.G. of Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

<sup>197</sup>Dieses Recht gilt nur für Französisch und Englisch!

<sup>198</sup>*Lavoie et al. v. A.G. of Nova Scotia*, Canada Supreme Court, 58 DLR (4th) 293 (1989).

<sup>199</sup>Wie in der Schweiz stellt sich auch in Kanada die Frage der Sprache in gerichtlichen Verfahren. Sie wird hier ausgeklammert, da kein direkter Bezug zum Thema dieser Arbeit besteht.

<sup>200</sup>*Ford v. Quebec (Attorney-General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 54 DLR. (4th) 577.

Supreme Court, dass die französische Sprache infolge des Geburtenrückgangs in Quebec, der Assimilation frankophoner Kanadier in den englischsprachigen Provinzen und der Dominanz des Englischen im Geschäftsleben schutzbedürftig sei und die Provinz damit ein legitimes Interesse am Schutz des sprachlichen Erscheinungsbildes (‘visage linguistique’) von Quebec habe. Allerdings stufte er die Massnahme als unverhältnismässig ein, weil mildere Mittel möglich waren.<sup>201</sup> Auch in diesen Fällen kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass Minderheiten um ihres Eigenwertes willen besonders zu schützen sind.

## 2. DAS KONZEPT UND SEINE BEGRÜNDUNG

### a) *Kommunitaristische Begründung: Charles Taylor*

Der Begriff ‚Politik der Anerkennung‘ geht auf CHARLES TAYLOR zurück. Seine Ausgangsthese für die Diskussion des Multikulturalismus lautet,

„unsere Identität werde teilweise von der Anerkennung oder Nicht-Anerkennung, oft auch von der *Verkennung* durch die anderen geprägt, so dass ein Mensch oder eine Gruppe von Menschen wirklichen Schaden nehmen, eine wirkliche Deformation erleiden kann, wenn die Umgebung oder die Gesellschaft ein einschränkendes, herabwürdigendes oder verächtliches Bild ihrer selbst zurückspiegelt. Nichtanerkennung oder Verkennung kann Leiden verursachen, kann eine Form von Unterdrückung sein, kann den anderen in ein falsches, deformiertes Dasein einschliessen“.<sup>202</sup>

Taylor geht wie die Vertreter des Liberalismus vom Individuum aus, indem er betont, man könne „von einer individualisierten Identität sprechen, einer Identität, die mir allein gehört und die ich in mir selbst entdecke“.<sup>203</sup> Er unterscheidet zwei Arten individueller Identität: Die erste wird durch die jedem Menschen ungeachtet seiner Eigenheiten gleich zukommende Würde konstituiert, die in der Tradition von Kant als Autonomie zu verstehen ist, d.h.

„als die jedem Menschen zukommende Fähigkeit, selbst eine Vorstellung vom ‘guten Leben’ zu entwickeln. Die Idee der Würde verbindet sich hier nicht so sehr mit einer inhaltlich bestimmten Auffassung vom guten Leben, dergestalt, dass eine Abweichung von dieser Auffassung diese Würde schmälern würde, sondern insbesondere mit dem Vermögen, diese oder jene Anschauung aus eigener Kraft in Erwägung zu ziehen und anzunehmen“.<sup>204</sup>

Dieses Konzept liegt der Idee einer liberalen Gesellschaft zugrunde. Diese muss „im Hinblick auf die Idee des guten Lebens neutral bleiben, sie muss sich darauf beschränken zu gewährleisten, dass die Bürger, gleichgültig, welche Anschauungen sie haben, fair miteinander umgehen und dass der Staat alle gleich behandelt“.<sup>205</sup>

<sup>201</sup>Zum gleichen Ergebnis wie in *Ford v. Quebec* gelangte der Supreme Court in *Devine v. A.G. of Quebec* [1988] 2 S.C.R. 790.

<sup>202</sup>Taylor, S. 13f.

<sup>203</sup>Ders., S. 17.

<sup>204</sup>Ders., S. 50; vgl. auch S. 27f.

<sup>205</sup>Ders., S. 51.

Dieser „Politik der universellen Würde“ stellt Taylor den Begriff der „Politik der Differenz“ gegenüber, welche auf die zweite Art individueller Identität zielt.<sup>206</sup> Diese Politik betont zusätzlich, dass „jeder Mensch um seiner unverwechselbaren Identität willen anerkannt werden“ soll, und zwar in einem Sinn, der nicht auf das Universelle, sondern das Besondere zielt; sie verlangt,

„die unverwechselbare Identität eines Individuums oder einer Gruppe anzuerkennen, ihre Besonderheit gegenüber allen anderen. Dem liegt das Argument zugrunde, dass gerade diese Besonderheit bisher verkannt und verdeckt und einer dominierenden oder von einer Mehrheit gestützten Identität assimiliert wurde. Diese Assimilation ist die Todsünde gegen das Ideal der Authentizität“.<sup>207</sup>

Taylor sieht die Politik der Differenz nicht als Gegensatz zur Politik der universellen Würde, sondern als deren letzte Konsequenz, denn:

„Wir können das, was universell vorhanden ist – jeder Mensch hat eine Identität – nur anerkennen, indem wir auch dem, was jedem Einzelnen eigentümlich ist, unsere Anerkennung zuteil werden lassen. Die aufs Allgemeine gerichtete Forderung wird zur Triebkraft der Anerkennung des Besonderen.“<sup>208</sup>

Als Kommunitarist<sup>209</sup> erweist sich Taylor vor allem mit der Betonung der Tatsache, dass individuelle Identität nicht „in der Isolation“, sondern „durch einen teils offenen, teils inneren Dialog mit anderen“ hergestellt und ausgehandelt wird, mit anderen Worten „[m]eine eigene Identität (...) wesentlich von meinen dialogischen Beziehungen zu anderen“ abhängt;<sup>210</sup> dies

<sup>206</sup>Hier knüpft Taylor an Darlegungen von Rousseau über die Authentizität an, geht gleichzeitig aber auch darüber hinaus, indem er die von Rousseau angestrebte Homogenität der gleichen Bürger ablehnt (siehe S. 25 und vor allem 35ff).

<sup>207</sup>Ders., S. 28f.

<sup>208</sup>Ders., S. 29.

<sup>209</sup>Der Kommunitarismus ist eine Position, welche in den frühen achtziger Jahren in den USA als Gegenposition zum Liberalismus (zu diesem Begriff vorne Anm. 62) entstanden ist und den Akzent statt auf das autonome, als ungebunden und egoistisch kritisierte Individuum auf die Gemeinschaftsbezogenheit („community“) jedes Menschen legt. Kommunitaristen vertreten eine Vielzahl von unterschiedlichen Positionen, und die Bewegung ist in sich wenig homogen. Höffe, S. 164ff, unterscheidet vier unterschiedliche Grundpositionen: (1) *Kommunitarismus als Moralphilosophie*, der sich gegen die Aufklärung und die universalistische Ethik richtet, die Möglichkeit einer geschichts- und kulturabhängigen Moralbegründung anzweifelt und sich für die gewachsene Moral überschaubarer Gemeinschaften einsetzt, wo die Werte und Überzeugungen von den Mitgliedern miteinander geteilt werden („shared values and convictions“). Hauptvertreter dieser Auffassung ist Alasdair MacIntyre (After Virtue, London 1985); (2) *Kommunitarismus als Tugendethik*, welche die Wichtigkeit der gemeinschaftsbezogenen Verantwortung aller betont; (3) *Kommunitarismus als Sozialtheorie*, welche dem Liberalismus vorwirft, er zerstöre den Nährboden sozialen Zusammenlebens. Indem liberale Gesellschaften „bei Traditionen und Üblichkeiten kein anderes Ziel verfolgen, als sich von ihnen zu emanzipieren, untergraben sie zunächst und zerstören sie auf Dauer ihre eigene Lebensgrundlage“ (Höffe, S. 167). Nötig ist deshalb die Erhaltung und Stärkung der gewachsenen Lebensformen einer „Community“ (Hauptvertreter dieser Richtung ist Michael Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982); (4.) *Kommunitarismus als sozialtheoretische Staatskritik*, welche für ein von staatlicher Herrschaft möglichst freies Zusammenleben in kleinen und stabilen Gemeinschaften („communities“) plädiert, in denen herrschaftsfreie Kommunikation eher möglich sein soll (vor allem Michael Taylor, Community, Anarchy and Liberty, Cambridge 1982; solche Communities und ihr Zerfall unter liberalen Einflüssen sind von Robert N. Bellah et al., Habits of the Heart, New York 1986, beschrieben worden).

<sup>210</sup>Taylor, S. 24. Vgl. auch Sandel, der betont, dass familiäre, soziale, kulturelle, ethnische und ähnliche Bindungen unser Selbst konstituieren: „Sich eine Person vorzustellen, die solcher konstitutiven Einbindungen



führt zur Herausbildung gruppenspezifischer und gemeinschaftsbezogener Identitäten, an deren Fortbestand die Mitglieder der betreffenden Gruppe ein hohes Interesse haben.<sup>211</sup> Damit wird die grosse Bedeutung kollektiver Lebenszusammenhänge für die Identität des Individuums betont, das sich eben nicht nur als Einzelperson, sondern ebenso sehr als Angehöriger einer Religion oder einer ethnischen Minorität versteht und definiert.<sup>212</sup>

Taylor kritisiert die liberale Politik der universellen Würde, weil sie „sich der Differenz gegenüber unaufgeschlossen zeigt“, indem sie „(a) auf einer gleichförmigen Anwendung der [die] Rechte [des Individuums] definierenden Regeln besteht und keine Ausnahme zulässt“ und zudem „(b) misstrauisch gegenüber kollektiven Zielen“ ist.<sup>213</sup> Hinter der damit verbundenen Betonung *gleicher* Rechte kann sich „eine partikularistische Bevorzugung der Mehrheitskultur“ verbergen.<sup>214</sup> Die Politik der Anerkennung betont deshalb die Eigenwürde und den Wert kulturell andersartiger Gruppen und erlaubt ihnen, den Fortbestand ihrer kulturellen Identität zu pflegen und zu erhalten: „Dieser ist zum einen (b) ein kollektives Ziel, das ausserdem (a) fast unvermeidlich gewisse Abwandlungen der Gesetze zur Folge hat, die wir in unterschiedlichen kulturellen Kontexten für zulässig halten.“<sup>215</sup> Diese Politik ist in kulturell vielfältigen Staaten<sup>216</sup> die einzig sachgerechte, weil andernfalls der Assimilationsdruck der Mehrheit die Minderheiten ihrer kulturellen Identität berauben wird.

Damit stellt sich allerdings das Problem der Grenzen der Differenzierung. Taylor betont, dass gruppendifferenzierte Modelle

„selbstverständlich die unterschiedslose Verteidigung *bestimmter* Rechte [verlangen]. Es kommt auch für sie nicht in Betracht, etwa das *habeas corpus*, also die Bestimmungen über die Freiheit der Person, in verschiedenen kulturellen Kontexten unterschiedlich zu handhaben. (...) Sie sind [aber] bereit, die Wichtigkeit bestimmter Formen von Gleichbehandlung abzuwägen gegen die Wichtigkeit des Überlebens einer Kultur, und sie entscheiden dabei bisweilen zugunsten der letzteren. (...) sie gründen (...) auf Urteilen darüber, worin ein gutes Leben besteht – auf Urteilen, in denen der Integrität der Kulturen ein zentraler Platz zukommt.“<sup>217</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Politik der Anerkennung Menschen in ihrer sozialen Eingebettetheit und ihren Bedürfnissen nach kultureller Identität ernst nehmen will. Damit stellt sie einen Ansatz bereit, der sich in Einwanderungsgesellschaften fruchtbar ma-

unfähig ist, bedeutet nicht, sich einen idealen, frei und rational Handelnden zu denken, sondern sich eine Person ohne jeglichen Charakter (...) vorzustellen. Denn Charakter haben bedeutet zu wissen, dass ich in eine Geschichte einrücke, die ich weder in meiner Verfügungsgewalt habe noch beherrschen kann, die aber dennoch Folgen hat für meine Wahlmöglichkeiten und mein Verhalten“ (Michael Sandel, Die verfahrensrechtliche Republik und ihre Folgen für das ungebundene Selbst, in: Axel Honneth (Hrsg.), Kommunitarismus, Frankfurt a.M./New York 1993, S. 30, in der modifizierten Übersetzung von Walter Reese-Schäfer, Grenzgötter der Moral, Frankfurt a.M. 1997, S. 240f).

<sup>211</sup>Taylor, S. 55ff.

<sup>212</sup>So Johannes Hellermann, Der Grundrechtsschutz der Religionsfreiheit ethnisch-kultureller Minderheiten, in: Wilhelm Heitmeyer/Rainer Dollase, Die bedrängte Toleranz, Frankfurt a.M. 1996, S. 391.

<sup>213</sup>Taylor, S. 55.

<sup>214</sup>Hellermann, Grundrechtsschutz, S. 391.

<sup>215</sup>Taylor, S. 55.

<sup>216</sup>Taylor, a.gl.O., spricht konkret von Kanada und dem Bestreben von Quebec, auch kulturelle Autonomierechte zu erhalten.

<sup>217</sup>Ders., S. 55f.

chen lässt, wenn es darum geht, Migrantinnen und Migranten nicht mittels Assimilation ihrer Identität zu berauben, sie gleichzeitig aber – gerade in Hinblick auf zentrale Aspekte individueller Würde – nicht auszugrenzen.

*b) Liberale Variante: Will Kymlicka*

KYMLICKA, der sich selbst als Vertreter des Liberalismus versteht, nimmt die kommunitaristische Kritik an einem differenz-blinden Liberalismus ernst. Er versucht deshalb, die Betonung individueller Autonomie mit dem Anliegen des Schutzes kultureller Gruppenidentität zu verbinden. Für ihn geht es dabei nicht um einen Gegensatz zwischen Respekt für das Individuum und Respekt für die Gruppe, sondern um verschiedene Arten, mit dem Respekt für das Individuum umzugehen.<sup>218</sup> Er betont, dass die liberale Theorie die Freiheit des Einzelnen, seine Autonomie, ins Zentrum stellt und dass diese Freiheit es ermöglichen soll, eine eigene Form des Lebens zu wählen. Allerdings erfolgt diese Wahl nicht kontextunabhängig; vielmehr lege die kulturelle Zugehörigkeit die möglichen Optionen fest und ermögliche, diese Optionen einzuordnen. In diesem Sinn erweise sich Kultur als „context of choice“.<sup>219</sup> Die ‚Erzählungen‘ der eigenen Kultur zu verstehen, ist eine Vorbedingung dafür, dass wir sinnvolle Entscheidungen über unsere Lebensführung treffen können. Kulturen sind nicht in sich selbst wertvoll, sondern deshalb, weil Menschen nur über kulturelle Erfahrungen Zugang zu verschiedenen Optionen haben. Im Interesse individueller Autonomie und Entwicklung – und nicht, weil Kulturen einen Eigenwert besitzen – müssen Kulturen geschützt werden, und, falls sie gefährdet sind, eigene Rechte zugesprochen erhalten, die ihnen erlauben, eigenständig zu bleiben.<sup>220</sup> Dieser Schutz kann allerdings nicht soweit gehen, Kulturen vor dem Wandel ihrer eigenen Traditionen zu schützen; geschützt werden also die Existenz einer Kultur und ihrer Strukturen, nicht konkrete Inhalte.<sup>221</sup> Trotzdem ist kulturelle Mitgliedschaft für die persönliche Entwicklung zentral. Wenn das Individuum seines kulturellen Erbes beraubt wird, verkümmert seine Entfaltung. Respekt für seine Kultur und Versuche, den Übergang in eine andere Kultur zu erleichtern, sind deshalb nicht gleichermaßen legitim: Minderheiten empfinden den zweiten Vorschlag als gefährlich.<sup>222</sup>

Kymlicka anerkennt damit ebenfalls das Leiden des Individuums, dessen kulturelle Identität zerstört wird. Von Taylor unterscheidet er sich in erster Linie in der Frage des Verhältnisses zwischen Gruppenrechten und individueller Freiheit. Während der Kommunitarismus es u.U.

<sup>218</sup>Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford 1991, S. 150. Zur Abgrenzung vom Kommunitarismus besonders deutlich S. 92.

<sup>219</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 82ff.

<sup>220</sup>Ders., S. 83f, mit zahlreichen Hinweisen auf Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, London 1985, S. 228ff. Siehe auch Kymlicka, *Liberalism*, S. 165: „Liberals should be concerned with the fate of cultural structures, not because they have some moral status of their own, but because it’s only through having a rich and secure cultural structure that people can become aware, in a vivid way, of the options available to them, and intelligently examine their value.“

<sup>221</sup>Kymlicka, *Liberalism*, S. 166ff.

<sup>222</sup>Ders., *Liberalism*, S. 176: „(...) cultural membership seems crucial to personal agency and development: when the individual is stripped of her cultural heritage, her development becomes stunted (...). And so respecting people’s own cultural membership and facilitating their transition to another culture are not equally legitimate options. The affront minority groups feel at the latter proposal is grounded in the perception of real harm.“

hinnimmt, dass Individuen im Gruppeninteresse in ihrer Freiheit beschränkt werden,<sup>223</sup> betont Kymlicka im Sinne des Liberalismus, dass individuelle Freiheit – vor allem jene der eigenen Mitglieder – durch die Gruppe nicht beschränkt werden darf, und zwar auch dann nicht, wenn dadurch die Identität oder gar Existenz der Gruppe langfristig gefährdet wird.

*c) Rechtswissenschaftliche Rezeption: Aufrechterhaltung der kulturellen Ambivalenz*

Die Idee der Anerkennung kultureller Differenz ist in der deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem von SCHULZE-FIELITZ rezipiert und in juristisch fruchtbarer Weise mit dem Konzept der Menschenwürde verknüpft worden. Er betont, dass die persönliche Identitätsfindung immer im Austausch mit der Umwelt und damit im Rahmen kultureller Lebensformen geschieht; sie setzt deshalb

„gemeinsame kulturelle Lebensformen und ihre Anerkennung durch andere voraus. Für Angehörige ethnischer und kultureller Minderheiten und Ausländer in einer abweichend dominierten lebensweltlichen Umgebung folgt daraus, dass sie ihre persönliche Identität als konstitutiven Bestandteil von Menschenwürde nur unter solchen Umständen finden können, unter denen ihre jeweilige Minderheiten-Kultur als solche, d.h. auch als Gruppenkultur anerkannt wird, so dass ihren Angehörigen Optionen zur freien Auseinandersetzung mit den verschiedenen Kulturen eröffnet wird“.<sup>224</sup>

Der Respekt vor der Menschenwürde, wie er gemäss Art. 3 des deutschen Grundgesetzes (GG) auch jedem einzelnen Mitglied einer ethnischen Minderheit zusteht, verlangt nicht nur rechtliche Gleichstellung, sondern

„zugleich den Respekt vor seiner individuellen Besonderheit als spezifischer Ausdrucksform seiner Menschenwürde. Eine Politik bzw. eine rechtliche Argumentation, die die gleichberechtigte Würde von Ausländern anerkennen will, muss deshalb auch die Differenzen und spezifischen kulturellen Eigenarten dieser Ausländer als Angehörige einer kulturellen Minderheitengruppe in ihrer Besonderheit positiv respektieren und insoweit auch ggf. gegenüber Deutschen als Gruppe ungleich behandeln, wenn und soweit die Anerkennung dieses gruppenspezifischen Anders-Seins Bedingung für die Wahrnehmung der Menschenwürde des einzelnen Ausländers ist“.<sup>225</sup>

Schulze-Fielitz lehnt deshalb jene Konzeptionen des Verfassungsstaates ab, welche im Sinne eines klassischen Liberalismus alle neutral gleich behandeln oder als materiale Gleichheitsvorstellung kulturelle Minderheiten zu Assimilation zwingen wollen.<sup>226</sup> Er verwirft aber auch das Taylor'sche Gegenmodell, welches kulturellen Minderheiten weitreichende Autonomie gewährt, die im Konfliktfall u.U. individuellen Rechten vorgeht. Vielmehr plädiert er, als Kompromiss zwischen diesen Positionen, für die „Aufrechterhaltung der kulturellen Ambivalenz“. Diese verlangt einerseits „für alle Minderheiten die Akzeptanz der zentralen rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze westlichen Typus“, welche „eine unübersteigbare Grenze, etwa auch für 'fundamentalistische' Lebensformen“ bilden.<sup>227</sup> Andererseits soll die Herkunfts-

<sup>223</sup>Vgl. vorne bei Anm. 217.

<sup>224</sup>Schulze-Fielitz, S. 143f, mit Hinweis auf E. Klein, Konzeption und Durchsetzung des Minderheitenschutzes, in: Dieter Blumenwitz/Hans von Mangoldt (Hrsg.), Neubestätigung und Weiterentwicklung von Menschenrechten und Volksgruppenrechten in Mitteleuropa, Köln 1991, S. 51ff.

<sup>225</sup>Schulze-Fielitz, S. 142f.

<sup>226</sup>Ders., S. 145ff.

<sup>227</sup>Ders., S. 151.

kultur mit ihren „abweichenden kollektiven Lebensformen (...) ein schützenswertes Rechtsgut [bilden], das durch Minderheitenrechte (bis hin zu Sprachgarantien, auch Sprachförderung an Schulen) und durch staatliche Leistungen zur Bewahrung der fremden kulturellen Identität nicht nur tatsächlich akzeptiert, sondern positiv aufgenommen wird“; damit wird anerkannt, „dass Angehörige von Einwanderungsminoritäten zwei (oder mehr) gesellschaftlichen Welten mit doppelter Loyalität zugehören, die zugunsten einer zu ‘lösen’ zu tiefen Kulturkonflikten führt“.<sup>228</sup>

#### *d) Begriffliche Hinweise*

##### *aa) Identität*

Die Politik der Anerkennung verlangt die Anerkennung der Identität ethnischer und kultureller Gruppen. Kymlicka und Taylor schreiben beide vor dem Hintergrund der Erfahrungen Kanadas mit seinen Diskussionen über die Einräumung eines speziellen Status für das französischsprachige Quebec und indigene Völker der Indianer und Eskimos. Ihre Konzepte erfassen aber weitere Fälle, bei denen, wie im Migrationskontext, weniger klar ist, was eine ethnisch-kulturelle Gruppe und ihre Identität ist. Diese Begriffe sind klärungsbedürftig, wobei im Rahmen dieser juristischen Arbeit einige kurze Hinweise<sup>229</sup> genügen müssen:

Unter Identität verstehen die Sozialwissenschaften den „kontinuierliche[n] Prozess der Subjekt-Werdung in der Auseinandersetzung mit den Anderen und in der gemeinsamen Gestaltung einer sich permanent wandelnden sozialen Umwelt“.<sup>230</sup> Identität als Summe jener Merkmale, die das Individuum nach seinem Selbstverständnis zum Menschen machen,<sup>231</sup> als „Erfahrung des Identisch-Seins mit sich selbst“, wird in sozialen Beziehungen geprägt und hängt damit „von der Konfrontation mit dem ‘Anderen’ ab, d.h. von der Unterscheidung vom Anderen und der Anerkennung durch das Andere“<sup>232</sup> Weil sich diese Umwelt ständig verändert, verändert sich auch die Ich-Wahrnehmung dauernd.<sup>233</sup> Identität ist deshalb nicht etwas Statisches, sondern ein kontinuierlicher Prozess der Synthese und des Versuchs, immer wieder eine neue Balance zwischen dem Selbst und der Umwelt herzustellen.<sup>234</sup>

Solche Identität wird zur Gruppenidentität, wo eine Gruppe Strukturen schafft, die ihr Selbstverständnis, d.h. „die kulturellen Werte, die das Kollektivverhalten einer Gesellschaft ausma-

<sup>228</sup>Ders., S. 151f.

<sup>229</sup>Weiterführend und mit umfassender Diskussion der Literatur siehe Angela Stienen/Manuela Wolf, Integration – Emanzipation: Ein Widerspruch: Kritische Analyse sozialwissenschaftlicher Konzepte zur „Flüchtlingsproblematik“, Saarbrücken/Fort Lauderdale 1991.

<sup>230</sup>So die Definition von Stienen/Wolf, S. 133. Diese Definition legt die Ergebnisse einer eingehenden Analyse der verschiedenen Identitätsbegriffe dar (S. 81ff).

<sup>231</sup>Schulze-Fielitz, S. 143.

<sup>232</sup>Stienen/Wolf, S. 81; auf die kommunikativ-dialogische Bestimmung des Selbstverständnisses weisen u.a. auch Taylor, S. 21ff, und Schulze-Fielitz, S. 143, hin.

<sup>233</sup>Das Individuum ist hier mit zwei Fragen konfrontiert: „Kann ich die gleiche Person bleiben, wenn ich mich ständig verändere?“, (Kontinuitätsproblem) und „Wie kann ich von den Anderen als gleiche Person anerkannt werden, wenn ich je nach Kontext andere Rollen übernehme?“ (Konsistenzproblem); siehe dazu Stienen/Wolf, S. 82, mit Hinweis auf Hans-Peter Frey/Karl Hausser, Identität. Der Mensch als soziales und persönliches Wesen Bd. 7, Stuttgart 1987, S. 19.

<sup>234</sup>Stienen/Wolf, S. 85ff und 95ff.

chen und die Identität eines jeden Gesellschaftsmitgliedes prägen“, zum Ausdruck bringen kann; Gruppenidentität und individuelle Identität hängen dabei voneinander ab und wirken aufeinander ein.<sup>235</sup>

Für die Politik der Anerkennung ist das Konzept der Identität in doppelter Hinsicht bedeutsam. Erstens liegt hier der Schlüssel für das Interesse von Gruppen, in ihrer Identität anerkannt und geschützt zu werden: Die Gruppenidentität gerät in eine Krise, wenn die kulturellen Widersprüche, die Erfahrungen von Herabsetzung und die Auflösung traditioneller Werte und Strukturen zu gross werden. Dies hat negative Rückwirkungen auf die Gruppenmitglieder, denen die Gruppe keinen ‚Lebensplan‘ mehr vermitteln kann, der für die Bildung und Erhaltung ihrer eigenen Identität notwendig wäre.<sup>236</sup> Anerkennung und Schutz erweisen sich damit für Gruppierungen in Minderheitenposition als überlebensnotwendig und für ihre Mitglieder als notwendige Voraussetzung für inneres Gleichgewicht. Zweitens macht die Tatsache, dass Gruppenidentität nicht statisch ist, sondern sich in einem Prozess der Auseinandersetzung mit einer sich verändernden Umwelt bzw. unter dem Einfluss sich wandelnder Mitglieder selbst wandelt, deutlich, dass Kulturen bzw. Minderheiten nicht als etwas Festgefügtes anerkannt werden können und es deshalb nicht darum geht, *konkrete* kulturelle Inhalte zu schützen. Vielmehr geht es darum, durch Anerkennung sicherzustellen, dass die Gruppe als solche existieren und sich selbst weiterentwickeln kann.

#### *bb) Ethnische Identität*

Was ist nun ‚ethnische‘ bzw. ‚ethnisch-kulturelle‘ Identität? Der Begriff bezeichnet eine spezifische Ausprägung des Identitätsprozesses auf Gruppenebene, die auf die Herstellung und Erhaltung von ‚Ethnizität‘ gerichtet ist.<sup>237</sup>

Der sozialwissenschaftliche Begriff der Ethnizität<sup>238</sup> bezeichnet die „ethnische Grenzziehung, die Neuklassifizierung des ‚Wir‘ in der Konfrontation mit dem ‚Fremden‘, dem ‚Sie‘“<sup>239</sup>, d.h. die *Abgrenzung* einer Gruppe gegenüber anderen Gruppen (bzw. der Mehrheit) über äussere oder nicht sichtbare kulturelle Merkmale. Zu diesen Merkmalen gehören in erster Linie nationale Herkunft, Sprache und gemeinsame religiöse Auffassungen, aber auch Essen, Kleidung, Heirats- und Verwandtschaftsmuster, Musik etc. oder Legenden und Mythologien über eine gemeinsame Herkunft. Solche Abgrenzung kann sowohl Resultat der Selbstdefinition der Gruppe als auch Ergebnis einer Fremdzuschreibung durch die Mehrheit oder andere Minderheiten sein. Typisch für ethnische Gruppen und ihre Identität ist somit nicht so sehr die eigene Herkunft, sondern die Selbst- und Fremdwahrnehmung<sup>240</sup> als *Gruppe*, die wegen ihrer Herkunft oder Kultur *andersartig* ist.<sup>241</sup> Ebenfalls typisch für ethnische Gruppen ist eine stark

<sup>235</sup>Dies., S. 85f, mit Hinweis auf Erik H. Erikson, *Kindheit und Gesellschaft*, Stuttgart 1982.

<sup>236</sup>Dies., S. 91f.

<sup>237</sup>So dies., S. 133.

<sup>238</sup>Vgl. dies., S. 129f, mit Hinweisen auf verschiedene Definitionsversuche.

<sup>239</sup>Dies hat vor allem Frederik Barth (ed.), *Ethnic Groups and Boundaries. The Social Organization of Culture Difference*, Bergen/Oslo/London 1969, herausgearbeitet; vgl. Stienen/Wolf, S. 123.

<sup>240</sup>In diesem Sinn ist Ethnizität immer gesellschaftlich konstruiert. Dies kann bewusst als Strategie zur Mobilisierung politischer, ökonomischer und ähnlicher Interessen geschehen; vgl. Stienen/Wolf, S. 142ff.

<sup>241</sup>Unter diesem Gesichtspunkt bilden Deutsche in der Schweiz nicht eine ethnische Gruppe, wohl aber z.B. Tamilen oder Tibeter.

emotionale Komponente. Der Selbstrespekt, der normalerweise aus dem Gefühl der Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe resultiert, gibt Individuen Sicherheit und psychischen Halt; bei stark diskriminierten Gruppen kann die Mitgliedschaft demgegenüber das Gefühl vermitteln, „zu lebenslanger Verunsicherung verdammt zu sein“.<sup>242</sup>

Versteht man ethnische Identität als Prozess der Abgrenzung nach selbstgewählten oder von aussen zugeschriebenen kulturellen Merkmalen, wird einerseits deutlich, dass ethnische Gruppen in sich nicht homogen zu sein brauchen, sondern eine Vielzahl von Binnendifferenzierungen aufweisen können.<sup>243</sup> Andererseits gehören nicht alle Menschen eines bestimmten ethnischen Ursprungs automatisch zu einer spezifischen Gruppe: Es kann sein, dass Individuen sich bewusst von solchen Gruppen distanzieren und sich an eine andere Kultur assimilieren wollen oder dass sie von der Umwelt nicht als Gruppenzugehörige wahrgenommen werden.<sup>244</sup>

### 3. KRITIK

#### a) Menschenbild

Die Kritik am Kommunitarismus im Allgemeinen<sup>245</sup> und am Konzept der Politik der Anerkennung ist vielfältig. PACKER<sup>246</sup> als Anhänger einer traditionellen Auffassung von Liberalismus<sup>247</sup> erhebt den Vorwurf, ihre Verfechter würden annehmen, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kultur sei ein Wesenszug jedes Menschen, der nur schwierig zu überwinden sei; dies führe allerdings zum Schluss, dass Menschen nicht völlig frei seien. Diese Auffassung bezeichnet er als unliberal, da sie kulturelle Prägung vor Autonomie setze, statt kulturelle Zugehörigkeit als blosses Resultat eines freien Entscheides ohne fundamentale Relevanz für das Menschsein zu verstehen. Diese radikale Position vermag m.E. die starken Argumente<sup>248</sup> für die identitätsstiftende Bedeutung des kulturellen Kontextes nicht zu widerlegen. Packer verkennt insbesondere, dass die Vertreter der Politik der Anerkennung nicht behaupten, dass Menschen in ihrer Kultur gefangen sind, sondern betonen, dass Individuen den kulturellen Kontext als Ergebnis eines freien Entscheides wechseln können. Ihr Anliegen ist aber, jenen zu helfen, die beschlossen haben, eine kulturelle Tradition, welche ohne Anerkennung marginalisiert oder gar zum Untergang verurteilt ist, fortzuführen und zu leben.

<sup>242</sup>So fassen Stienen/Wolf, S. 149 die Position von Harold R. Isaacs, *Basic Group Identity: The Idols of the Tribe*, in: Nathan Glazer/Daniel P. Moynihan, *Ethnicity, Theory and Experience*, Cambridge 1975, zusammen.

<sup>243</sup>Dies trifft etwa auf Muslime in Europa zu.

<sup>244</sup>Stienen/Wolf, S. 175.

<sup>245</sup>Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht darum gehen, die gesamte Kritik am Kommunitarismus aufzunehmen (vgl. dazu etwa Höffe, S. 172ff, Reese-Schäfer, S. 444ff, sowie als Auseinandersetzung mit dieser Kritik aus kommunitaristischer Sicht Daniel Bell, *Communitarianism and its Critics*, Oxford 1993). Vielmehr geht es darum, spezifisch auf das Postulat der Anerkennung kultureller Gruppen einzugehen.

<sup>246</sup>John Packer, *On the Content of Minority Rights*, in: Juha Räikkä (ed.), *Do we Need Minority Rights*, The Hague/Boston/London 1996, S. 131ff.

<sup>247</sup>Traditionell in dem Sinn, dass Kymlicka, der sich selber als Liberaler bezeichnet, von dieser Kritik nicht verschont wird.

<sup>248</sup>Vorne S. 57ff.

Andere Liberale<sup>249</sup> gehen in ihrer Kritik weniger weit: ROCKEFELLER z.B. betont, dass aus demokratischer Sicht „alle Menschen gleichwertig [sind], und [sie] als Menschen (...) alle den gleichen Anspruch auf Respekt und auf Chance der Selbstverwirklichung“ haben; diese „universelle Identität ist die primäre Identität, sie ist fundamentaler als jede partikuläre Identität, gleichgültig, ob diese aus Staatsangehörigkeit, Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft entsteht“.<sup>250</sup> Gleichzeitig anerkennt er aber, m.E. zu Recht, dass angesichts der kommunikativen Herausforderung

„Politik und Ethik der allgemeinen Menschenwürde (...) vertieft und erweitert werden [müssen], dergestalt, dass die Achtung vor dem Individuum nicht länger nur die Achtung vor einem universellen, in jedem Menschen angelegten Potential umfasst, sondern auch die Achtung vor dem inneren Wert der verschiedenen kulturellen Formen, in denen und durch die die Individuen sich verwirklichen und ihre unverwechselbare Persönlichkeit zum Ausdruck bringen“.<sup>251</sup>

Ohne diese Achtung besteht die Gefahr, dass die Achtung der Würde des Individuums im Abstrakten steckenbleibt und die Bedürfnisse konkreter Individuen nach Selbstverwirklichung in einem bestimmten kulturellen Umfeld, in dem sie sich heimisch fühlen, verkannt wird. Eine allgemeine Regel, welche den universalistischen Aspekten des Menschseins generellen Vorrang einräumt, ist deshalb ebenso wenig hilfreich wie der gegenteilige Ansatz. Vielmehr besteht zwischen universalistischer und partikulärer Identität immer ein Spannungsfeld, das nicht auf der Basis einer einfachen Prioritätenregelung aufgelöst werden kann, sondern differenzierter und je nach Kontext unterschiedlicher Betrachtung bedarf.

#### *b) Kultureller Wandel*

Auf einer anderen Ebene setzen jene Kritiker an, die betonten, dass die Politik der Anerkennung zu gesellschaftlicher Statik und Verkrustung führt. In diesem Sinn führt PACKER aus, das Ziel der Sicherung der Gruppenexistenz, welche individueller Freiheitsausübung u.U. vorgehe, sei angesichts des unaufhaltsamen gesellschaftlichen Wandels unrealistisch und wegen der Betonung der Erhaltung von Identitäten anti-evolutionär.<sup>252</sup> Aus feministischer Perspektive hat SUSAN WOLF betont, das Problem der Nichtanerkennung der Frauen liege nicht in der Missachtung ihrer Geschlechtsidentität, sondern darin, „dass diese Identität in den Dienst von Unterdrückung und Ausbeutung gestellt wird“.<sup>253</sup> Dieses Problem lässt sich auch für andere unterdrückte Gruppen, für die sich traditionelle kulturelle Muster als Gefängnis erweisen, nicht mit dem Schutz von Traditionen, sondern im Gegenteil nur mit ihrer Überwindung lösen.

HABERMAS<sup>254</sup> weist ebenfalls ein statisches Verständnis kultureller Identität zurück, ohne damit allerdings das Konzept der Anerkennung als solches zu verwerfen. So betont er, dass „sich der Prozess der Verwirklichung gleicher subjektiver Rechte auch auf die Gewährleistung der gleichberechtigten Koexistenz verschiedener ethnischer Gruppen und ihrer kulturel-

<sup>249</sup>Vgl. auch die Kritik von Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 91, an Sandels Konzept des kulturell determinierten Einzelnen.

<sup>250</sup>Steven C. Rockefeller, Kommentar, in: Taylor, S. 96f.

<sup>251</sup>Ders., S. 95f.

<sup>252</sup>Packer, *Content*, S. 133.

<sup>253</sup>Susan Wolf, Kommentar, in: Taylor, S. 81.

<sup>254</sup>Habermas, *Anerkennungskämpfe*, S. 171ff.

len Lebensformen“ erstreckt.<sup>255</sup> Allerdings resultieren Verpflichtungen zur Anerkennung und u.U. positiven Förderung „nicht aus einer allgemeinen Wertschätzung der jeweiligen Kultur“, sondern aus Rechtsansprüchen.<sup>256</sup> Diese genügen in der Form individueller Garantien, denn „der Schutz von identitätsbildenden Lebensformen und Traditionen soll ja letztlich der Anerkennung ihrer Mitglieder dienen; er hat keineswegs den Sinn eines administrativen Artenschutzes“.<sup>257</sup> Solcher Schutz wäre schädlich, da Lebensformen nur vital bleiben, wenn sie selbst ihre Mitglieder von ihrer Qualität und Wünschbarkeit zu überzeugen vermögen.<sup>258</sup> Insofern kann der Rechtsstaat die Voraussetzungen für das Überleben von Kulturen nur ermöglichen, nicht aber garantieren. Kulturwandel ist essentiell, denn „Kulturen bleiben nur am Leben, wenn sie aus der Kritik und Sezession die Kraft zur Selbsttransformation ziehen“.<sup>259</sup>

### c) *Identität des Verfassungsstaates*

Die Kritik an der Politik der Anerkennung findet im weiteren ihren Ausdruck in der Furcht, der vorrangige Schutz kultureller Kollektive sei geeignet, die Identität des Verfassungsstaates moderner Prägung in Frage zu stellen. Folgende Argumente erscheinen besonders interessant:

Rockefeller befürchtet, „dass es aus einer separatistischen Mentalität, die die ethnische Identität über die universell menschliche Identität stellt, im Laufe der Zeit zu einer Aushöhlung fundamentaler Menschenrechte kommen kann“.<sup>260</sup> Diese Gefahr ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Taylor bleibt bezüglich der Grenzen der Anerkennung eigentümlich unbestimmt.<sup>261</sup> Zwar betont er, dass dem Vorrang des Schutzes der Gruppenidentität gegenüber individuellen Rechten Grenzen gesetzt sind und z.B. die physische Freiheit der Mitglieder nicht in Mitleidenschaft gezogen werden darf,<sup>262</sup> doch lässt sein Konzept weithin offen, wo die Grenze verlaufen soll. Konkrete Kriterien lassen sich aus dem Konzept nicht ableiten. Damit bleibt Taylors Politik der Anerkennung in einem, jedenfalls aus juristischer Sicht, zentralen Punkt die nötigen Antworten schuldig.

Verschiedene Autoren sehen in der Erstarrung als Folge der Anerkennung und des Schutzes festgefügtter kultureller Kollektive Gefahren für die Demokratie. Diese lebt vom Wandel und fordert deshalb „alle Kulturen dazu auf, von jenen intellektuellen und moralischen Werten abzulassen, die sich mit den Ideen von Freiheit, Gleichheit und beharrlicher kooperativ-experimenteller Suche nach Wahrheit und Wohlergehen nicht vertragen“.<sup>263</sup> Gefährlich für die Demokratie erscheint vor allem die Anerkennung von Gruppen mit stark fundamentalistischen Tendenzen, welche in den Worten Habermas’ „keinen Spielraum für eine Reflexion auf ihre Beziehung zu anderen Weltbildern“ und damit für „einen zivilisierten Streit der Über-

<sup>255</sup>Ders., S. 172.

<sup>256</sup>Ders., S. 172f.

<sup>257</sup>Ders., S. 173.

<sup>258</sup>Vgl. auch Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 92: „Since our judgements about the good are fallible (...), we have an interest, not only in pursuing our existing conception of the good, but also in being able to assess and potentially revise that conception. Our current ends are not always worthy of our continued allegiance, and exposure to other ways of life helps us make informed judgements about what is truly valuable.“

<sup>259</sup>Habermas, *Anerkennungskämpfe*, S. 175.

<sup>260</sup>Rockefeller, S. 98.

<sup>261</sup>Demgegenüber macht Kymlicka klar, wo für ihn die Grenzen der Toleranz liegen (siehe vorne S. 27).

<sup>262</sup>Siehe dazu das Zitat vorne bei Anm. 217.

<sup>263</sup>Rockefeller, S. 101.



zeugungen [lassen], in dem eine Partei ohne Preisgabe des eigenen Geltungsanspruchs die anderen Parteien als Mitstreiter um authentische Wahrheiten anerkennen kann“.<sup>264</sup>

Reese-Schäfer fügt dem den überzeugenden Gedanken hinzu, dass ungeachtet des Charakters der Gruppe Wandel sehr viel schwieriger wird, wenn

„zum Beispiel die Freiheit der öffentlichen Meinungsäußerung, des Zusammenschlusses, des Denkens und der Religionsausübung Korporationen statt Individuen zugebilligt würden“, weil dadurch die existierenden Kollektive besonders geschützt würden, gleichzeitig aber „die Gründung neuer Gruppen durch Individuen, die mit den vorherrschenden (...) verknöcherten und erstarrten Gemeinschaftsformen unzufrieden sind, erheblich erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht [würde]. Wer Veränderungen will, muss in solchen Fällen die Korporationsstrukturen aufbrechen. (...) Gruppenrechte würden Hierarchien aufbauen und verstärken, individuelle Rechte dagegen sind im Kern antipaternalistisch und bieten am ehesten die Chance, hierarchische Verteilungsstrukturen zu verhindern“.<sup>265</sup>

#### *d) Kohärenz des Nationalstaates*

Gegen einen Schutz kultureller Minderheiten, der den Erhalt der Gruppe zum Inhalt hat, wird schliesslich oft vorgebracht, er würde die nationale Kohärenz gefährden. Alexy z.B. betont, dass „[e]in Minderheitenkonzept, dessen Ziel in der Konservierung der ethnischen Eigenart besteht oder das auch nur die Ethnizität als Differenzierungsmerkmal für staatliches Handeln zulässt, (...) in einer offenen Gesellschaft anachronistisch“ erscheinen<sup>266</sup> und wegen der Verfestigung der ethnischen Abgrenzung desintegrierend wirken müsse. In den USA ist mit ähnlichen Argumenten das auf Assimilation ausgerichtete ‚melting pot‘-Konzept gegen multikulturalistische Differenzierungsansprüche verteidigt worden.<sup>267</sup> Diese Kritik vermag angesichts der Tatsache, dass auch die individuellen Freiheitsrechte erlauben, kulturell bestimmte Grenzen zu ziehen, in ihrer generellen Art nicht zu überzeugen. Zudem existieren, wie gerade die Schweiz zeigt, durchaus Beispiele für erfolgreiche Fälle der Anerkennung kultureller Gruppierungen, während etwa das sozialistische Jugoslawien nicht am Zuviel, sondern am Ungenügen der Rücksichtnahme auf kulturelle Unterschiede zerbrach. Ob eine Politik der Anerkennung desintegrierend wirkt oder im Gegenteil, wie ihre Verfechter hoffen, geeignet ist, divergierende Gruppen in den Staat zu integrieren, ist m.E. kein konzeptionelles Problem, sondern hängt von den jeweils konkret herrschenden Umständen ab.

#### 4. ERGEBNISSE

Die Politik der Anerkennung schärft den Blick für die grosse Bedeutung der kulturellen Identität und der rechtsgleichen, nichtdiskriminierenden Anerkennung dieser Identität für das Wohlbefinden der Individuen. Betont die Mehrheit ihre Identität als allein richtige, wird allen, die nicht dazugehören, Ausschluss signalisiert. Solche exklusive Identität ist ihrerseits parti-

<sup>264</sup>Habermas, *Anerkennungskämpfe*, S. 177.

<sup>265</sup>Reese-Schäfer, S. 451. Reese-Schäfer, S. 450f, weist auch darauf hin, dass in extremen Formen eine Politik der Anerkennung in letzter Konsequenz zu einem korporatistischen Staatswesen führen würde.

<sup>266</sup>Alexy, S. 305.

<sup>267</sup>Nathan Glazer, *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge/London 1997, S. 120f. und 158f.

kulär, weil sie die grundsätzliche Gleichberechtigung aller Menschen und ihrer je verschiedenen Lebensentwürfe verkennt. Gerade grundrechtliche Überlegungen sprechen für die Anerkennung der kulturellen Identitäten von Minderheiten und ihren Mitgliedern.

Der Schutz für Kollektive ist allerdings mit Gefahren nicht nur für dissidente oder schwache Mitglieder verbunden, sondern auch für die Wandlungsfähigkeit demokratischer Gesellschaften. Nötig ist deshalb ein dynamisches Verständnis der Politik der Anerkennung, wie es Habermas formuliert hat:

„In multikulturellen Gesellschaften bedeutet die gleichberechtigte Koexistenz der Lebensformen für jeden Bürger eine gesicherte Chance, ungekränkt in einer kulturellen Herkunftswelt aufzuwachsen und seine Kinder darin aufwachsen zu lassen, die Chance, sich mit dieser Kultur – wie mit jeder anderen – auseinanderzusetzen, sie konventionell fortzusetzen oder sie zu transformieren, auch die Chance, sich von ihren Imperativen gleichgültig abzuwenden oder selbstkritisch loszusagen, um fortan mit dem Stachel eines bewusst vollzogenen Traditionsbruchs oder gar mit gespaltener Identität zu leben.“<sup>268</sup>

In grundrechtsdogmatischer Hinsicht kann die grosse Bedeutung der kulturellen Identität für Individuen vor allem für die Güterabwägung bei multipolaren Konflikten fruchtbar gemacht werden: In solchen Fällen führt, wie bereits dargelegt, das Kriterium der Neutralität oft nicht zu einer Lösung. Hingegen vermag der Gedanke, dass marginalisierte Minderheitskulturen Anspruch auf Anerkennung haben, oft mithelfen, die Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen sachgerecht zu strukturieren.

## VI. DIE POLITIK DES MULTIKULTURALISMUS

### 1. RECHTSPRECHUNG

In einem weiteren Sinn lassen sich alle Konzepte, die sich mit dem Faktum kultureller Vielfalt in positiver Weise befassen, als Multikulturalismus bezeichnen. So verstanden verliert der Begriff allerdings jegliche Gestaltungskraft.<sup>269</sup> Hier soll Multikulturalismus in einem engeren Sinn als ausdrücklich deklarierte und juristisch abgestützte Regierungspolitik der aktiven Erhaltung und Förderung kultureller Vielfalt verstanden werden. Solche Politikkonzepte existieren in Kanada und Australien.

Im Bereich der Grundrechtspraxis finden sich ausdrückliche Verweise auf das Konzept des Multikulturalismus in *Kanada*. Grund dafür ist Section 27 der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten von 1982, wonach die Charta in einer Weise auszulegen ist, die mit der Bewahrung und Stärkung des multikulturellen Erbes der Kanadier vereinbar ist.<sup>270</sup> Multikulturalismus wird damit zum Auslegungsprinzip in Grundrechtsfällen.<sup>271</sup> In verschiedenen Urteilen bejahte der Supreme Court die Zulässigkeit der Bestrafung für Aufruf zum Hass gegen eine

<sup>268</sup>Habermas, Anerkennungskämpfe, S. 175.

<sup>269</sup>Siehe dazu Einleitung, vorne S. 10 ff.

<sup>270</sup>Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982, Section 27: „This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.“

<sup>271</sup>Siehe dazu Katherin Swinton, Multiculturalism and the Canadian Constitution, in: Canadian Institute for the Administration of Justice, Culture, Justice and Law, Montreal 1992, S. 80ff mit zahlreichen Hinweisen.

bestimmte Gruppe mit dem Argument, das verfassungsrechtliche Bekenntnis zum multikulturellen Erbe Kanadas liesse solche Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit als zulässig erscheinen. In *R v. Keegstra*<sup>272</sup> hob das Gericht die grosse Bedeutung des Respekts kultureller Identität für die individuelle Entwicklung der Menschen hervor, während es in *Canada v. Taylor*<sup>273</sup> den Akzent auf die Bedeutung von Toleranz und Offenheit für das Zusammenleben in der multikulturellen Gesellschaft legte. In *R v. Tran*<sup>274</sup> begründete das Gericht das Recht auf einen Übersetzer im Strafverfahren nicht nur mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensfairness, sondern auch auf den Anspruch der kanadischen Gesellschaft, multikulturell zu sein.

Während diese Fälle ohne Section 27 wohl kaum anders entschieden worden wären, hat die Bestimmung eine wichtige Rolle bei der Beurteilung von Ladenschlussvorschriften an religiösen Feiertagen gespielt.<sup>275</sup> In *R v. Big M Drug Mart*<sup>276</sup> erklärte der Supreme Court Ladenschlusszeiten für nicht christliche Ladenbesitzer am ‚Lords Day‘ u.a. mit dem Argument für unzulässig, solche Bestimmungen würden religiöse Minderheiten subtil und konstant daran erinnern, dass sie sich von der dominierenden religiösen Kultur unterscheiden, was mit dem multikulturellen Erbe Kanadas nicht vereinbar sei.<sup>277</sup>

## 2. ASPEKTE DES KONZEPTS

Der Begriff Multikulturalismus hat in diesen Entscheiden eine präzise und besondere Bedeutung.<sup>278</sup> In *Kanada* stellt er einen Gegenbegriff zur lange vertretenen Politik des Binationalismus und der Zweisprachigkeit dar, welche die englischsprachigen Protestanten und die französischsprachigen Katholiken aus Quebec als die beiden staatsbegründenden Nationen sah. Das Verständnis von Kanada als bikultureller und zweisprachiger Gesellschaft geriet in den sechziger Jahren ins Wanken, als Einwanderergruppen anderer ethnischer Herkunft und indi-

<sup>272</sup>*R v. Keegstra* (1990) 3 S.C.R. 697, 1 C.R. (4th) 129, 61 C.C.C. (3d) 1: Dickson, C.J., writing for the majority: „[Section] 27 and the commitment to a multicultural vision of our nation bears notice in emphasizing the acute importance of the objective of eradicating hate propaganda from society. (...) I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual’s connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development.“

<sup>273</sup>*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, (1990) 3 S.C.R. 892, 3 C.R.R. (2d) 116, 75 D.L.R. (4th) 577. In: Eugene Meehan et al., *The 1997 annotated Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Scarborough 1996, S. 706, wird die Hauptaussage so zusammengefasst: „In applying s[ection] 1 of the Charter, s[ection] 27 should be given full consideration in determining a reasonable limit. Hate propaganda undermines the harmonious relations among various racial, cultural and religious groups and erodes tolerance and open-mindedness. The multicultural values inherent in s[ection] 27 magnify the importance of the legislative objective in combatting hate propaganda and its consequences.“ Section 1 der Charta enthält eine allgemeine Schrankenbestimmung.

<sup>274</sup>*R v. Tran*, (1994) 2 S.C.R. 951, 32 C.R. (4th) 34.

<sup>275</sup>Vgl. dazu auch 3. Kapitel, S. 152f.

<sup>276</sup>*R v. Big M Drug Mart*, (1985) 1 S.C.R. 295.

<sup>277</sup>*R v. Big M Drug Mart*, (1985) 1 S.C.R. 295, at 337f. Der angefochtene Lord’s Day Act ist „a subtle and constant reminder to religious minorities within the country of their differences with, and alienation from, the dominant religious culture. (...) that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.“

<sup>278</sup>Die folgenden Ausführungen folgen Evelyn Kallen, *Ethnicity and Human Rights in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto/Oxford/New York 1995, S. 171ff.

gene Völker kritisierten, diese Politik bewirke einen hohen Anpassungsdruck.<sup>279</sup> 1971 kündete Premierminister Trudeau eine multikulturelle Politik für Kanada an, welche vier Elemente enthielt: (1) Unterstützung für Gruppen, welche ihre kulturelle Identität erhalten wollen (z.B. Finanzierung von Sprachunterricht in der Herkunftssprache, Unterstützung von Museen etc.); (2) Hilfe für alle Kanadier, welche kulturelle Barrieren überwinden wollen, um in der kanadischen Gesellschaft voll mitwirken zu können; (3) Förderung des interkulturellen Austausches zwischen Gruppen, um die nationale Einheit zu fördern; (4) Hilfe an Einwanderer, mindestens eine der beiden Amtssprachen zu lernen. Abgesehen vom ersten Ziel war diese Politik immer noch stark auf Assimilation ausgerichtet.

Bei der Erarbeitung der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten von 1982 war zuerst keine Erwähnung des Multikulturalismus vorgesehen. Unter dem Druck der Minderheiten wurde dann allerdings Section 27 eingefügt. 1988 erliess der Gesetzgeber den Canadian Multiculturalism Act,<sup>280</sup> der die Politik des ‚Kanadischen Mosaiks‘ gesetzlich verankerte: Das Gesetz umschreibt Multikulturalismus als Reflex der kulturellen und rassischen Vielfalt der kanadischen Gesellschaft bzw. als Anerkennung der Freiheit aller Kanadierinnen und Kanadier, ihr kulturelles Erbe gleichermassen und ohne Diskriminierung zu wahren, weiter zu entwickeln und mit anderen zu teilen (Art. 3). Das Gesetz definiert die Politik der kanadischen Behörden in diesem Bereich. Diese besteht u.a. in der Förderung nicht-offizieller Sprachen, der Unterstützung von Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichheit und der politischen Partizipation aller Kanadier ungeachtet ihrer kulturellen Herkunft. Der Canadian Multiculturalism Act schafft für kulturelle Minderheiten eine gesetzliche Grundlage für Ansprüche gegenüber der Regierung. Dieses Konzept hebt sich von der amerikanischen ‚melting pot‘-Ideologie ab, indem es die Idee ‚Eine Nation/viele Völker/viele Kulturen‘ betont und damit von der Vorstellung ausgeht, dass die Mitglieder kultureller Gruppen fähig und willens sind, ihre ethnisch-kulturellen Eigenheiten zu bewahren, sich gleichzeitig aber wie ein Mosaikstein in ein harmonisches Ganzes einzufügen und auf Vorurteile bzw. Diskriminierung gegenüber anderen Gruppen zu verzichten. Die Menschen sollen sich also als indianische, ukrainische oder italienische Kanadierinnen und Kanadier etc. verstehen, statt sich an die Mehrheitskultur zu assimilieren. Damit sollen gleichzeitig die individuellen Rechte jedes Menschen und die kollektiven kulturellen Rechte seiner Gruppe anerkannt werden. Multikulturalismus erweist sich damit als die an egalitären Vorstellungen orientierte Vision *einer* Nation mit *vielen* gleichberechtigten Kulturen.

<sup>279</sup>Siehe zu dieser Assimilationspolitik Kenneth Coates, Lord Durham revisited: the Cultural Struggle of Nations and Peoples Within the Canadian State, in: Canadian Institute for the Administration of Culture, Justice and Law, Montreal 1992, S. 11ff.

<sup>280</sup>Act for the Preservation and Enhancement of Multiculturalism in Canada, 21<sup>st</sup> July, 1988, auszugsweise abgedruckt bei Will Kymlicka, Finding Our Way – Rethinking Ethnocultural Relations in Canada, Toronto/Oxford/New York 1998, S. 184ff. Zur Kritik an den Auswirkungen dieser Gesetzgebung (Vorwurf, sie habe zu einer „Ghettoisierung“, ja einer faktischen Apartheid geführt) und ihrer Widerlegung mit den Ergebnissen empirischer Untersuchungen ders., S. 16ff.

In *Australien*<sup>281</sup> hat der Begriff ‚Multikulturalismus‘ eine andere Bedeutung, welche eng mit der Einwanderungspolitik verknüpft ist. Faktisch bis in die sechziger Jahre und formell bis 1973 herrschte die Politik eines ‚weissen Australien‘ (White Australia Policy), welche die Einwanderung auf Europäer beschränkte. Noch 1947 waren mehr als 90% der Bevölkerung britischen oder irischen Ursprungs. Ab 1950 kamen viele Italiener und Griechen hinzu; in den sechziger Jahren öffnete sich Australien für Menschen aus der Türkei und dem Libanon und Mitte der siebziger Jahre für Asiatinnen und Asiaten. Dies führte zu einer kulturell weniger homogenen Gesellschaft, in welcher der anglo-keltische Bevölkerungsanteil auf unter 50% fiel.<sup>282</sup> Diese Tatsache wird seit den siebziger Jahren offiziell anerkannt: Der Multikulturalismus der australischen Gesellschaft sollte nun den früheren ‚Monokulturalismus‘ ersetzen. 1989 verkündete der damalige Premierminister, Bob Hawke, eine nationale Agenda für ein multikulturelles Australien.<sup>283</sup> Die Agenda<sup>284</sup> definiert Multikulturalismus als eine Politik für den Umgang mit den Konsequenzen der unterschiedlichen Interessen in einer kulturell vielfältigen Gesellschaft. Diese Politik weist drei Dimensionen auf: Erstens haben alle Australierinnen und Australier ein Recht auf kulturelle Identität; sie dürfen – wenn auch innerhalb gewisser Grenzen – ihr kulturelles Erbe vor allem in den Bereichen Sprache und Religion zusammen mit anderen pflegen. Zweitens besteht für alle ungeachtet ihrer Rasse, ethnischen Herkunft, Sprache oder Religion Anspruch auf Gleichbehandlung und Schutz vor Diskriminierung. Schliesslich sollen im Interesse einer erfolgreichen Wirtschaft die Kenntnisse und Talente aller Australierinnen und Australier genutzt und sie alle ermutigt werden, ihren Beitrag an das Gemeinwesen zu leisten. Grundlage dieser Rechte ist das Prinzip, dass alle die grundlegenden Strukturen und Prinzipien der australischen Gesellschaft respektieren, wozu die Verfassung und die Vorherrschaft des Gesetzes, Toleranz und Gleichheit inklusive jene der Geschlechter, Meinungsäusserungs- und Religionsfreiheit für alle und der Gebrauch des Englischen als offizielle Sprache Australiens gehören. Das Recht, seine eigene kulturelle Identität zu leben, ist zudem untrennbar mit der Verpflichtung verbunden, das gleiche Recht aller anderen zu respektieren.

Die Politik des Multikulturalismus hat verschiedene institutionelle Komponenten:<sup>285</sup> Auf Bundesebene existiert ein ‚Office of Multicultural Affairs‘. Ethnische Selbsthilfeorganisationen und Radiosendungen in Minderheitensprachen erhalten Subventionen; ein Kanal des öffentlichen Fernsehens ist für Minderheitenprogramme reserviert. Schliesslich gibt es Unterstützung für ‚Samstagsschulen‘ in Minderheitensprache sowie für Privatschulen verschiedener ethni-

<sup>281</sup>Die Darstellung folgt Katharine Betts, *Immigration to Australia: a New Focus for the 1990s?* in: Friedrich Heckmann/Wolfgang Bosswick (eds.), *Migration Policies: a Comparative Perspective*, Stuttgart 1995, S. 59ff, vor allem S. 62ff. Siehe auch Sebastian Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford 1998, S. 383ff.

<sup>282</sup>Poulter, *Ethnicity*, S. 383

<sup>283</sup>Department of the Prime Minister and Cabinet, *Office of Multicultural Affairs, National Agenda for a Multicultural Australia*, Canberra 1989. Die folgende Zusammenfassung folgt Poulter, *Ethnicity*, S. 384.

<sup>284</sup>Zu späteren Bestätigungen dieser Politik siehe Kymlicka, *Finding Our Way*, S. 66, mit Hinweis auf Department of the Prime Minister, *Office of Multicultural Affairs, What is Multiculturalism*, Canberra, April 1995.

<sup>285</sup>Betts, S. 63.

scher Gruppen. Damit wird politisch signalisiert, dass ethnische Vielfalt ein Wert ist, den es zu fördern gilt.<sup>286</sup>

### 3. BEURTEILUNG UND ERGEBNIS

Die Idee des Mosaiks oder Patchworks als Bild der eigenen nationalen Identität eignet sich für klassische Einwanderungsländer. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die Nation durch Migranten und Migrantinnen begründet und getragen wird, also ihr gemeinsames Projekt ist. Multikulturalismus zielt hier darauf ab, Mitglieder aller Minderheiten in die gelebte Staatsbürgerschaft einzubeziehen, und basiert damit auf der Idee der Gleichheit in der Vielfalt. Dieser Politik ist allerdings vorgeworfen worden, sie spiegle Gleichheit bloss vor und verschleierte, dass Angehörige gewisser ethnischer Gruppen wegen ihres tiefen sozialen Status von realer Chancengleichheit weit entfernt sind.<sup>287</sup>

In klassischen Einwanderungsstaaten gibt diese Vision allen Einwanderungsgruppen, aber auch den autochthonen Völkern die Sicherheit, dass sie ihre je eigene Identität behalten, trotzdem aber gleichberechtigt am neuen Gemeinwesen teilhaben können, das es erst aufzubauen gilt. In Europa verlangt sie demgegenüber von der Bevölkerung, dass sie ihre eigenen Identitäten, welche am Bild einer auf bestimmten traditionellen Werten begründeten Nation anknüpfen, zumindest teilweise aufgibt. Trotzdem lassen sich aus dem kanadischen bzw. australischen Multikulturalismus-Konzept insbesondere drei Lehren für den europäischen Kontext ziehen:

- Die Rücksichtnahme auf die kulturelle Pluralität kann bei der Handhabung der Grundrechte ein legitimes Auslegungskriterium sein. Dafür braucht es keine ausdrückliche Ermächtigung wie in Section 27 der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten, sondern es kann auf traditionelle Grundrechtsdogmatik zurückgegriffen werden.<sup>288</sup>
- Kulturelle Pluralität muss den nationalen Zusammenhang nicht, wie oft befürchtet wird, notwendigerweise gefährden; wenn sie auf gleichberechtigte Teilhabe ausgerichtet ist, kann sie durchaus integrativ wirken.<sup>289</sup>

<sup>286</sup>Diese Auffassung wird allerdings von der Bevölkerungsmehrheit, inklusive der ersten Generation von Einwanderern, nicht unbedingt geteilt. Gemäss einer Untersuchung des Office of Multicultural Affairs aus dem Jahre 1988 lehnen 76% der Bevölkerung bzw. 64% der ersten Einwanderergeneration folgende Aussage ab: „Australia would be a better place if members of ethnic groups kept their own way of life“, und nur 3% der Gesamtbevölkerung bzw. 10% der ersten Einwanderergeneration gehören einer Organisation mit ethnischer Mitgliedschaft bzw. Ausrichtung an (Betts, S. 65f; vgl. auch Fazal Rizvi, *The New Right and the Politics of Multiculturalism in Australia*, in: University of London, Institute of Commonwealth Studies, *Multiculturalism and the State*, vol. 2, Collected Seminar Papers No 47, London 1994, S. 49ff, über den Rückgang der Multikulturalismus-Idee und die Rolle der politischen Rechte in diesem Prozess). Anders als in Kanada scheint der Multikulturalismus in Australien weniger von den Minderheiten selbst zu kommen als ein Anliegen einer kosmopolitisch ausgerichteten Elite zu sein (so Betts, S. 78f).

<sup>287</sup>Kallen, S. 175.

<sup>288</sup>Z.B. im Zusammenhang mit der Befreiung von Pflichten; siehe dazu hinten S. 98ff.

<sup>289</sup>Dies belegt mit Hinweis auf empirische Daten Will Kymlicka, *Finding Our Way*, S. 17ff, für Kanada: Seit der Einführung der Multikulturalismus-Politik hat die Zahl der Einbürgerungen zugenommen, ist der Anteil von Parlamentsmitgliedern mit anderen als angelsächsischer oder französischer Herkunft gewachsen, hat die Zahl

- Kulturelle Vielfalt lässt sich mit Toleranz allein nicht verwirklichen und erhalten; vielmehr braucht es zusätzlich zu einer kulturfrendlichen Grundrechtspraxis gesetzgeberische, finanzielle und institutionelle Förderungsmassnahmen.

## VII. WEITERES VORGEHEN

### 1. ZWISCHENBILANZ

Verfassungsgerichte müssen sich nicht zu philosophischen Positionen und staatstheoretischen Schulen bekennen, wenn auch klar ist, dass weltanschauliche Vorverständnisse richterliches Entscheiden immer beeinflussen und in Grenzfällen gar den Ausschlag geben. Wer z.B. der Politik des Schutzes der eigenen Identität folgt, wird eher zur Assimilierung neigen und sich gegenüber der Befreiung von Pflichten wie dem Helmtragen oder dem Schulunterricht an religiösen Feiertagen religiöser Minderheiten skeptischer zeigen als jemand, der sich zur Politik der Anerkennung hingezogen fühlt, und Anhänger der Politik der Neutralität werden gegenüber einer multikulturellen Schule sehr viel mehr Einwände haben als Verfechterinnen der Politik des Minderheitenschutzes.

Gerichtsurteile gewinnen an Rationalität und Überzeugungskraft, je umfassender sie solche für die Entscheidung relevanten Gesichtspunkte berücksichtigen und je stärker sie sich argumentativ mit ihnen auseinandersetzen. Aus juristischer Sicht ist es aber weder notwendig noch sachgerecht, sich auf eine der hier aufgezeigten Grundpositionen festzulegen, weil keine der dargestellten Politiken voll zu überzeugen vermag, gleichzeitig aber jede auf berechnete und wichtige Gesichtspunkte hinweist. Die wichtigsten Aspekte seien hier noch einmal knapp rekapituliert:

- *Bedeutung der Identität ethnisch-kultureller Gruppen:* Die Politik der Anerkennung und Diskussionen über den Minderheitenschutz schärfen den Blick für die grosse Bedeutung der kulturellen Identität und der rechtsgleichen, nicht-diskriminierenden Anerkennung dieser Identität für das Wohlbefinden der Individuen. Entsprechend anerkennt die Grundrechtspraxis nationaler Gerichte und internationaler Organe, dass u.U. die Interessen einer *lokalen* Mehrheit gegenüber jenen der lokalen Minderheit stärker zu gewichten sind, wenn diese lokale Mehrheit auf *nationaler Ebene in der Minderheit* ist und ihre Identität in Frage gestellt wird. Es zeigt sich dabei, dass im Migrationskontext die Anerkennung kollektiver Rechte – und als Voraussetzung die Konstituierung von Einwanderergruppen als juristische Körperschaften – nicht notwendig ist; es genügt, Grundrechte in einer Weise zu handhaben, welche auf die Besonderheiten von Gruppen und ihren Bedürfnissen Rücksicht nimmt, um ihre Angehörigen in ihrer kulturellen Identität zu schützen.
- *Förderung:* Kulturelle Vielfalt lässt sich mit Toleranz allein nicht verwirklichen und erhalten; vielmehr braucht es zusätzlich zu einer kulturfrendlichen Grundrechtspraxis gesetzgeberische, finanzielle und institutionelle Massnahmen der aktiven Förderung. Dies ergibt

interethnischer Heiraten zugenommen und haben Vorurteile gegen Menschen anderer ethnischer Gruppen messbar abgenommen. Kymlicka weist allerdings auch darauf hin, dass diese Politik dazu führen kann, dass Mitglieder der Mehrheitskultur sich verunsichert fühlen.

sich nicht nur aus den Politiken der Anerkennung und des Minderheitenschutzes. Sogar das Neutralitätsprinzip wird heute zunehmend positiv als Grundsatz verstanden, der allen Gruppierungen und Weltanschauungen gleichartige Berücksichtigung, ja Förderung zuteilt. Menschen ethnischer oder religiöser Minderheiten sind in der Regel gezwungen, sich in den unterschiedlichsten Lebensbereichen mit der Mehrheitskultur, von der sie umgeben sind, auseinanderzusetzen. Demgegenüber kann sich die Mehrheitsgesellschaft häufig auf eine Position ‚distanzierter Toleranz‘ zurückziehen, ohne sich wirklich mit ihren Minderheiten befassen zu müssen. Ohne Förderung besteht die Gefahr, dass die Toleranz der Mehrheit zu einem blossen Desinteresse gegenüber den Anliegen der Minderheit degeneriert.

- *Grenzen:* Für die Festlegung der Grenzen von Neutralität und Anerkennung bei interner Unterdrückung von Gruppen sind vor allem drei Kriterien hilfreich. Einzuzugreifen ist, wenn (1) unterdrückte Mitglieder die Gruppe nicht verlassen können, (2) wenn sie sich der Beschneidung ihrer Rechte nicht freiwillig unterziehen oder (3) wenn eine kulturelle Tradition grundlegende Werte der Verfassungsordnung in Frage stellt. Zu diesen Werten gehören im Migrationskontext namentlich ordre public-Vorstellungen einschliesslich zentraler Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes. Weil der Schutz für Kollektive mit gewissen Gefahren nicht nur für dissidente oder schwache Mitglieder, sondern auch für die Wandlungsfähigkeit demokratischer Gesellschaften verbunden ist, muss die Anerkennung ethnischer und kultureller Gruppierungen zudem in einem dynamischen Sinn verstanden werden, der nicht auf sozialen ‚Artenschutz‘ aus ist, sondern Minderheiten in jene Situation versetzt, die ihnen erlaubt, sich selbst zu wandeln. In diesem Sinn ist ihren Mitgliedern beizustehen, wenn diese sich von einer bestimmten Tradition bewusst lossagen wollen. Allerdings darf umgekehrt, wie Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte klarstellt, keine ethnisch-kulturell andersartige Gruppe zur Assimilation und damit zur Aufgabe ihrer Identität gezwungen werden.
- *Grundrechtsdogmatische Bedeutung:* In grundrechtsdogmatischer Hinsicht kann der Gedanke der Wichtigkeit der kulturellen Identität für Individuen vor allem für Fälle betreffend die Dispensation von Pflichten fruchtbar gemacht werden, indem der Anspruch marginalisierter Minderheitskulturen auf Anerkennung hoch gewichtet wird. Die Rücksichtnahme auf die kulturelle Pluralität darf bei der Handhabung der Grundrechte generell als legitimes Auslegungskriterium dienen. Umgekehrt lassen sich auch die Kriterien zu den Grenzen des Schutzes kultureller Identitäten dogmatisch umsetzen und fruchtbar machen.

## 2. AUSBLICK

### a) Fragestellung

Diese Ausführungen können nicht mit dem Hinweis enden, diese Resultate seien als Topoi des kulturellen Pluralismus bei der rechtlichen Beurteilung kulturbezogener Grundrechtsfälle gebührend zu berücksichtigen. Es bleibt nämlich die Feststellung, dass jede der analysierten Grundrechtspolitikern ihre deutlichen Stärken, aber auch ihre Schwächen und Grenzen hat. Offenkundig vermag keine dieser Politiken unter Ausschluss aller anderen die Grundrechtsprobleme der Einwanderungsgesellschaft sachgerecht zu lösen. Zwar muss zumindest für den



kontinentaleuropäischen Bereich die Politik des Multikulturalismus in den Hintergrund treten, und die Politiken des Schutzes der eigenen Identität bzw. des Minderheitenschutzes erweisen sich in vielen Aspekten als derart problematisch, dass sie höchstens punktuell zum Zuge kommen können. Die beiden ‚grossen‘ Politiken der Neutralität und der Anerkennung entfalten jedoch je für sich grosse Überzeugungskraft, so dass dort, wo sie zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, wie in einem Kaleidoskop eine kleine Verschiebung der Betrachtungsweise genügt, um das konkrete Problem in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. Die Vermutung drängt sich auf, dass die verschiedenen Politiken einander ergänzen und ihre spezifischen Stärken je für bestimmte Teilbereiche der Gesamtproblematik entfalten. Es fragt sich allerdings, wo die jeweilige Politik ihren Ort hat.

Dies legt es nahe, den Versuch einer Synthese zu wagen, die es erlauben wird, genau zu bestimmen, wo welcher Ansatz zu sachgerechten Lösungen führt.<sup>290</sup> Diese Synthese kann allerdings nicht abstrakt, sondern nur auf der Basis einer umfassenden Bestandsaufnahme der Grundrechtspraxis in Staaten mit Einwanderungsgesellschaften erfolgen, die in den nächsten Kapiteln erfolgen soll. Dabei verschiebt sich die Ebene der Analyse: Nicht grundrechtstheoretische Gesichtspunkte, sondern *positivrechtliche Aspekte* sollen in den folgenden Kapiteln im Vordergrund stehen.

### *b) Drei Sphären*

Die Darstellung des geltenden Rechts und der aktuellen Praxis bedarf eines Rasters für die Analyse. Dieser soll auf der Feststellung basieren, dass gemeinsamer Bezugspunkt aller dargestellten Grundrechtspolitik die klassische Dichotomie von Freiheit und Gleichheit ist: Die Politik der Neutralität sucht die formale Gleichbehandlung aller Menschen ungeachtet von Religion, Weltanschauung und kultureller Herkunft herzustellen, und die Politik des Schutzes der eigenen Identität strebt die Herstellung kultureller Homogenität im Sinn der Mehrheit an. Demgegenüber betonen die Politiken des Minderheitenschutzes, der Anerkennung und des Multikulturalismus die Bedeutung kultureller Autonomie und damit von Differenz, welche durch den Schutz grundrechtlich garantierter Freiheit aufrechterhalten wird.

Das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit lässt sich nicht generell bestimmen, sondern muss sachbereichsspezifisch untersucht werden. Dabei erweist sich im grundrechtsgeprägten Verfassungsstaat die Unterscheidung zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre als zentral für den sachgerechten Umgang mit der Forderung nach gleichem Recht und gleichen Pflichten für alle bei gleichzeitigem Respekt für die verschiedenen Kulturtraditionen von Migrantinnen und Migranten: Während erstere vom Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung beherrscht ist, soll die zweite Sphäre von Autonomie und Differenz geprägt sein. Allerdings ist unter Grundrechtsaspekten die Abgrenzung der beiden Sphären schwierig: Ist das Tragen religiös vorgeschriebener Kleidung in der Schule Privatsache oder wird damit in der öffentlichen Sphäre ein Zeichen gesetzt? Das Beispiel verweist auch auf die historische Bedingtheit der Grenzziehung zwischen Privatem und Öffentlichem.

<sup>290</sup>Hinten im Schlusskapitel, S. 196ff.

HANS-RUDOLF WICKER hat kürzlich angeregt, die Theorie der drei Sphären von HANNAH ARENDT<sup>291</sup> für die Diskussion von Migration und Multikulturalismus fruchtbar zu machen.<sup>292</sup> Ohne die inhaltlichen Aussagen der Theorie übernehmen zu wollen,<sup>293</sup> erscheint es hilfreich, als analytischen Raster folgende drei Sphären zu unterscheiden:

- In der *staatlichen Sphäre* treten die Menschen in öffentlicher Funktion, d.h. als Wahl- und Stimmberechtigte auf, oder sie sind als Private (z.B. als Soldaten im Dienst, Prozessbeteiligte oder Strafgefangene) direkt der staatlichen Gewalt ausgesetzt. Hier ist der Staat grundrechtlich zu weitgehender Gleichbehandlung verpflichtet, und er darf die Menschen nicht wegen religiöser, ethnischer und ähnlicher Merkmale diskriminieren. Allerdings wird sich zeigen, dass formale Gleichbehandlung hier im Ergebnis oft diskriminiert, weshalb der Staat Raum für kulturellen Eigenwillen Privater schaffen muss.
- In der *öffentlichen Sphäre* – d.h. jenem Ort, der nicht mehr rein privat, aber auch noch nicht staatlich ist, wo sich aber die meisten sozialen Aktivitäten abspielen – kämpfen die Menschen um Anerkennung, ökonomischen Gewinn und gesellschaftliche Macht. Nötig ist hier der Ausgleich zwischen konkurrierenden Interessen und damit zwischen Gleichheit und Differenz.
- Für die *private Sphäre* als Ort enger zwischenmenschlicher Beziehungen (Familie, Freundschaftsbeziehungen, das Innenverhältnis religiöser Gruppen etc.) ist der Schutz von Werten wie Vertrauen oder Zuneigung bedeutsam, der durch staatliche Anerkennung grosser Autonomie verwirklicht wird. Hier sind Menschen in der Intimität der kleinen Gruppe aufgehoben, was sich ohne Abgrenzung von Dritten nicht erreichen lässt. Die private Sphäre wird damit durch Differenz und Ausschluss charakterisiert. Sache des Staates ist es, diese Autonomie zu respektieren und nur einzugreifen, wenn die Grenzen des Akzeptablen überschritten werden. Wenn diese Grenzen der Toleranz, die nicht immer einfach zu eruieren sind, erreicht sind, muss den Opfern auf der Basis von Rechten geholfen werden, die für alle ungeachtet ihres kulturellen Hintergrundes gelten.

Die grundrechtsdogmatische Analyse ist im Folgenden entsprechend den drei Sphären organisiert: Das zweite Kapitel behandelt die Problematik der Rechtsgleichheit in der staatlichen Sphäre, im dritten Kapitel geht es um das Thema des Interessenausgleichs in der öffentlichen Sphäre, und das vierte Kapitel ist dem Schutz privater Autonomie und seiner Grenzen gewidmet.

<sup>291</sup>Hannah Arendt, *Vita Activa oder Vom tätigen Leben*, 7. Aufl., München/Zürich 1992, S. 27-70.

<sup>292</sup>Hans-Rudolf Wicker, *Multiculturalism and the Sphere Theories of Hannah Arendt and John Rex*, in: Ders. (Hrsg.) *Rethinking Nationalism and Ethnicity, The Struggle for Meaning and Order in Europe*, Oxford/New York 1997, S. 143ff.

<sup>293</sup>Nach Arendt gilt in der öffentlichen Sphäre (hier staatliche Sphäre genannt) das Gleichheitsprinzip, in der sozialen Sphäre (hier: öffentliche Sphäre) das Wettbewerbsprinzip, das Diskriminierungen zwischen Privaten nicht verbietet, und in der privaten Sphäre das Autonomieprinzip. Die heutige Rechtslage verbietet zumindest derart krasse Diskriminierungsformen wie die Rassendiskriminierung auch in der öffentlichen Sphäre.

Die drei Sphären sind nicht naturgegeben;<sup>294</sup> sie knüpfen aber an den liberalen Verfassungsordnungen der untersuchten Staaten an und reflektieren damit die interne Struktur der Rechtsordnungen dieser Länder. Die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte zeigt allerdings, dass die Dichotomie von Öffentlichem und Privatem langsam überwunden wird: Deutliche Hinweise für das Aufbrechen der festen Grenzziehung zwischen dem staatlich-öffentlichen Bereich und dem Privaten sind etwa das zunehmende Eindringen von Regeln des öffentlichen Rechts in traditionellerweise rein privatrechtliche Materien oder umgekehrt der Einzug privatrechtlicher Konzepte in den Bereich der öffentlichen Verwaltung unter der Flagge des ‚New Public Management‘. Für unser Thema bedeutsam ist etwa die punktuelle Anerkennung einer wenigstens mittelbaren Geltung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten.<sup>295</sup> Deshalb ist im Folgenden nicht von einer starren und klaren Trennung der Sphären auszugehen, sondern vom Bild fließender Übergänge auf einem Kontinuum zwischen den beiden Polen der fast totalen Abhängigkeit des Individuums vom Staat (z.B. die Situation des Strafgefangenen) und der weitestgehenden privaten Autonomie im kleinsten Kreis (z.B. die Liebesbeziehung eines Paares).

Damit wird auch deutlich, dass es bei der Unterscheidung zwischen den drei Sphären nicht um das liberale Modell der strikten Trennung von Staat und Gesellschaft, sondern um einen Raster geht, der an den unterschiedlichen Funktionen des Staates anknüpft. Wie die Beispiele zeigen werden, ist im Fall von Grundrechtskonflikten der Staat in allen drei Sphären insofern präsent, als es immer darum geht, Beschränkungen individueller Rechte zu beurteilen, die ihm zurechenbar sind. Die drei Sphären stellen somit verschiedene Kategorien der Beziehung zwischen Privaten und dem Staat dar: Die staatliche Sphäre ist von sog.en Subordinationsverhältnissen geprägt, in denen Private direkt unter staatlicher Hoheitsgewalt stehen. In der öffentlichen Sphäre tritt der Staat teils als Anbieter von Dienstleistungen (z.B. Schulen) auf, teils ist er hier Regulator der Beziehungen zwischen verschiedenen Kategorien von Privaten. In der privaten Sphäre steht schliesslich seine Rolle als Überwachungs- und Schutzorgan für Opfer privater Übergriffe im Vordergrund.

### *c) Hinweis: Grundrechtliche Konfliktstrukturen*

Menschen können sich ungeachtet ihrer Nationalität, ethnischen oder kulturellen Herkunft auf Grundrechte berufen.<sup>296</sup> Beschränkte Ausnahmen gelten nur für einzelne, im Rahmen dieser Arbeit nicht diskutierte Rechte, deren Inanspruchnahme die Staatsbürgerschaft voraussetzt.<sup>297</sup>

<sup>294</sup>Siehe dazu die grundlegende Kritik an der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht bei Pio Caroni, „Privatrecht“: Eine sozialhistorische Einführung, Basel 1988, S. 101ff.

<sup>295</sup>Zu den Schutzpflichten des Staates bei Übergriffen Privater siehe hinten, 4. Kapitel, S. 159ff.

<sup>296</sup>Zu den persönlichen Geltungsbereichen der Religionsfreiheit hinten S. 112ff, der Rechtsgleichheit bzw. des Diskriminierungsverbotes S. 84ff.

<sup>297</sup>In der Schweiz sind dies die politischen Rechte (Stimm- und Wahlrecht, Initiativ- und Referendumsrecht) sowie die Niederlassungsfreiheit (D. Chr. Dicke, Art. 45, Rz 12ff, in: Kommentar Bundesverfassung; Etienne Grisel, Art. 74, Rz 12ff. und 14, in: Kommentar Bundesverfassung). Seit BGE 116 Ia 237 und 119 Ia 35 können sich Ausländerinnen und Ausländer auch auf die Handels- und Gewerbebefreiheit berufen, wobei allerdings die spezifische Schranke des Fremdenpolizeirechts zu beachten ist. In Deutschland zählen zu den Deutschenrechten Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit), Art. 9 I GG (Vereinigungsfreiheit), Art. 11 GG (Freizügigkeit), Art. 12 I GG (Berufsfreiheit), 16 II GG (Auslieferungsfreiheit), Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht) und Art. 33-38 GG

Sonst ist vom allgemeinen Prinzip auszugehen, dass staatliche Behörden auch gegenüber Angehörigen fremder Kulturen grundsätzlich zur Respektierung ihrer Freiheit und damit zu weltanschaulicher Neutralität verpflichtet sind, dabei aber Grenzen dort vorliegen, wo gewichtige öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Dieses einfache Modell der weltanschaulichen Neutralität des Staates genügt in den folgenden Kapiteln als analytisches Instrument dort nicht, wo aus Grundrechten Leistungsansprüche oder das Recht auf Befreiung von Pflichten abgeleitet werden. Es vermag überdies nicht, das Spezifische der Diskriminierung von Minderheiten und ihren Angehörigen zu erfassen. Deshalb ist im Folgenden zwischen fünf Kategorien von Streitigkeiten über Grundrechtsfragen zu unterscheiden:

1. *Bipolare Konflikte über staatliche Freiheitsbeschränkungen:* Bei dieser Konstellation stehen sich Staat und Private direkt gegenüber. Zu diesen Konflikten gehören beispielsweise folgende Probleme: Darf eine religiöse Sekte oder eine bestimmte Kultushandlung verboten werden? Solche Situationen stellen klassische Grundrechtskonflikte über Eingriffe dar, die letztlich auf der Basis einer Interessenabwägung zu lösen sind. Probleme ergeben sich aber deshalb, weil Gerichte u.U. in die Lage kommen, zu entscheiden, was z.B. Inhalt eines religiösen Dogmas ist und wie gewichtig ein religiös motiviertes Anliegen eines Beschwerdeführers im Rahmen seiner eigenen Kultur zu bewerten ist.
2. *Multipolare Konflikte über staatliche Freiheitsbeschränkungen:* Sie zeichnen sich dadurch aus, dass mehrere private Personen und ihre je unterschiedlichen Interessen beteiligt sind. Grundrechtseingriffe (oder der Verzicht darauf) gegenüber den einen haben immer konkrete Auswirkungen auf die Rechte anderer: Hat z.B. der Staat einen Vater, der seine Tochter nicht in den Schwimmunterricht schicken will, auch dann gewähren zu lassen, wenn Tochter und Mutter das Gegenteil wollen? Darf oder muss das Tragen des islamischen Kopftuches in Schulen verboten werden, wenn zu befürchten ist, dass andere Schüler und Schülerinnen bzw. ihre Eltern dies als Provokation ansehen? Hier geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls wann der Staat verpflichtet ist, zum Schutz Einzelner in private Beziehungen einzugreifen und deshalb Ansprüche anderer Privater zurückzudrängen. Solche Fälle machen besonders komplexe Abwägungen zwischen den verschiedenen tangierten Interessen nötig.
3. *Konflikte über die Befreiung von staatlichen Pflichten:* Die wichtigsten Beispiele kommen heute aus dem Schulbereich und betreffen die Dispensierung von einzelnen Fächern oder die Befreiung vom Unterricht an religiösen Feiertagen. Zu dieser Kategorie gehört aber auch die Frage, ob der Staat einen gläubigen Sikh beim Motorradfahren ohne Helm gewähren lassen muss oder ob er ihn zum Tragen eines Helmes zwingen darf, wenn diese Pflicht gesetzlich für alle vorgeschrieben ist. In solchen Fällen versagt die traditionelle, auf Eingriffe ausgerichtete Grundrechtsdogmatik. Oft hilft bereits die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsgleichheit. In anderen Fällen bleibt nur der Rückgriff auf Überlegungen, welche den Schutz und die Anerkennung kultureller Identitäten zum Gegenstand haben.

4. *Konflikte über staatliche Leistungen*: Ein in der Schweiz aktuelles Beispiel betrifft die Frage, ob der Staat Muslimen einen Friedhof zur Verfügung zu stellen hat, auf dem Bestattungen nach islamischem Ritus vorgenommen werden können. Andere Fälle stammen aus Anstaltsverhältnissen, wenn z.B. Strafgefangene Ansprüche auf religiöse Betreuung durch Geistliche und Würdenträger ihrer Glaubensrichtung erheben. Es zeichnet sich in der gerichtlichen Praxis eine Tendenz ab, gerade zum Schutz von Minderheiten gewisse Leistungsansprüche aus Grundrechten anzuerkennen. Die Konturen und Implikationen eines solchen Ansatzes sind aber weithin klärungsbedürftig.
5. *Konflikte über Diskriminierung*: Während in allen bisher genannten Fällen die Person, die sich auf Grundrechte beruft, ihre eigene, von jener der Mehrheitskultur abweichende Lebensweise schützen will und damit ein Recht auf Differenz geltend macht, verhält es sich mit Diskriminierungsfällen genau umgekehrt: Hier werden Menschen anders behandelt und damit schlechter gestellt, weil sie besondere Merkmale wie eine bestimmte Rasse, ethnische Herkunft oder Religion besitzen. Zu klären ist, ob solche ethnisch-kulturell begründeten Herabsetzungen bloss Anwendungsfälle der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes sind oder ob sie Eigenheiten besitzen, die nach einer spezifischen grundrechtlichen Behandlung rufen. Diskriminierungen können direkt sein, indem Gesetzgebung und Praxis Menschen auf der Basis verpönter Merkmale ungleich behandeln; von indirekter Diskriminierung kann gesprochen werden, wenn sich eine neutral formulierte und für alle gleich geltende Regel so auswirkt, dass dadurch Angehörige einer Gruppe mit bestimmten rassistischen, ethnischen oder religiösen Merkmalen überproportional benachteiligt werden.
6. *Konflikte über den Umfang von Schutzpflichten*: Schliesslich existieren Probleme privater Übergriffe in grundrechtlich geschützten Sphären. Was ist zu tun, wenn Eltern ihre Töchter beschneiden lassen oder in arrangierte Ehen zwingen? Hier stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Grundrechte den Staat verpflichten, solchen Opfern privaten Zwangs Schutz zu gewähren.

Diese Kategorien können zwar in allen drei Sphären eine Rolle spielen, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass: Direkte Diskriminierung, die Frage grundrechtlicher Ansprüche auf staatliche Leistungen und bipolare Konflikte über Freiheitsbeschränkungen sind typische Probleme, welche in der staatlichen Sphäre auftauchen. Grundrechtsprobleme in der öffentlichen Sphäre gehören überwiegend zur Kategorie multipolarer Konflikte über Freiheitsbeschränkungen oder betreffen Fragen der Befreiung von staatlichen Pflichten. In der privaten Sphäre geht es teilweise um bipolare, und, soweit das Innenverhältnis privater Gruppierungen (z.B. Familien oder religiöse Minderheiten) betroffen ist, um multipolare Konflikte, bei den sich oft die Problematik grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates stellt.

## ZWEITES KAPITEL

### DIE STAATLICHE SPHÄRE: RECHTSGLEICHHEIT<sup>1</sup>

#### I. FRAGESTELLUNG

Wo Menschen sich direkt im Zugriffsbereich des Staates befinden, sind sie dessen Hoheitsgewalt zwar in hohem Mass ausgeliefert, sie haben aber immerhin Anspruch darauf, gleich wie alle anderen in vergleichbarer Lage behandelt zu werden. Dies gilt auch für Migrantinnen und Migranten. Für sie ist das Gleichbehandlungsgebot von besonderer Bedeutung, weil Ungleichbehandlung regelmässig Ausgrenzung und Marginalisierung bedeutet. Das Gebot der Rechtsgleichheit und das Verbot der Diskriminierung untersagen dem Staat, Menschen einfach deshalb unterschiedlich zu behandeln und damit zu benachteiligen, weil diese fremder Herkunft sind oder einer anderen Kultur oder Religion angehören. Sie verbieten damit der Mehrheit, das Verhältnis zur Minderheit zu kulturalisieren, d.h. deren Angehörige wegen ihrer Herkunft bzw. wegen kultureller u.ä. Merkmale durch Ungleichbehandlung zu benachteiligen.

Wie lässt sich der politische Kampfbegriff der ‚Ausländerdiskriminierung‘ rechtlich fassen? Diese Frage bleibt zumindest in der Schweiz und in Deutschland<sup>2</sup> weithin ungeklärt. Immerhin ist unbestritten, dass Verfassungsrecht und einschlägige Menschenrechtsgarantien des Völkerrechts zumindest drei Dimensionen unterscheiden:

- Das *Rechtsgleichheitsgebot* verlangt, dass Gleiches im Ausmass seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es erlaubt Ungleichbehandlungen, wenn sie mit ernsthaften, sachlichen Gründen gerechtfertigt werden können, d.h. wenn die Situationen, in welchen sich zwei Personen oder Gruppen befinden, in wichtigen Aspekten derart unterschiedlich sind, dass sich eine unterschiedliche Behandlung aufdrängt.

<sup>1</sup>Die folgenden Ausführungen basieren auf einer Studie, die ich zusammen mit Martina Caroni im Auftrag der Eidgenössische Kommission gegen Rassismus verfasst habe (Walter Kälin/Martina Caroni, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug – Eine Studie zur Frage der Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern im schweizerischen Recht, Bern 1998; eine gekürzte Version ist bereits unter dem Titel „Ausländerdiskriminierung“ in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 561ff, abgedruckt worden). Ich danke der Kommission für die Erlaubnis, die Studie diesem Kapitel zugrunde legen zu dürfen.

<sup>2</sup>Die Problematik der Ungleichbehandlung und Diskriminierung ist für den Einwanderungskontext in der Schweiz noch kaum behandelt worden. Eine Ausnahme stellen die Arbeiten von Andreas Auer dar: La prohibition de la discrimination des requérants d’asile et des réfugiés, in: Walter Kälin (Hrsg.), Droit des réfugiés, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit 1990, Fribourg 1991, S. 269ff, sowie Constitution et politique d’immigration; la quadrature des trois cercles, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 1230ff. Für Deutschland siehe vor allem Michael Wollenschläger, Rechtsfragen eines Konzeptes gegen Ausländerdiskriminierung, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1994, S. 10ff, und Helmut Rittstiege/Gerard C. Rowe, Einwanderung als gesellschaftliche Herausforderung, Baden-Baden 1992.

- Das *Diskriminierungsverbot* untersagt dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden, eine Person wegen eines Merkmals, das als Unterscheidungskriterium *verpönt* ist (z.B. Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht oder Religion), im Vergleich zu einer anderen Person, welche sich in einer vergleichbaren Situation befindet, jedoch dieses Merkmal nicht aufweist, zu benachteiligen. Während das Rechtsgleichheits*gebot* den positiven Aspekt des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausdrückt („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“<sup>3</sup>), stellt das *Diskriminierungsverbot* gewissermassen die *negative* Seite der Gleichbehandlung dar: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, (...)“, heisst es dazu nun in Art. 8 Abs. 2 der neuen schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999.<sup>4</sup> Allerdings stellt sich die Frage, ob das *Diskriminierungsverbot* bloss die Kehrseite der Rechtsgleichheit ist oder ob es verstärkt Schutz gewährt.
- Neben diesen klassischen Problembereichen stellen sich Gleichbehandlungsfragen im direkten Zugriffsbereich des Staates vor allem im Zusammenhang mit der Religionsausübung. Wenn der Staat in der Armee, im Strafvollzug oder im Bestattungswesen auf Bedürfnisse religiöser Minderheiten keine Rücksicht nimmt, können sich die Betroffenen mitunter zu Recht benachteiligt fühlen.

Ungleichbehandlung und Diskriminierung kann durch Gesetze oder staatliche Einrichtungen erfolgen oder sich im gesellschaftlichen Raum zwischen Privaten ereignen.<sup>5</sup> Im Rahmen dieses Buches interessiert im Folgenden nur die staatliche Seite. Die Problematik gesellschaftlicher Diskriminierung ist juristisch ausserordentlich komplex und bedürfte einer eigenen Untersuchung. Dabei ist, zumindest nach kontinentaleuropäischem Verständnis, das Verfassungsrechts nur am Rand betroffen, da – abgesehen vom Grundsatz des gleichen Lohnes für Mann und Frau<sup>6</sup> – diesen Rechten kaum direkte Geltung im Verhältnis zwischen Privaten (sog. Drittwirkung) zugeschrieben wird.<sup>7</sup>

Die folgenden Ausführungen befassen sich zuerst kurz mit dem Gebot der Rechtsgleichheit, wie es der Schweiz in Art. 8 nBV (früher Art. 4 aBV) und in Deutschland in Art. 3 GG verankert ist (1). Es folgt eine vertiefte Diskussion des Verbots der Diskriminierung wegen rassistischer, religiöser und ethnischer Merkmale, wie es in den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten und darüber hinaus explizit in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen verankert ist (2); ebenfalls behandelt wird die akzessorische Diskriminierung (3). Das Kapitel schliesst mit einer Darstellung ausgewählter Probleme aus dem Bereich der Religionsaus-

<sup>3</sup>Art. 8 Abs. 1 nBV.

<sup>4</sup>Art. 8 Abs. 2 nBV.

<sup>5</sup>Rittstieg/Rowe, S. 60.

<sup>6</sup>Art. 4 Abs. 2 aBV bzw. Art. Art. 8 Abs. 3 nBV; Art. 119 EG-Vertrag.

<sup>7</sup>Anwendbar sind in den Beziehungen zwischen Privaten primär Strafrecht (z.B. strafrechtliches Rassismusbots) und Privatrecht (z.B. Arbeitsrecht), auch wenn bei der Auslegung der fraglichen Bestimmungen auf die Grundrechte Rücksicht zu nehmen ist. Im schweizerischen Arbeitsrecht beispielsweise sind die Arbeitnehmenden vor missbräuchlicher Kündigung wegen persönlicher Merkmale wie Religion, Geschlecht oder Rasse geschützt (Art. 336 Abs. 1 lit. a und b Obligationenrecht, SR 200; siehe dazu beispielsweise den Fall einer missbräuchlichen Kündigung von schwarzen Angestellten, Bundesgerichtsentscheid vom 11. November 1993, in: Schweizerisches Jahrbuch für Arbeitsrecht (JAR) 1994, S. 198ff). Zur grundrechtskonformen Auslegung des Privatrechts siehe z.B. Jörg Paul Müller, Elemente, Rz 64.

übung im besonders staatsnahen Bereich (4). Dabei kann es hier wie auch in den folgenden Kapiteln nicht darum gehen, die relevanten Grundrechte umfassend zu kommentieren; vielmehr konzentriert sich die Darstellung auf jene für unser Thema relevanten Problembereiche, die in der Praxis akut geworden sind.

## II. UNGLEICHBEHANDLUNG WEGEN FREMDER STAATSANGEHÖRIGKEIT

### 1. UNGLEICHBEHANDLUNG ZWISCHEN EIGENEN UND FREMDEN STAATSANGEHÖRIGEN

#### a) Sachlicher Grund als Rechtfertigungskriterium

Dürfen Staaten eigene und fremde Staatsangehörige unterschiedlich behandeln? Unter welchen Voraussetzungen stellt eine solche Ungleichbehandlung eine Verfassungsverletzung dar? Diese Frage ist in den vergangenen Jahren besonders intensiv vom *schweizerischen Bundesgericht* behandelt worden. Dabei ging es vom seit 1888<sup>8</sup> anerkannten Grundsatz aus, dass die Garantie der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV<sup>9</sup> auch Ausländerinnen und Ausländer schützt, unabhängig davon ob sie in der Schweiz wohnen oder nicht.

Besonders illustrativ ist BGE 114 Ia 1, in dem das Bundesgericht die Verfassungskonformität einer kantonalen Regelung über die Ausrichtung von Kinderzulagen zu prüfen hatte. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau hatte in der Verordnung zum Gesetz über die Kinder- und Ausbildungszulagen bestimmt, dass im Unterschied zu allen anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern „Asylbewerber keinen Anspruch auf Kinderzulagen für ihre Kinder mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Ausland“ haben. Das Bundesgericht anerkannte, dass in einer Kinderzulagenordnung nicht jede Unterscheidung nach dem fremdenpolizeilichen Status der Arbeitnehmer verboten sei, kam aber zum Schluss, es sei „kein vernünftiger und einigermaßen gewichtiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich, einzig gerade während der Dauer des Asylverfahrens den bei einem unterstellten Arbeitgeber im Kanton beschäftigten Arbeitnehmern keinen Zulagenanspruch für im Ausland wohnende Kinder zu gewähren“, wenn alle anderen Arbeitnehmer ungeachtet ihres Wohnsitzes Anspruch auf Kinderzulagen haben.<sup>10</sup> Demgegenüber stellte das Bundesgericht in BGE 117 Ia 97 fest, eine kantonale Bestimmung, wonach für Kinder mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Ausland generell keine Ausbildungszulagen ausgerichtet werden, sei verfassungsmässig, weil sachliche und vernünftige

<sup>8</sup>BGE 14, 489ff, S. 493.

<sup>9</sup>Art. 4 Abs. 1 der alten Bundesverfassung lautete: „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen.“ Die neue BV bestimmt in Art. 8 Abs. 1: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“ Abs. 2 derselben Bestimmung lautet: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

<sup>10</sup>BGE 114 Ia 1 E. 8a, S. 4. Das Gericht führte weiter aus: „Dass insofern die Verhältnisse gerade und einzig während der Dauer eines Asylverfahrens verschieden von denen aller anderen Arbeitnehmer wären, ist zunächst nicht zu erkennen. Mit der Gefahr eines missbräuchlichen Bezugs von Kinderzulagen, dem vorzubeugen wäre, hat der Status des Asylbewerbers kaum etwas zu tun. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb ein Arbeitnehmer während der Dauer des Asylverfahrens durch den Unterhalt und die Ausbildung im Ausland zurückgebliebener Kinder nicht ebenso belastet sein sollte wie beispielsweise ein Flüchtling, dem Asyl gewährt wurde, oder ein aus demselben Land stammender Saisonier oder Jahresaufenthalter“ (a.a.O., S. 5).



Gründe für eine Ungleichbehandlung bestünden. Solche Gründe seien darin zu sehen, „dass mit der Beschränkung ungerechtfertigte Kumulationen vermieden werden sollen, wenn für dasselbe Kind bereits Zulagen im ausländischen Wohnsitzstaat ausgerichtet werden“, oder „dass der Gesetzgeber das inländische öffentlich-rechtliche Ausgleichssystem in der Phase der Berufs- und Hochschulausbildung auf die (...) gezielt auf die inländische Wirtschaft ausgerichtete Ausbildung begrenzen will“.<sup>11</sup> Schliesslich war in BGE 123 I 19 im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Aufenthaltern vom Anwaltsberuf zu klären, ob die Erteilung der Niederlassungsbewilligung an Aufenthalter aufgrund eines bilateralen Staatsvertrages oder einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung bereits nach fünf Jahren eine Bevorzugung gegenüber den übrigen Aufenthaltern darstelle. Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Stellung von Ausländerinnen und Ausländern, welche in der Schweiz niedergelassen sind, sei rechtlich deutlich von derjenigen von Jahresaufhaltern zu unterscheiden; eine differenzierte Behandlung dieser zwei Gruppen beim Zugang zum Anwaltsberuf stelle deshalb keine Ungleichbehandlung dar. Zulässig sei es auch, gewissen Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern bereits nach fünf Jahren Aufenthalt die Niederlassungsbewilligung zu gewähren, wenn dies auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrages geschehe.<sup>12</sup>

Wie diese Fälle zeigen, untersucht das Bundesgericht bei Beschwerden wegen Verletzung der Rechtsgleichheit, ob eine gesetzliche Regelung bzw. eine Auslegung einer an sich verfassungskonformen Rechtsnorm „rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnisse nicht ersichtlich ist“.<sup>13</sup> Verlangt ist eine gleichartige Behandlung nur bei Verhältnissen, die im wesentlichen gleich sind. Ungleiche Situationen sind ihren sachlichen Unterschieden entsprechend verschieden zu regeln. Das Rechtsgleichheitsgebot bildet somit auch eine „Garantie zur Differenzierung, die auf sachlich begründete Unterschiede abstellt“,<sup>14</sup> und verlangt, dass in allen Rechtsbereichen Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird.<sup>15</sup> Im Bereich der Rechtssetzung ist die Rechtsgleichheit verletzt, wenn eine Norm zwischen mehreren zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen Unterscheidungen trifft, die sich nicht auf *ernsthafte sachliche Gründe* stützen lassen, oder wenn die Norm tatsächliche Verhältnisse gleich behandelt, welche voneinander wesentlich abweichen und deshalb einer unterschiedlichen Behandlung bedürfen.<sup>16</sup> Bei der Rechtsanwendung liegt eine Ungleichbehandlung vor, wenn die *gleiche* Behörde gleiche Sachverhalte ohne Vor-

<sup>11</sup>BGE 117 Ia 97 E. 3d, S. 104. – Das Kriterium des ernsthaften sachlichen Grundes wandte das Bundesgericht auch in BGE 114 Ia 8 an, in dem es entschied, dass kein vernünftiger Grund vorliege, im Kanton Wallis niedergelassene Ausländer einer höheren Jahresgebühren für das Jagdpatent zu unterwerfen als im Kanton niedergelassene schweizerische Staatsangehörige.

<sup>12</sup>BGE 123 I 19 E. 3c, S. 23. Zur Zulassung von Personen ausländischer Nationalität zum Anwaltsberuf siehe hinten S. 97.

<sup>13</sup>BGE 119 Ia 123 E. 2b, S. 128, und viele andere.

<sup>14</sup>Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 214. Siehe nun dazu auch ders., Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 397ff.

<sup>15</sup>BGE 110 Ia 7 E. 2a, S. 14; Arthur Haefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich – Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, S. 58; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 397f; Georg Müller, Rz 3 und 30ff.

<sup>16</sup>Statt vieler BGE 114 Ia 221 E. 2b, S. 223f; G. Müller, Rz 30.

liegen eines ernsthaften sachlichen Grundes unterschiedlich bzw. ungleiche Sachverhalte unbegründet gleich behandelt.<sup>17</sup>

In Deutschland führt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG<sup>18</sup> aus, diese Bestimmung gebiete, „alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt aber das Grundrecht, wenn er eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Entsprechendes gilt für eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen.“<sup>19</sup> Art. 3 Abs. 1 GG wird demnach verletzt, wenn „sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für eine gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“.<sup>20</sup> Diese Prinzipien gelten auch bei Fällen der Ungleichbehandlung wegen fremder Staatsangehörigkeit. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa eine Regelung, nach der im Gegensatz zu im Ausland lebenden deutschen Staatsangehörigen Ausländerinnen und Ausländern mit Wohnsitz im Ausland die ihnen grundsätzlich zustehende Rente nicht ausbezahlt wurde und die den Berechtigten auch keinen Anspruch auf eine angemessene Erstattung der geleisteten Beiträge einräumte, als mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erachtet.<sup>21</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hatte bereits früher entschieden, Art. 3 GG verbiete dem Gesetzgeber nicht, „zwischen Ausländern und Inländern sachliche Unterschiede zu machen“,<sup>22</sup> weshalb eine unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern bei der Festsetzung der Schankerlaubnissteuer zulässig sei.<sup>23</sup>

#### *b) Staatsangehörigkeit als erlaubter Anknüpfungsgrund?*

Stellt die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nicht verbotene Ausländerdiskriminierung dar? Das Merkmal der *Staatsangehörigkeit* fehlt in allen verfassungs- und völkerrechtlichen Aufzählungen verpönder Diskriminierungsmerkmale.<sup>24</sup> Das deutsche Bundesverfassungsgericht schloss daraus, dass Unterscheidungen, die am Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpfen, im Licht des Diskriminierungsverbotes unbedenklich sind.<sup>25</sup> Herrschende Lehre und Praxis anerkennen ganz allgemein, dass Unterscheidungen aufgrund dieses Kriteriums nicht per se diskriminierend sind, sondern *sachliche Gründe* eine unterschiedliche Behandlung eigener und fremder Staatsangehöriger erlauben.<sup>26</sup>

<sup>17</sup>Statt vieler BGE 121 I 49 E. 3c, S. 51; G. Müller, Rz 39, S. 71.

<sup>18</sup>Art. 3 Abs. 1 GG lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“

<sup>19</sup>BVerfGE 95, 143, S. 154f; BVerfGE 96, 315, S. 325.

<sup>20</sup>BVerfGE 89, 132, S. 141.

<sup>21</sup>BVerfGE 51, 1.

<sup>22</sup>BVerwGE 22, 66, S. 70.

<sup>23</sup>BVerwGE 22, 66.

<sup>24</sup>Es könnte höchstens unter den Begriff „sonstiger Status“ im Sinne von Art. 14 EMRK oder Art. 2 Abs. 2 Pakt I, Art. 2 Abs. 1 Pakt II bzw. Art. 26 Pakt II fallen.

<sup>25</sup>BVerfGE 51, 1, S. 30; siehe ebenso BVerfGE 90, 27, S. 37.

<sup>26</sup>Siehe Diana Elles, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, United Nations, New York 1980, S. 15.

Diese Beurteilung entspricht den völkerrechtlichen Ansprüchen aus Menschenrechtsverträgen. Im Fall Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich führte die Europäische Kommission für Menschenrechte aus, es sei naheliegend, dass die Einwanderungspolitik der meisten Staaten Unterscheidungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und damit häufig indirekt auch auf der Basis von Rasse, ethnischer Herkunft und allenfalls der Hautfarbe treffe. Dass die Staaten ihren eigenen Bürgern oder Staatsangehörigen von Ländern, mit denen sie die engsten Beziehungen pflegen, eine bevorzugte Behandlung einräumten und damit andere Ausländer ausschliessen würden, stelle für sich keine EMRK-widrige rassische Diskriminierung dar. Verboten sei hingegen eine rein rassistisch motivierte Zulassungspolitik, welche beispielsweise die Einreise von Personen einer bestimmten Hautfarbe verbieten würde.<sup>27</sup> Im Fall Verde meinte die Kommission sogar, dass die Stellung als Fremder in sich selbst ein objektiver und vernünftiger Rechtfertigungsgrund für eine gegenüber den eigenen Staatsangehörigen schlechtere Behandlung im Ausländerrecht sei.<sup>28</sup> Die Kommission hielt ferner die im Rahmen der EU vorgesehene Bevorzugung von Staatsangehörigen der anderen EU-Mitgliedsstaaten wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer speziellen Rechtsgemeinschaft für sachlich und objektiv gerechtfertigt.<sup>29</sup>

Im gleichen Sinn sieht die *Rassendiskriminierungskonvention*<sup>30</sup> in Art. 1 Abs. 2 vor, dass „Unterscheidungen, Ausschliessungen, Beschränkungen oder Bevorzugungen, die ein Vertragsstaat zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen vornimmt“, nicht unter das Verbot der Rassendiskriminierung fallen, zumindest solange die Grenzziehung nicht aufgrund eines verpönten Merkmals erfolgt.<sup>31</sup> Deshalb sind beispielsweise Privilegierungen der Angehörigen von Ländern, mit denen Vertragsstaaten der Konvention bilaterale Vereinbarungen getroffen haben, mit dem Verbot der Rassendiskriminierung vereinbar.<sup>32</sup> Der Rassendiskriminierungsausschuss und die Vertragsstaaten haben immer die Meinung vertreten, dass die Konvention die Privilegierung bestimmter Staatsangehöriger auf der Basis reziproker Verträge nicht verbiete.<sup>33</sup> Weder Wortlaut noch Geist der Konvention verbieten somit Unterscheidungen, die nicht an der Rasse anknüpfen.

Dass die Staatsangehörigkeit als solche kein verpöntes Diskriminierungskriterium darstellt, bedeutet nicht, dass jede darauf abgestützte Unterscheidung ohne weiteres rechtmässig ist. Vielmehr ist in diesen Fällen nach den allgemeinen Grundsätzen der *Rechtsgleichheit* zu untersuchen, ob eine rechtsungleiche Behandlung vorliegt. Mit anderen Worten: Die Staatsbürgerschaft ist für sich allein noch kein genügender sachlicher Grund, um Menschen unter-

<sup>27</sup>Kommissionsbericht, Serie A, Nr. 94, S. 54f, Ziff. 113.

<sup>28</sup>Beschwerde Nr. 26711/95, Verde gegen Frankreich, Zulässigkeitsentscheidung vom 28. Februar 1996, unpubliziert.

<sup>29</sup>Moustaquim gegen Belgien, Serie A, Nr. 193, Ziff. 49; siehe auch C. gegen Belgien, Reports 1996-III, S. 915ff, Ziff. 38.

<sup>30</sup>Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104.

<sup>31</sup>Drew Mahalic/Joan Gambia Mahalic, The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in: Human Rights Quarterly (HRQ) 1987, S. 77.

<sup>32</sup>Auer, Immigration, S. 1234; siehe auch die Botschaft des Bundesrates über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, BBl 1992 III S. 295, sowie kürzlich auch das Bundesgericht in BGE 123 I 19 E. 4, S. 23f.

<sup>33</sup>Mahalic/Mahalic, S. 78.

schiedlich behandeln zu können; sie darf aber als Anknüpfungspunkt für Unterscheidungen benutzt werden, wenn sachliche Gründe dies zu rechtfertigen vermögen.

## 2. UNGLEICHBEHANDLUNG ZWISCHEN FREMDEN STAATSANGEHÖRIGEN

In *Österreich* hat sich der Verfassungsgerichtshof intensiv mit der Frage der verfassungsrechtlich garantierten „Gleichbehandlung von Fremden untereinander“ befasst. Gemäss dieser Praxis enthält das Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Rassendiskriminierungsübereinkommens<sup>34</sup>

„das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen. Diese Verfassungsnorm enthält ein – auch das Sachlichkeitsgebot einschliessendes – Gebot der Gleichbehandlung von Fremden; deren Ungleichbehandlung ist also nur dann und insoweit zulässig, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismässig ist“.<sup>35</sup>

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Verfassungsgerichtshof beispielsweise die Beschlagnahme eines Reisepasses ohne gesetzliche Grundlage<sup>36</sup> oder die Verweigerung einer Arbeitsbewilligung im Gefolge schwerer Verfahrensfehler<sup>37</sup> als verfassungswidrig bezeichnet. Demgegenüber hielt er ein Quotensystem für die Steuerung der Einwanderung<sup>38</sup> ebenso für verfassungskonform wie die Privilegierung von EWR-Bürgern.<sup>39</sup> Diese Praxis stellt sicher, dass der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, der in Österreich nur eigene Staatsangehörige schützt,<sup>40</sup> auch für Ausländerinnen und Ausländer Anwendung finden kann. Darin kommt ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck: Nicht nur Unterschiede, welche zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen gemacht werden, sondern auch solche zwischen verschiedenen Ausländerinnen und Ausländern müssen den allgemeinen Anforderungen an das Rechtsgleichheitsgebot entsprechen, d.h. Differenzierungen müssen auf einem sachlichen Grund beruhen.

<sup>34</sup>Bundesgesetzblatt 390/1973.

<sup>35</sup>Verfassungsgerichtshof, VfSlg 14864/1997, und die ständige Rechtsprechung (z.B. VfSlg. 14393/1995, 14447/1996).

<sup>36</sup>A.g.l.O.

<sup>37</sup>Verfassungsgerichtshof, VfSlg 14650/1995; VfSlg 14680/1996 (Unterlassung geeigneter Beweiserhebung); VfSlg 14823 (Unterlassung jeglicher Ermittlungstätigkeit) und VfSlg 14902 (Versagung der Aufenthaltbewilligung wegen Scheinehe bei willkürlicher Nichtberücksichtigung der gerichtlichen Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Ehe).

<sup>38</sup>Verfassungsgerichtshof, VfSlg 14191/1995.

<sup>39</sup>Verfassungsgerichtshof, VfSlg 13836/1994.

<sup>40</sup>So z.B. Verfassungsgerichtshof, VfSlg 14863; VfSlg 10413/1985; VfSlg 11436/1987.

### III. DISKRIMINIERUNG WEGEN DER ETHNISCHEN HERKUNFT ODER RELIGION

#### 1. PRAXIS

Strenger als das Gleichbehandlungsgebot ist das Verbot rassistischer bzw. ethnischer und religiöser Diskriminierung durch den Staat. Urteile zur Rassendiskriminierung sind vor allem in den USA zahlreich. Sie lassen sich aber kaum auf den Migrationskontext übertragen, weil die Praxis stark vom Bewusstsein geprägt ist, dass der schwarzen Bevölkerung mit der Sklaverei und der nachfolgenden Rassentrennung schweres Unrecht zugefügt worden ist, das heute wiedergutmacht werden soll.<sup>41</sup> In anderen angelsächsischen Ländern existieren viele Urteile zu Aspekten nationaler Anti-Diskriminierungsgesetzgebung, die das hier nicht behandelte Verhältnis zwischen Privaten betreffen. Im deutschsprachigen Raum ist – abgesehen von der strafrechtlichen Verfolgung rassistischer Äußerungen – rassistische, religiöse oder ethnische Diskriminierung von höchsten Gerichten offenbar noch nicht oder nur ansatzweise thematisiert worden. Hier entsteht der Eindruck, dass solche Diskriminierung verfassungsrechtlich kaum ein Thema ist.

Grund dafür ist nicht nur der Umstand, dass viele Länder Diskriminierungsprobleme auf Gesetzesstufe angehen, sondern vor allem auch die Tatsache, dass Diskriminierung oft im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit und anderen spezifischen Grundrechten erfolgt und in solchen Fällen keine selbständige Bedeutung erlangt.<sup>42</sup> Möglich ist aber auch, dass in vielen Einwanderungsstaaten das Bewusstsein für verfassungsrechtliche Aspekte der Problematik rassistischer, religiöser oder ethnischer Diskriminierung im Migrationskontext noch fehlt; Indiz dafür sind die Unsicherheiten, die weite Teile zumindest der deutschsprachigen Doktrin prägen. Deshalb rechtfertigt es sich, im Folgenden den Diskriminierungsbegriff vor allem in dogmatischer Hinsicht zu klären.

#### 2. DISKRIMINIERUNGSBEGRIFF

##### *a) Herabwürdigung als zentrales Merkmal der Diskriminierung*

Wie unterscheidet sich der Begriff der Diskriminierung von jenem der Rechtsungleichheit, und gibt es eine Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern bzw. Angehörigen ethnischer und kultureller Minderheiten, die über ihre Ungleichbehandlung hinausgeht?

Art. 8 Abs. 2 der neuen schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 bestimmt:

„Niemand darf diskriminiert werden, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

Art. 3 Abs. 3 GG führt in ähnlicher Weise aus:

<sup>41</sup>Siehe dazu John E. Nowak/Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul/Minn. 1995, S. 636ff.

<sup>42</sup>Vgl. dazu hinten etwa die Urteile zur Religionsfreiheit (hinten S. 115 ff.).

„Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Diese Umschreibungen definieren den Begriff ‚Diskriminierung‘ zwar nicht inhaltlich, machen aber deutlich, dass es dabei immer um eine Unterscheidung geht, welche an bestimmten Merkmalen anknüpft. Darunter erscheinen jene der Rasse, der Sprache und der religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugung für Migrantinnen und Migranten von direkter Bedeutung.

Inhaltliche Umschreibungen des Diskriminierungsbegriffs lassen sich in völkerrechtlichen Verträgen finden: Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen von Rassendiskriminierung erfasst der Ausdruck Rassendiskriminierung

„jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Geniessen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“.

Diese Definition sieht das Wesen der Diskriminierung in der Beeinträchtigung von Grundrechten allein deshalb, weil die betreffende Person eine bestimmte Eigenschaft (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht etc.) aufweist. Die Anknüpfung an ein besonders verpöntes Merkmal wird auch vom Ausschuss für Menschenrechte als entscheidendes Merkmal der Diskriminierung gemäss dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte betont.<sup>43</sup>

Das Spezifische der Diskriminierung kommt in dieser Umschreibung allerdings nicht zum Ausdruck. Handelt es sich dabei bloss um einen Spezialfall der Ungleichbehandlung, wie ein Teil der Lehre<sup>44</sup> meint? Diese Auffassung erscheint zu eng, weil sie die negativen Effekte für die betroffene Person verkennt: Diskriminierung schliesst immer eine ungerechtfertigte Herabsetzung ein, die in ihrer Wirkung über jene der einfachen Ungleichbehandlung hinausgeht.<sup>45</sup> In diesem Sinn bildet „der Angriff auf die ‘Wertschätzung als Person’“ für TSCHAN-  
NEN/KIENER das zentrale Kriterium des Diskriminierungsverbotes, mithin die Herabsetzung wegen Eigenschaften,

<sup>43</sup>Allgemeine Bemerkung 18 [37], Ziff. 7; siehe Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel/Bruxelles 1997, S. 401.

<sup>44</sup>So etwa E.W. Vierdag, Non-Discrimination and Justice, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1971, S. 201f, und Rittstieg/Rowe, S. 60; für sie sind allerdings „Diskriminierungsverbote in aller Regel präziser, weil sie die von der Rechtsordnung verbotenen Merkmale, an die eine Ungleichbehandlung nicht anknüpfen darf, ausdrücklich nennen“. Wollenschläger, S. 10, geht einen Schritt weiter, wenn er die Diskriminierung als „eine den einzelnen benachteiligende, willkürliche Ungleichbehandlung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ definiert.

<sup>45</sup>Für eine umfassende Darlegung vgl. neuerdings J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 414ff; siehe auch Katharina Simone Arioli, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Zürich 1992, S. 45, und Auer, Discrimination, S. 269.

„die (1) nicht freiwillig angenommen werden können, (2) ein Stigmatisierungspotential beinhalten und (3) insofern persönlichkeitsbildend sind, als sie die zentralen Konstituenten der physischen oder psychischen Identität eines Menschen prägen“.<sup>46</sup>

Der Kern der Diskriminierung liegt somit in einer die Würde beeinträchtigenden Herabsetzung von Menschen, die – wie das Bundesgericht zutreffend betont hat – vorliegt, „wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner *Wertschätzung als Person* betrifft (Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse usw.) (...)“.<sup>47</sup> In diesem Sinn hat die Europäische Kommission für Menschenrechte im Fall der Ostafrikanischen Asiaten zu Recht betont, dass die Aussonderung einer Gruppe von Menschen auf der Basis der Rasse u.U. eine besondere Form des Angriffs auf die menschliche Würde und damit sogar eine erniedrigende Behandlung i.S. von Art. 3 EMRK darstellen könne.<sup>48</sup> Dieser enge Bezug zur Menschenwürde gilt auch für alle anderen Diskriminierungsmerkmale: Was ich bin, ergibt sich massgeblich aus meinem Geschlecht, meiner Religion, meiner ethnische Herkunft oder meiner Sprache; Benachteiligung wegen dieser Merkmale ist deshalb immer eine negative Aussage über meine Identität. Diskriminierungsverbote untersagen m.a.W. eine Benachteiligung gerade wegen jener Elemente, welche die Identität eines Menschen massgeblich mitbestimmen.

In diesem Zusammenhang ist es hilfreich, sich den Unterschied zwischen sozialer Rolle und Identität zu vergegenwärtigen. Wie etwa WALZER betont, ist das Selbst auf verschiedene Weisen innerlich differenziert:

„Erstens teilt sich das Selbst in seine verschiedenen Interessen und Rollen auf. (...) das Selbst ist ein Bürger, ein Elternteil, ein Arbeiter, Akademiker oder Kaufmann, es ist Lehrer oder Schüler, Arzt oder Patient usw. und definiert sich über den Bezug auf seine Verantwortlichkeiten, seine Qualifikationen, seine Fähigkeiten und Rechtsansprüche. Und zweitens teilt sich das Selbst in seine verschiedenen Identitäten auf: Es hört auf viele Namen, bestimmt sich nun in bezug auf seine Familie, Nation, Religion, sein Geschlecht, seine politische Überzeugung usw., identifiziert sich mit verschiedenen geschichtlichen Hintergründen, Traditionen, Ritualen, Feiertagen (...)“.<sup>49</sup>

Diese Analyse des Sozialphilosophen lässt sich mit jener des Juristen verbinden: Benachteiligungen im Bereich der Rollen fallen in den Geltungsbereich des Rechtsgleichheitsgebots, jene im Bereich der Identitäten unter das Diskriminierungsverbot. Ausgrenzungen auf der Basis von Geschlecht, Kultur, ethnischer Herkunft oder Religion sind vor allem deshalb abzulehnen, weil sie die Betroffenen zu Gefangenen von Merkmalen machen, die angeboren sind (Rasse oder Geschlecht) oder deren Aufgabe ihnen nicht zugemutet werden kann (Kultur, Religion) und damit ihre eigene Identität, d.h. das, was ihre Persönlichkeit gerade ausmacht, zum Anlass einer Benachteiligung nimmt. Hier liegt eine direkte Schnittstelle zu den Erkenntnissen der Politik der Anerkennung: Menschen leiden und nehmen in den Worten Taylors Schaden, „wenn die Umgebung oder die Gesellschaft ein einschränkendes, herabwürdi-

<sup>46</sup>Pierre Tschannen/Regina Kiener, Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 412.

<sup>47</sup>BGE 106 Ib 182 E. 4a, S. 188.

<sup>48</sup>Beschwerden Nr. 4403/70 et al., Ostafrikanische Asiaten gegen Vereinigtes Königreich, DR 78-A, S. 62, Ziff. 200.

<sup>49</sup>Michael Walzer, Lokale Kritik – globale Standards – Zwei Formen moralischer Auseinandersetzung, Hamburg 1996, S. 111

gendes oder verächtliches Bild ihrer selbst zurückspiegelt“.<sup>50</sup> Wenn das, was mich ausmacht und mir lieb ist, gerade der Grund für meine Benachteiligung ist, wird meinem ganzen So-Sein die Anerkennung versagt und meine Persönlichkeit als solche in Frage gestellt.

Diskriminierung lässt sich somit umschreiben als eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen, welche eine Benachteiligung eines Menschen zum Ziel oder zur Folge hat, die als *Herabwürdigung* einzustufen ist, weil sie an einem *Unterscheidungsmerkmal* anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.<sup>51</sup> Das Diskriminierungsverbot ist verletzt, wenn die Schlechterstellung *wegen* eines verpönten Merkmals erfolgt und in der konkreten Situation nicht gerechtfertigt werden kann. Es muss m.a.W. ein *Kausalzusammenhang* zwischen der Verwendung des Unterscheidungskriteriums und der Benachteiligung bestehen.<sup>52</sup>

#### b) Verpönte Unterscheidungsmerkmale

Diskriminierungen beruhen auf der Tatsache der Zugehörigkeit eines Menschen zu einer sozialen oder sonstigen Gruppe, und nicht auf seinen persönlichen Eigenschaften, die ihn als Individuum von anderen Mitgliedern der gleichen Gruppe unterscheiden. Unterscheidungen, die an bestimmten Merkmalen sozialer oder anderer Gruppen anknüpfen, gelten als verpönt.<sup>53</sup> Völkerrechtliche<sup>54</sup> und verfassungsrechtliche Garantien nennen verschiedene verpönte Merkmale wie Geschlecht, politische und sonstige Anschauung, soziale Herkunft und Abstammung (Geburt), Vermögen und Behinderung sowie „sonstiger Status“. Hier interessieren die Merkmale Rasse und Hautfarbe,<sup>55</sup> ethnische und nationale Herkunft bzw. nationaler Ursprung,<sup>56</sup>

<sup>50</sup>Taylor, S. 13f. Zur Politik der Anerkennung ausführlich vorne S. 54ff.

<sup>51</sup>Siehe hierzu Roland Strauss, Das Verbot der Rassendiskriminierung – Völkerrecht, Internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Zürich 1991, S. 31ff; Matthew C.R. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development, Oxford 1995, S. 163, sowie Auer, Discrimination, S. 269.

<sup>52</sup>Strauss, S. 37; Evelyn Ellis, Gender Discrimination Law in the European Community, in: Janet Dine/Bob Watt (eds.), Discrimination Law: Concepts, Limitations, and Justifications, London/New York 1996, S. 15f: „Adverse impact and causation, at least in a broad, non-technical sense, must, as a matter of basic logic, be the constituent elements which underpin all systems of anti-discrimination law.“

<sup>53</sup>Der amerikanische Supreme Court spricht plastisch von „suspect classifications“.

<sup>54</sup>Art. 2 Abs. 2 Pakt I; Art. 2 Abs. 1 Pakt II; Art. 26 Pakt II; Art. 1 Abs. 1 Rassendiskriminierungskonvention; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention; Art. 1 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 111.

<sup>55</sup>Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz, Art. 8 Abs. 2 nBV, Art. 10 Abs. 1 KV-BE; Art. 5 Abs. 2 KV-AR; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Pakt I; Art. 2 Abs. 1 Pakt II; Art. 26 Pakt II; Art. 1 Abs. 1 Rassendiskriminierungskonvention; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention; Art. 1 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 111.

<sup>56</sup>Viele schweizerische Kantonsverfassungen; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Pakt I; Art. 2 Abs. 1 Pakt II; Art. 26 Pakt II; Art. 1 Abs. 1 Rassendiskriminierungskonvention; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention; Art. 1 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 111. Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz spricht von Diskriminierung wegen „seiner Heimat und Herkunft“.



Volkstum,<sup>57</sup> Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit,<sup>58</sup> Religion, Glaubensbekenntnis und religiöse Überzeugungen<sup>59</sup> und Sprache.<sup>60</sup>

Während Religion und Sprache klare Merkmale sind, die hier keiner näheren Betrachtung bedürfen,<sup>61</sup> sind die Merkmale der Rasse und der ethnischen bzw. nationalen Herkunft näher zu untersuchen.

(1) *Rasse*: Das juristische Verständnis von Rasse knüpft nicht an überholten naturwissenschaftlichen und ethnologischen Begriffen an,<sup>62</sup> sondern nimmt gesellschaftliche Einteilungs- und Ausgrenzungskriterien zum Ausgangspunkt. Danach lässt sich Rasse als soziales Konstrukt<sup>63</sup> verstehen, demzufolge eine Gruppe von Menschen aufgrund physischer oder kultureller Eigenschaften, die ihr eigen und unabänderlich sind, von der Gesellschaft oder ihren eigenen Mitgliedern als unterschiedlich eingestuft wird.<sup>64</sup> Wichtiges physisches Merkmal ist dabei das ebenfalls verpönte Merkmal der Hautfarbe, das allerdings enger als der Rassenbegriff ist. In Rechtsprechung und Lehre ist unbestritten, dass neben dem Merkmal des Geschlechts<sup>65</sup> jenes der Rasse<sup>66</sup> besonders suspekt ist.<sup>67</sup>

<sup>57</sup>Art. 1 Abs. 1 Rassendiskriminierungskonvention.

<sup>58</sup>Art. 14 EMRK.

<sup>59</sup>Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz; in der Schweiz Art. 8 Abs. 2 nBV und verschiedene Kantonsverfassungen (z.B. Bern, Uri, Basel-Landschaft, Aargau); Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Pakt I; Art. 2 Abs. 1 Pakt II; Art. 26 Pakt II; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention; Art. 1 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 111.

<sup>60</sup>Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz ; Art. 8 Abs. 2 nBV und verschiedene schweizerische Kantonsverfassungen; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Pakt I; Art. 2 Abs. 1 Pakt II; Art. 26 Pakt II; Art. 2 Abs. 1 Kinderrechtskonvention.

<sup>61</sup>Zu den Abgrenzungsproblemen beim Schutzbereich der Religionsfreiheit hinten S. 114ff.

<sup>62</sup>Der naturwissenschaftliche Begriff der „Rasse“ wurde entscheidend von Charles Darwin geprägt, der Unterschiede zwischen Rassen einer Spezies als Folge ihrer geographischen Isolierung und der daraus folgenden Anpassung an die Umwelteinflüsse verstand; siehe dazu Michael Banton, *Race – as classification*, in: Ellis Cashmore, *Dictionary of Race and Ethnic Relations*, 4<sup>th</sup> ed., London/New York 1996, S. 295; Strauss, S. 4ff; Alexandre Guyaz, *L’incrimination de la discrimination raciale*, Berne 1996, S. 15ff. Die jüngere biologische Forschung hat indes die Unhaltbarkeit dieser Auffassung in eindrücklicher Weise belegt. Obwohl sich Menschen aufgrund ihrer Morphologie unterscheiden, haben Untersuchungen der Gen-Häufigkeit ergeben, dass die genetische Variation zwischen Individuen einer Gruppe gross ist, während im Vergleich dazu die Gen-Variation zwischen den verschiedenen Gruppen verhältnismässig klein ist; Pierre L. van den Berghe, *Race – as synonym*, in: Ellis Cashmore, *Dictionary of Race and Ethnic Relations*, 4<sup>th</sup> ed., London/New York 1996, S. 296f; siehe ferner die UNESCO-Erklärung zur Rassenfrage von 1995, abgedruckt in den Mitteilungen des Dokumentationsarchivs des Österreichischen Widerstandes, Folge 129, Dezember 1996.

<sup>63</sup>Vgl. Banton, S. 295f; Guyaz, S. 23.

<sup>64</sup>Ellis Cashmore, „Race“ – as signifier, in: dies., *Dictionary of Race and Ethnic Relations*, 4<sup>th</sup> ed., London/New York 1996, S. 298 ff; Banton, S. 295f; Guyaz, S. 24. Deshalb kommt die Rechtswissenschaft, will sie nicht die Augen vor einer sozialen Realität verschliessen, nicht darum herum, den zunehmend verpönten Begriff der Rasse solange zu verwenden, wie solche Konstrukte immer noch verwendet werden, um Menschen auszugrenzen oder sonstwie zu benachteiligen; vgl. dazu auch J.P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, S. 420f.

<sup>65</sup>Vgl. z.B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Karlheinz Schmidt gegen Deutschland, Serie A, Nr. 291-B, Ziff. 24, sowie Urteil Van Raalte gegen die Niederlande, Reports 1997-I, S. 173ff, Ziff. 39.

<sup>66</sup>Siehe auch das Minderheitsvotum von Richter Tanaka im Südwest-Afrika-Fall des IGH, der die besondere Bedeutung des Merkmals der „Rasse“ betonte, als er festhielt: „La norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race est (...) une règle de droit international coutumier“, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour Internationale de Justice* 1966, S. 293.

(2) *Nationale und ethnische Herkunft*: Der Begriff der ethnischen Herkunft wird mit jenem der nationalen teilweise gleichgesetzt.<sup>68</sup> Beide Begriffe überschneiden sich mit jenem der Rasse, sprachliche, kulturelle und historische Komponenten spielen hier aber eine wichtigere Rolle.<sup>69</sup> Beide Kriterien dürfen nicht mit den Merkmalen ‚Staatsangehörigkeit‘ oder ‚Nationalität‘ gleichgesetzt werden.<sup>70</sup> Während letztere an die politische und rechtliche Beziehung eines Individuums zu einem Staat anknüpfen<sup>71</sup> und damit veränderbar sind,<sup>72</sup> deckt sich das Merkmal der nationalen sowie auch jenes der ethnischen Herkunft teilweise mit den Kriterien Rasse und Hautfarbe<sup>73</sup> und in gewissen Fällen jenem der Religion, d.h. es knüpft an sprachliche, kulturelle, historische und ähnliche Kriterien an<sup>74</sup> und ist nicht oder nur unter Preisgabe der eigenen Identität veränderbar<sup>75</sup>. Ein Urteil des neuseeländischen Court of Appeal gibt folgende Definition:

„Eine Gruppe ist nach ihrer ‘ethnischen Herkunft’ identifizierbar, wenn sie einen Teil der Bevölkerung darstellt und sich von anderen Gruppen durch gemeinsame Bräuche, Überzeugungen, Traditionen und Eigenschaften unterscheidet, die auf einer gemeinsamen –

<sup>67</sup>In diesem Sinn hat etwa auch die Europäische Kommission für Menschenrechte im Fall der Ostafrikanischen Asiaten entschieden (Kommissionsbericht vom 14. Dezember 1973, Nr. 4403/70 et al., Ostafrikanische Asiaten gegen Vereinigtes Königreich, DR 78-A, S. 62, Ziff. 200).

<sup>68</sup>Bei der Erarbeitung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966 wurde von der Menschenrechtskommission zum Merkmal der ethnischen Herkunft ausgeführt: „A suggestion was made to substitute „ethnic origin“ for the words „race“ and „colour“, which were considered to be unscientific and unprecise. However, it was pointed out that the words „race“ and „colour“ were used in the Declaration and were more popularly understood than the term „ethnic origin“ (zitiert nach Marc J. Bossuyt, Guide to the „Travaux Préparatoires“ of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht/Boston/London 1987, S. 486).

<sup>69</sup>Vgl. Karl Joseph Partsch, Rassendiskriminierung, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Handbuch der Vereinten Nationen, 2. Auflage, München 1991, S. 651.

<sup>70</sup>Mahalic/Mahalic, S. 78.

<sup>71</sup>„Nationality can be deemed to be the political and legal bond that links a person to a given state and binds him to it with ties of loyalty and fidelity, entitling him to diplomatic protection from that state“, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984 on the Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4 (1984), Ziff. 35; siehe auch Art. 2 lit. a der europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit: „[N]ationality“, means the legal bond between a State and does not indicate the person’s ethnic origin“. Das Volk eines Staates kann, muss aber nicht ethnisch homogen sein. Wer zum Staatsvolk gehört, richtet sich nach juristischen, nicht nach ethnischen, biologischen, kulturellen oder sprachlichen Kriterien; vgl. Otto Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., Tübingen/Basel 1997, S. 123.

<sup>72</sup>Mahalic/Mahalic, S. 78.

<sup>73</sup>Siehe hierzu beispielsweise den Art. 31-Bericht der Europäischen Menschenrechtskommission im Fall Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich, Serie A, Nr. 94, S. 54, Ziff. 112: „By racial discrimination the Commission also understands discrimination on the grounds of color and national or ethnic origin, being elements of the same problem“; vgl. ferner Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Kehl/Strasbourg/Arlington 1993, S. 50 Rz 43; Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK Kommentar, 2. Auflage, Kehl/Strasbourg/Arlington 1996, S. 463 Rz 45; Jacques Velu/Rusen Ergéc, La convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles 1990, S. 127 Rz 160.

<sup>74</sup>Vgl. Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269, S. 279. Ähnlich Natan Lerner, Group Rights and Discrimination in International Law, Dordrecht/Boston/London 1991, S. 49; siehe ferner Werner Heun, Art. 3 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, Tübingen 1996, Rz 117, der den Begriff „Herkunft“ als die „von den Vorfahren hergeleitete soziale, sozial-ökonomische oder ständische Verwurzelung“ versteht.

<sup>75</sup>Mahalic/Mahalic, S. 78.

oder als gemeinsam vermuteten – Vergangenheit beruht, selbst wenn sie sich im biologischen Sinne nicht von einem gemeinsamen rassistischen Stamm herleitet. Das Zusammenreffen dieser Eigenschaften verleiht ihr eine historisch bestimmte soziale Identität sowohl in ihren eigenen Augen als auch in den Augen derer, die ausserhalb der Gruppe stehen. Sie besitzt eine besondere soziale Identität, die nicht nur auf Zusammengehörigkeitsgefühl und Solidarität, sondern auch auf ihrer Überzeugung von gemeinsamer Geschichte beruht.<sup>76</sup>

Diese sachgerechte, dem sozialwissenschaftlichen Begriff der ethnischen Identität weitgehend entsprechende Definition<sup>77</sup> ist im Fall Mandla vom englischen House of Lords ausdrücklich unterstützt worden.<sup>78</sup>

Dass das Merkmal der nationalen Herkunft nicht mit demjenigen der Staatsangehörigkeit gleichzusetzen ist, zeigt die Entscheidung des Ausschusses für Menschenrechte in der Sache Gueye und andere gegen Frankreich. Der Fall betraf die Benachteiligung senegalesischer Staatsangehöriger, welche vor der Unabhängigkeit Senegals in der französischen Armee gedient hatten. Sie hatten zwar Anrecht auf Pensionsleistungen seitens des französischen Staates, doch wurde ihnen eine tiefere Pension als Soldaten französischer Staatsangehörigkeit ausbezahlt. In seiner Entscheidung führte der Menschenrechtsausschuss aus, dass Art. 26 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte die Staatsangehörigkeit nicht als verpöntes Unterscheidungskriterium aufführe; vielmehr sei sie im Kriterium des „sonstigen Status“ (und nicht der nationalen Herkunft!) enthalten.<sup>79</sup>

### 3. RECHTFERTIGUNG DER ANKNÜPFUNG AN EIN VERPÖNTES MERKMAL

#### a) Internationale Praxis

Welches sind die dogmatischen Folgen der Anknüpfung einer Unterscheidung an ein verpöntes Merkmal? Ein solches Vorgehen stellt für sich allein noch nicht eine Grundrechtsverletzung dar. Vielmehr lässt es den *Verdacht* einer unzulässigen Differenzierung aufkommen, der sich nur durch eine rechtlich genügende Rechtfertigung entkräften lässt.<sup>80</sup> Welches die Anforderungen an diese Rechtfertigung sind, wird in Literatur und Praxis nicht einheitlich beantwortet. Klar ist allerdings, dass die Hürde für die Rechtfertigung einer Unterscheidung je nach dem angerufenen verpönten Merkmal höher oder weniger hoch gesteckt ist. Damit Un-

<sup>76</sup>Neuseeland, Court of Appeal, King-Ansell v. Police, [1979] 2 NZLR 531, wiedergegeben in Mandla v. Dowell-Lee, House of Lords (Vereinigtes Königreich), Entscheidung vom 24. März 1983, hier zitiert nach: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1983, S. 533.

<sup>77</sup>Dazu vorne S. 60f.

<sup>78</sup>Mandla v. Dowell-Lee, House of Lords (Anm. 76), S. 532f.

<sup>79</sup>Mitteilung 196/1985, Ibrahima Gueye und andere gegen Frankreich, Annual Report 1989, S. 189, und Revue Universelle des Droits de l'homme (RUDH) 1989, S. 62, abgedruckt in Kälin/Malinverni/Nowak, S. 605ff. Siehe auch Nowak, CCPR Commentary, S. 51f Rz 44. Der Ausschuss kam zum Schluss, es liege eine Diskriminierung vor, weil ein sachlicher und objektiver Grund für die unterschiedliche Behandlung nicht ersichtlich sei.

<sup>80</sup>Marc Bossuyt, Article 14, in: Louis-Edmond Pettiti et al (Hrsg.), La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1995, S. 477. Vgl. auch die Beiträge in Dine/Watt, vor allem Pauline Matthews, Legal Concepts of Justifying Discrimination, S. 31ff; Steve Anderman, Constitutional Law and Labour Law Dimensions of Article 119: The case of Justification for Indirect Discrimination, S. 100ff; sowie Sheldon Leader, Proportionality and the Justification of Discrimination, S. 110ff.

terscheidungen auf der Grundlage von Rasse, Geschlecht und Religion gerechtfertigt erscheinen, müssen besonders wichtige Gründe dafür sprechen, während für Unterscheidungen auf der Basis weniger verpönter Merkmale weniger gewichtige Motive genügen.<sup>81</sup> Im einzelnen haben nationale und internationale Gerichte und Organe eine Vielzahl unterschiedlicher Methoden zur Unterscheidung zwischen verbotener Diskriminierung und zulässiger Differenzierung herausgebildet, die bei genauerem Hinsehen aber in vielen Punkten übereinstimmen:

Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in Strassburg hat in seiner Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK ein dreistufiges Prüfungsprogramm entwickelt: An einen ersten Schritt, in dessen Rahmen untersucht wird, ob eine Ungleichbehandlung zwischen vergleichbaren Situationen vorliegt, schliesst sich die Prüfung der Frage an, ob die getroffene Unterscheidung einen objektiven und sachlichen Rechtfertigungsgrund aufweist. In einer letzten Phase untersucht der Gerichtshof schliesslich, ob das angestrebte Ziel und die eingesetzten Mitteln verhältnismässig sind.<sup>82</sup> In diesem Sinn hat der Gerichtshof etwa ausgeführt, eine unterschiedliche Behandlung sei „diskriminatorisch, wenn sie ‘keine objektive und vernünftige Rechtfertigung’ hat, d.h. wenn sie kein ‘legitimes Ziel’ verfolgt oder wenn ‘zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht’“.<sup>83</sup> Es genügt also nicht, dass das Unterscheidungskriterium im Licht des angestrebten Zwecks sachlich gerechtfertigt erscheint; vielmehr muss die Benachteiligung auch verhältnismässig sein.<sup>84</sup>

Ähnlich geht der *Menschenrechtsausschuss* der UNO vor. In seiner Praxis stellt eine unterschiedliche Behandlung keine Diskriminierung dar, wenn die Unterscheidung „sich auf sinnvolle und objektive Kriterien stützt und der verfolgte Zweck im Hinblick auf den Pakt [über die bürgerlichen und politischen Rechte] rechtmässig ist“<sup>85</sup>. Der Ausschuss prüft entsprechende Mitteilungen dreistufig:<sup>86</sup> (1) Befinden sich die Betroffenen in einer vergleichbaren Situation? (2) Beruht die Unterscheidung auf objektiven und vernünftigen Kriterien? (3) Ist der

<sup>81</sup>David J. Harris/Michael O’Boyle/Chris Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh 1995, S. 481f; Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, in: *Human Rights Law Journal (HRLJ)* 1990, S. 18f; siehe auch Tom Clark/Jan Niessen, *Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America: the Promise, the Practice and some Remaining Issues*, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights (NQHR)* 1996, S. 250, Craven, S. 176, sowie J.P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, S. 429ff.

<sup>82</sup>Frowein/Peukert, S. 447; Francis G. Jacobs/Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford 1996, S. 290ff; Pieter van Dijk/Godefridus J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> edition, The Hague/Boston/London 1998, S. 719; Harris/O’Boyle/Warbrick, S. 476ff.

<sup>83</sup>Urteil Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich, Serie A, Nr. 94, Ziff. 72, zitiert nach: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 1985, S. 570; bestätigt in *Karlheinz Schmidt gegen Deutschland*, Serie A, Nr. 291-B, Ziff. 24.

<sup>84</sup>Frowein/Peukert, S. 447 sowie S. 452ff; Bossuyt, S. 481; vgl. aus der Rechtsprechung des EGMR beispielsweise den Fall Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich (Anm. 83), Ziff. 79.

<sup>85</sup>Allgemeine Bemerkung 18 [37], Ziff. 13, zitiert nach Kälin/Malinverni/Nowak, S. 402. Vgl. aus der Praxis des Menschenrechtsausschusses die Entscheidung betr. Mitteilung Nr. 516/1992, Simunek u.a. gegen die Tschechische Republik, Annual Report 1995, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/516/1992 (1995), Ziff. 11.5, abgedruckt in Kälin/Malinverni/Nowak, S. 656.

<sup>86</sup>Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 1994, S. 283; Nowak, *CCPR Commentary*, S. 44 Rz 33 sowie S. 473 Rz 23.

verfolgte Zweck in Hinblick auf den Pakt rechtmässig? Dies ist laut NOWAK zu bejahen, wenn der Unterscheidung im Einzelfall verhältnismässig ist.<sup>87</sup>

Die Praxis des *interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte* folgt dem gleichen Muster. In einem von der Regierung Costa Ricas ersuchten Gutachten führte der Gerichtshof aus, dass eine Ungleichbehandlung nicht diskriminierend sei, wenn die Unterscheidung einem legitimen Zweck diene und nicht zu einer Situation führe, die der Gerechtigkeit, der Vernunft oder der Natur der Dinge widerspreche. Eine Unterscheidung sei zulässig, wenn die in casu herangezogenen Klassifikationskriterien auf stichhaltigen und tatsächlichen Unterschieden der Situation beruhen würden, die verfolgten Ziele sachgerecht seien und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den tatsächlich bestehenden Unterschieden und dem Zweck der Regelung bestehen würde. Die verfolgten Zwecke dürften nicht ungerecht oder unvernünftig sein, d.h. nicht willkürlich, despotisch oder im Widerspruch zur Einmaligkeit und Würde des Menschen.<sup>88</sup>

#### *b) Verhältnismässigkeitsprüfung*

Die meisten Entscheide in der internationalen Praxis betreffen Fälle der Geschlechterdiskriminierung. Ihnen ist gemeinsam, dass sie im Kern auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung hinauslaufen. Gilt dieser dogmatische Ansatz auch für rassische oder ethnisch-kulturelle Diskriminierung, d.h. Diskriminierung wegen des nationalen oder ethnischen Ursprungs, der Sprache oder der Religion? Die Tatsache, dass die einschlägigen Texte das Geschlecht zusammen mit der Rasse und der ethnischen bzw. nationalen Herkunft in einem Zug nennen,<sup>89</sup> zeigt, dass zwischen diesen Diskriminierungskriterien höchstens graduelle, nicht aber qualitative Unterschiede bestehen. In der Tat sind diese Merkmale ebenso unveränderlich wie die Rasse oder das Geschlecht, und es lassen sich keine überzeugenden Gründe anführen, warum Angehörige bestimmter ethnischer oder kulturellen Gruppen nicht nach ihren je individuellen Stärken und Schwächen beurteilt, sondern, gewissermassen als Gefangene ihrer Herkunft, ohne Rücksicht auf ihre Individualität benachteiligt werden sollten.

Aus diesen Gründen sollten Gerichte auch im deutschen Sprachraum Unterscheidungen, die nicht lediglich am Kriterium Inländer/Ausländer anknüpfen, sondern aufgrund ethnisch-kultureller oder religiöser<sup>90</sup> Merkmalen getroffen werden, nicht bloss unter dem Gesichtspunkt prüfen, ob ein sachlicher Grund die Unterscheidung zu rechtfertigen vermag, sondern eine strengere, am Verhältnismässigkeitsprinzip ausgerichtete Prüfung vornehmen. Ähnlich wie das Geschlecht erscheinen Rasse, ethnisch-nationale Herkunft und Religion als besonders verpönte Anknüpfungsmerkmale, die einer strengen Beurteilung bedürfen. Bei solchen Diskriminierungen erscheint somit in Anlehnung an die Praxis internationaler Organe folgendes dreistufiges Prüfungsprogramm sachgerecht:

<sup>87</sup>Nowak, CCPR Commentary, S. 44 Rz 33 sowie S. 473f Rz 23 f.

<sup>88</sup>Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Proposed Amendment to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 4 (1984), para. 57.

<sup>89</sup>Vgl. Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 2 Pakt II, Art. 1 Abs. 1 der amerikanischen Menschenrechtskonvention.

<sup>90</sup>In diesem Fall kann allerdings oft die Religionsfreiheit angerufen werden, weshalb Benachteiligungen als Fall der akzessorischen Diskriminierung (anschliessend IV.) zu behandeln sind.

- (1) *Liegt eine rechtlich relevante Ungleichheit vor?* Stimmen im konkreten Fall zwei oder mehrere Sachverhaltselemente miteinander überein, werden sie aber trotz dieser Vergleichbarkeit unterschiedlich behandelt, und hat die Unterscheidung eine Benachteiligung zum Ziel oder zur Folge?
- (2) *Beruhet die Unterscheidung und somit die Ungleichbehandlung auf einem verpönten Merkmal*, d.h. liegt das Unterscheidungsmerkmal insbesondere in der Rasse, Religion, Sprache, ethnischen oder nationalen Herkunft der betroffenen Person begründet?<sup>91</sup>
- (3) *Kann diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden?* (a) Sind die mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele bzw. Zwecke zulässig, d.h. überhaupt verfassungs- und völkerrechtskonform? (b) Ist die Ungleichbehandlung in Bezug auf das verfolgte Ziel verhältnismässig, d.h. zur Erreichung der Ziele bzw. des Zweckes geeignet, notwendig und der betroffenen Person zumutbar? Dabei ist bei den verpönten Merkmalen Rasse, ethnische Herkunft oder Religion ein besonders strenger Massstab anzulegen, der eine herabwürdigende Benachteiligung nur aus zwingenden Gründen zulässig erscheinen lässt.

Wie dieses Prüfungsprogramm zeigt, stellt sich die Frage nach einer Diskriminierung nur bei der Benachteiligung von Angehörigen einer Gruppe, die wegen einem verpönten Merkmal herabgesetzt werden. Bevorzugungen, die der Beseitigung einer Herabsetzung dienen, sind nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gelten.<sup>92</sup>

#### 4. INDIREKTE DISKRIMINIERUNG

##### a) *Begriff*

Ethnisch-kulturelle Diskriminierung wird von staatlicher Seite meist nicht offen geübt. Häufiger dürften Fälle der indirekten Diskriminierung sein. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Massnahme ‚neutral‘ gefasst ist, d.h. von ihrer Formulierung her zwar keine ‚verdächtigen‘ Unterscheidungen trifft, in ihren tatsächlichen Auswirkungen jedoch eine Personengruppe mit Merkmalen, die im Rahmen einer direkten Diskriminierung als verpönt einzustufen wären, besonders stark benachteiligt.<sup>93</sup> Dies trifft etwa auf eine Norm zu, die für die Zulassung zur Polizei eine bestimmte Mindestgrösse und ein bestimmtes Mindestgewicht

<sup>91</sup>Denkbar ist auch eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts. In diesem Fall fällt der Sachverhalt auch dann in den Geltungsbereich von Art. 8 Abs. 3 nBV, wenn eine Ausländerin betroffen ist.

<sup>92</sup>Siehe dazu J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 412ff.

<sup>93</sup>Sebastian Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Oxford 1998, S. 301f. Allgemein zum Begriff der indirekten Diskriminierung J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 441ff. Vgl. zum Begriff der indirekten Diskriminierung im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann Arioli, *Frauenförderungsmassnahmen*, S. 54ff, dies., *Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung*, in: *Aktuelle juristische Praxis (AJP)* 1993, S. 1327ff, Bayefsky, S. 10, Harris/O'Boyle/Warbrick, S. 477. Zur indirekten Diskriminierung von Fahrenden vgl. Andreas Rieder, *Indirekte Diskriminierung - Das Beispiel der Fahrenden*, in: Walter Kälin (Hrsg.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte* (Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Bd. 29), Basel/Frankfurt a.M. 1999, S. 149ff.

verlangt, welche von Frauen oder Angehörigen einer bestimmten ethnischen Gruppe typischerweise nicht erreicht werden.<sup>94</sup>

Das Thema indirekte Diskriminierung ist bisher vor allem für den Bereich der Geschlechtergleichheit thematisiert worden.<sup>95</sup>

Für den Bereich der Rassendiskriminierung fehlen verfassungsmässige und gesetzliche Definitionen weitgehend. Immerhin sieht der britische Race Relations Act 1976, der für das Verhältnis zwischen Privaten gilt, ausdrücklich ein Verbot indirekter Diskriminierung von Angehörigen rassischer – nicht aber rein religiöser – Gruppen vor;<sup>96</sup> dabei erfasst der Begriff der ‚rassischen‘ Gruppe in einem weiten Sinn alle Gruppen, deren Angehörige eine gemeinsame Hautfarbe oder eine gemeinsame Nationalität bzw. eine gemeinsame ethnische oder nationale Herkunft besitzen.<sup>97</sup> Das Verbot ist kompliziert formuliert,<sup>98</sup> es enthält aber im wesentlichen vier Elemente, welche den Begriff der indirekten Rassendiskriminierung ausmachen:<sup>99</sup> (1) Die fragliche Bedingung oder Anforderung ist ‚neutral‘, d.h. sie gilt nicht nur für die betroffene Person, die einer bestimmten rassischen Gruppe angehört, sondern würde auf Angehörige anderer Personengruppen gleiche Anwendung finden; (2) der Anteil der Mitglieder der betroffenen rassischen Gruppe, welche der Bedingung oder Anforderung entsprechen kann, ist viel kleiner als der Anteil der Angehörigen anderer Personengruppen, auf welche das Gleiche zutrifft; (3) wegen der Unfähigkeit der betroffenen Person, die Bedingung oder Anforderung zu erfüllen, wirkt sich diese auf sie stark nachteilig aus; und (4) diese Benachteiligung lässt sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen.

In Anwendung dieser Grundsätze hatten hohe britische Gerichte zu entscheiden, ob einem jungen Sikh verboten werden könne, in einer Privatschule einen Turban zu tragen. Während

<sup>94</sup>Bayefsky, S. 10; für weitere Beispiele siehe Arioli, Frauenförderungsmassnahmen, S. 62ff., sowie die Diskussion aktueller Problemfälle hinten S. 98ff.

<sup>95</sup>Das schweizerische Bundesgericht hat kürzlich entschieden, eine indirekte Diskriminierung liege vor, „wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre“ (BGE 124 II 409 E. 7, S. 425). Eine gesetzliche Definition findet sich im britischen *Sex Discrimination Act 1975* in Art. 1 Ziff. 1 lit. b. Danach sind Massnahmen verboten, welche sich zwar gleicherweise an Männer und Frauen richten, aber so ausgestaltet sind, dass faktisch nur ein viel kleinerer Teil der Frauen die Anforderungen erfüllen kann und dies die betroffenen Frauen benachteiligt, ohne dass dafür ein anderer (und sachlicher) Grund als das Geschlecht dies zu rechtfertigen vermag. In ähnlicher Weise stuft der Europäische Gerichtshof eine Regelung dann als indirekte Diskriminierung ein, wenn sie wesentlich mehr Frauen als Männer trifft und nicht durch objektive Faktoren, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, gerechtfertigt werden kann (Rinner-Kühn, Urteil vom 13. Juli 1989, Rs. 171/88 Slg. 1989, S. 2743ff, S. 2762; Bilka-Kaufhaus GmbH, Urteil vom 13. Mai 1986, Rs. 170/84, Slg. 1986, S. 1607ff, S. 1630). Wie in der Literatur betont wird, geht es bei der indirekten Diskriminierung „um den Vergleich von Gruppen, d.h. der Gruppe der Frauen mit der Gruppe der Männer“, da die nachteilige Wirkung nur mittels eines Gruppenvergleichs eruiert werden kann (Arioli, Rechtsfigur, S. 1328).

<sup>96</sup>Section 1(1)(b) Race Relations Act 1976. Hierzu und zum folgenden Poulter, *Ethnicity*, S. 301ff.

<sup>97</sup>Race Relations Act 1976, section 3(1).

<sup>98</sup>Section 1(1)(b) Race Relations Act 1976 lautet: „A person discriminates against another (...) if (...) (b) he applies to that other a requirement or condition which he applies or would apply equally to persons not of the same racial group as that other but – (i) which is such that the proportion or persons of the same racial group as that other who can comply with it is considerably smaller than the proportion of persons not of that racial group who can comply with it.“

<sup>99</sup>Poulter, *Ethnicity*, S. 302.

der Court of Appeal die Frage bejahte, kam das House of Lords zum gegenteiligen Schluss.<sup>100</sup> Ausschlaggebend war das Argument, dass die Sikhs eine ethnische Gruppe darstellen, das Verbot sie mehr und wegen des religiösen Gebotes zum Tragen einer Kopfbedeckung stärker als Angehörige anderer Gruppen trifft und dafür keine genügende Rechtfertigung vorliegt; deshalb erfüllt das Verbot den Tatbestand der verbotenen indirekten Diskriminierung eines Angehörigen einer ethnischen Gruppe.

### *b) Prüfungsmaßstab*

Die Begriffselemente einer indirekten Diskriminierung sind somit folgende:<sup>101</sup>

- Die betreffende Bestimmung differenziert nicht zwischen verschiedenen Personengruppen, sondern ist begrifflich neutral abgefasst.
- Eine bestimmte Personengruppe wird durch die Massnahme jedoch wesentlich<sup>102</sup> stärker benachteiligt als die anderen Personengruppen.
- Diese Benachteiligung beruht auf rassistischen, ethnischen oder religiösen Merkmalen, durch die sich die betreffende Personengruppe von den übrigen Adressaten der Regelung unterscheidet.

Sind diese Elemente der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung erfüllt, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Benachteiligung *gerechtfertigt werden kann oder nicht*. Hier stellt sich die Frage nach dem Prüfungsmaßstab. In der englischen Race Relations-Gesetzgebung wird, wie bereits erwähnt, auf die Sachlichkeit der Rechtfertigung abgestellt.<sup>103</sup> Im Bereich indirekter Geschlechterdiskriminierung wird demgegenüber vom Europäischen Gerichtshof untersucht, ob die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in ihrem Ausmass *verhältnismässig* ist.<sup>104</sup> Die Rechtfertigung einer indirekten Diskriminierung hängt in diesem Fall davon ab, ob das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt ist, das verwendete Unterschei-

<sup>100</sup>Mandla v. Dowell-Lee, Court of Appeal, London, Urteil vom 29. Juli 1982, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1982, S. 352ff mit Anmerkung des Bearbeiters; House of Lords, Entscheidung vom 24. März 1983, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1983, S. 532f. Der Court of Appeal verneinte, dass die Sikhs eine eigenständige ethnische Gruppe seien, das Haus of Lords bejahte die Frage auf der Basis eines weiten Begriffes.

<sup>101</sup>Zum Folgenden Poulter, Ethnicity, S. 302, sowie für die Geschlechterdiskriminierung BGE 124 II 409, 425ff; siehe dazu auch Arioli, Frauenförderungsmassnahmen, S. 58ff, sowie dies., Rechtsfigur, S. 1330f.

<sup>102</sup>Auch bei der indirekten Diskriminierung muss das Kriterium der herabwürdigenden Benachteiligung den Ausschlag dafür geben, dass verstärkter Rechtsschutz gewährt wird. Deshalb können nicht alle Benachteiligungen durch eine neutrale Regelung, wie sie im Alltagsleben unvermeidbar sind, genügen, um Anspruch auf Sonderbehandlung zu bekommen.

<sup>103</sup>Vorne bei Anm. 99.

<sup>104</sup>Siehe Arioli, Rechtsfigur, S. 1331, mit Hinweisen auf die Diskussion in der Doktrin sowie die Praxis des EuGH. Im Fall Bilka-Kaufhaus GmbH (Anm. 95) führte der Gerichtshof den Nachweis der Verhältnismässigkeit der Massnahme als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich an. Im Fall Rinner-Kühn (Anm. 95) hat der Gerichtshof indirekte Diskriminierungen zugelassen, wenn die Ungleichbehandlung einem notwendigen Ziel der Sozialpolitik dient und geeignet und erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen.



dungsmerkmal notwendig und zur Erreichung des Ziels geeignet ist.<sup>105</sup> Welcher Rechtfertigungsmaßstab soll gelten?

In der Literatur ist die Thematik ausserhalb des Bereichs der Geschlechtergleichheit noch nicht aufgearbeitet worden.<sup>106</sup> M.E. lassen sich die Prinzipien der indirekten Geschlechterdiskriminierung aber grundsätzlich auf die Problematik der rassistischen, ethnischen und religiösen Diskriminierung übertragen. Dabei muss allerdings differenziert vorgegangen werden: Während das Geschlecht immer ein verpönter Anknüpfungsgrund für Benachteiligung ist, stellt sich bei Personen aus dem Ausland immer die Frage, ob die Benachteiligung nicht am grundsätzlich zulässigen Merkmal der Staatsbürgerschaft<sup>107</sup> anknüpft. Zudem besteht angesichts äusserst vielfältiger gesellschaftlicher Ungleichheiten und faktischer Benachteiligung von Menschen aus dem Ausland die Gefahr einer Überforderung der Rechtsordnung, wollte man jede indirekte Diskriminierung in der Einwanderungsgesellschaft einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung unterziehen.

Sachgerechte Lösungen lassen sich für den Fall indirekter Diskriminierung durch staatliche Vorschriften und Anforderungen auf der Grundlage der folgenden Differenzierungen finden:

- Rechtsnormen, die wegen der *Staatsbürgerschaft bzw. des Aufenthaltsstatus* indirekt diskriminieren, sind in Wirklichkeit Bestimmungen, welche eine Unterscheidung unterlassen, die eigentlich vorzunehmen ist, d.h. Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit behandeln. Ein Beispiel dafür sind die Anforderungen an eine ‚angemessene‘ Wohnung,<sup>108</sup> welche für eigene Staatsbürger nicht gelten, wohl aber für Ausländer, die ihre Familie nachziehen lassen wollen, und die Grossfamilien anders treffen als Kleinfamilien. Hier muss gemäss dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 nBV bzw. Art. 3 Abs. 1 GG nach dem Kriterium des genügenden sachlichen Grundes<sup>109</sup> untersucht werden, ob sich der Verzicht auf eine Differenzierung rechtfertigen lässt.
- Eine schärfere, analog zur Geschlechtergleichheit dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* unterliegende Prüfung ist demgegenüber bei neutralen Normen vorzunehmen, die einzig Angehörige einer bestimmten *Rasse, ethnischen Gruppe* oder *Religion* disproportional treffen: Beispiele sind Vorschriften über Mindestanforderungen für bestimmte Berufe, die Angehörige bestimmter Minderheiten regelmässig nicht erfüllen.<sup>110</sup> Ob der Gesetzgeber diesen Effekt wollte, ist dabei unerheblich, da die Regelung ungeachtet der Motive ausgrenzend und herabsetzend wirkt. Hier drängt sich die verschärfte Prüfung auf, weil die Merkmale der Rasse, ethnischen Gruppe oder Religion als Benachteiligungsgrund ebenso verpönt

<sup>105</sup>Arioli, Rechtsfigur, S. 1331.

<sup>106</sup>Für das Beispiel der Fahrenden neuerdings Rieder, passim.

<sup>107</sup>Vgl. vorne S. 81ff.

<sup>108</sup>Die schweizerische Gesetzgebung (Art. 39 BVO) verlangt als Voraussetzung für den Familiennachzug von Personen mit Aufenthaltsbewilligung den Nachweis einer ‚angemessenen‘ Wohnung (vgl. zur Beurteilung dieser Regelung und ihrer Anwendung unter Rechtsgleichheitsaspekten Kälin/Caroni, S. 70ff); ähnlich das deutsche Ausländergesetz in § 17.

<sup>109</sup>Vgl. vorne S. 79ff.

<sup>110</sup>Ein Beispiel sind Anforderungen an Mindestgrösse und Mindestgewicht von Polizisten und Feuerwehrmännern, welche so hoch sind, dass sie von Angehörigen gewisser ethnischer Minderheiten kaum je zu erfüllen sind.

sind wie das Geschlecht. Die explizite Verankerung einer solchen Prüfung in der Rechtsprechung höchster Gerichte würde wesentlich dazu beitragen, Menschen in ihren kulturellen Identitäten ernst zu nehmen.<sup>111</sup>

Andere Fälle sind auf der Basis verfassungs- oder völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote nicht justiziabel. Soweit Handlungsbedarf besteht, ist hier der Gesetzgeber gefordert, Massnahmen des Schutzes, der Förderung und der Integration zu ergreifen, um Diskriminierungserfahrungen abzubauen. Dies gilt vor allem für indirekte Diskriminierungen durch Private, etwa im Arbeitsbereich.

## 5. AKZESSORISCHE DISKRIMINIERUNG BEI GRUNDRECHTSEINGRIFFEN

Verbotene Diskriminierungen stellen für sich allein bereits eine Verletzung von Grund- und Menschenrechten dar. In diesem Sinn besitzt das Diskriminierungsverbot selbständige Bedeutung. Akzessorische Bedeutung kommt ihm dort zu, wo eine Beschränkung eines anderen Grund- oder Menschenrechtes an sich allenfalls zulässig wäre, aber dadurch rechtswidrig wird, dass sie ohne genügende Rechtfertigung nur für Personen gilt, die sich von anderen in der gleichen Situation durch ein verpöntes Merkmal unterscheiden (z.B. eine an sich zulässige Einschränkung des Anspruchs auf Schutz der Familie, die bloss für Angehörige einer bestimmten Religion gilt, oder der Ausschluss allein einer bestimmten ethnischen Gruppe von der Meinungsfreiheit). Im Völkerrecht verbieten Art. 14 EMRK und Art. 2 Abs. 2 des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bzw. Art. 2 Abs. 1 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte solche akzessorischen Diskriminierungen.

Für die schweizerische Bundesverfassung hat das Bundesgericht keine analoge Theorie entwickelt. Wird eine Ungleichbehandlung im Rahmen der Ausübung eines Grundrechtes geltend gemacht, beschränkt sich das Gericht allerdings nicht darauf, zu prüfen, ob die Gründe dafür sachlich sind. Vielmehr untersucht es, ob die Einschränkung der Grundrechtsausübung, die am Unterscheidungsmerkmal anknüpft, den allgemeinen Voraussetzungen einer Grundrechtseinschränkung genügt, d.h. ob eine gesetzliche Grundlage besteht, ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt und die Einschränkung auch verhältnismässig ist.<sup>112</sup> Ein illustratives Beispiel bildet der Ausschluss von Ausländern von einem bestimmten Beruf, was eine ungleiche Behandlung im Rahmen des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit<sup>113</sup> bedeutet. Lange hielt das Bundesgericht daran fest, dass sich nur schweizerische Staatsangehörige auf dieses Grundrecht berufen können.<sup>114</sup> In BGE 116 Ia 236 änderte das Gericht seine Praxis. Im Rahmen einer Beschwerde gegen den Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger vom Anwaltsberuf führte das Bundesgericht aus, es sei zwar nicht „zum vornherein unzulässig (...), bestimmte Berufe Schweizer Bürgern vorzubehalten. Wenn aber der Ausländer unter arbeits-

<sup>111</sup>Fälle indirekter Diskriminierung existieren häufig im religiösen Bereich. So trifft eine Vorschrift, wonach der Schulbesuch am Freitag und Samstag obligatorisch ist, muslimische und jüdische Kinder ungleich stärker als solche, die christlichen Konfessionen angehören. Diesen Fälle werden in der Praxis allerdings der Religionsfreiheit zugeordnet, welche in der Regel einen besseren Schutz gewährt als der Gleichheitssatz. Dazu hinten 3. Kapitel, S. 112ff.

<sup>112</sup>Vgl. beispielsweise BGE 123 I 19 E. 2a, S. 20f.

<sup>113</sup>Handels- und Gewerbefreiheit gemäss Art. 31 aBV, Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 nBV.

<sup>114</sup>Vgl. z.B. BGE 114 Ia 307 E. 3b, S. 311f.

marktlichen und demographischen Gesichtspunkten ohne jede Einschränkung zur Erwerbstätigkeit zugelassen ist, so ist kein verfassungsrechtlicher Grund ersichtlich, der es gebieten würde, den Ausländer vom Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit auszunehmen.“ Seither prüft es „Einschränkungen seiner Erwerbstätigkeit, die nicht auf dem Fremdenpolizeirecht des Bundes beruhen“, gemäss dem klassischen Schema für Eingriffe in Freiheitsrechte.<sup>115</sup>

Das Merkmal, an welches die Unterscheidung anknüpft, muss in solchen Fällen wie bei der direkten Diskriminierung eine spezielle Rolle spielen. Handelt es sich dabei um ein verpöntes Kriterium, sind an das Überwiegen des öffentlichen Interesses bzw. an die Verhältnismässigkeit besonders hohe Anforderungen zu stellen. Beim Merkmal der Rasse i.S. der Hautfarbe beispielsweise sind kaum Fälle denkbar, bei denen sich ein Eingriff auf ein überwiegendes öffentliches Interesse abstützen lässt; demgegenüber erscheint es eher zulässig, im Bereich politischer Betätigung zwischen Personen schweizerischer und ausländischer Nationalität zu unterscheiden.<sup>116</sup>

#### IV. RELIGIONSFREIHEIT IN DER STAATLICHEN SPHÄRE

Diskriminierungsprobleme im Einwanderungskontext stellen sich vor allem im Zusammenhang mit Einreise und Beendigung des Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern, Themen also, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind.<sup>117</sup> Im Bereich der staatlichen Sphäre, wo Private dem direkten Zugriff des Staates ausgesetzt sind, werden kulturbezogene Benachteiligungen für Eingewanderte und für Minderheiten unter den eigenen Staatsangehörigen traditionellerweise im Rahmen der Religionsfreiheit und ihrer Schranken behandelt.<sup>118</sup> Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings schnell, dass es sich dabei meist um Fälle indirekter Diskriminierung handelt. Im Vordergrund stehen Streitigkeiten um die Befreiung von Pflichten und um staatliche Leistungen.

##### 1. BEFREIUNG VON PFLICHTEN

###### a) *Militärdienst*

Im Bereich des Militärdienstes spielen religiöse Argumente natürlich für die Frage der Dienstverweigerung aus Gewissensgründen eine überragende Rolle. Auf dieses Thema soll hier nicht eingegangen werden. Hingegen interessieren Fälle, in denen jemand zwar den Dienst nicht aus Gewissensgründen verweigert, aus religiös-kulturellen Gründen aber eine Sonderbehandlung beansprucht und damit verlangt, nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt zu werden.

In der Schweiz und Deutschland sind entsprechende Fälle nicht greifbar. In den USA sind Kleidervorschriften zum Problem geworden. So stellte sich u.a. die Frage, ob einem ortho-

<sup>115</sup>BGE 116 Ia 237 E. 2c, S. 240; bestätigt in BGE 119 Ia 35 E. 2, S. 37f.

<sup>116</sup>In diesem Sinn erlaubt Art. 16 EMRK ausdrücklich, bei der Anwendung von Art. 10 und 11 EMRK (Meinungs- und Versammlungsfreiheit) in Verbindung mit dem akzessorischen Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK zwischen eigenen Staatsangehörigen und Ausländern zu unterscheiden.

<sup>117</sup>Vgl. hierzu für das schweizerische Recht Kälin/Caroni, S. 63ff.

<sup>118</sup>Allgemeines zu diesem Grundrecht hinten S. 112ff.

xen Juden, der als Psychologe bei der Air Force arbeitete, verboten werden könne, zur Uniform eine Kippa zu tragen. Der Supreme Court anerkannte einen Eingriff in die Religionsfreiheit, kam dann aber zum Schluss, im Bereich der Armee sei im Gegensatz zu zivilen Fällen nicht zu fragen, ob die Massnahme durch ein zwingendes öffentliches Interesse geboten sei. Vielmehr genüge es, dass ein legitimes militärisches Interesse angestrebt werde. Ein solches sei im Interesse an der für die Disziplin wichtigen einheitlichen Erscheinung der Armeeangehörigen zu erblicken, weshalb die Massnahme verfassungskonform sei.<sup>119</sup> Das Urteil wurde mit dem Argument kritisiert, es sei nicht ersichtlich, dass der Supreme Court hier überhaupt noch eine Grundrechtsprüfung vorgenommen habe, und der amerikanische Kongress erlaubte in der Folge mittels einer Gesetzesänderung das Tragen religiöser Kleidungsstücke und Symbole auch im Militär, soweit der Staatssekretär für Verteidigung sie nicht als mit der Ausübung militärischer Pflichten unvereinbar bezeichnet.<sup>120</sup> Das Urteil im Fall Goldman steht in einem gewissen Gegensatz zu einem zehn Jahre früher ergangenen Entscheid eines amerikanischen Bundesgerichtes, in welchem einem Rabbi erlaubt wurde, in Abweichung von den Dienstvorschriften einen Bart zu tragen.<sup>121</sup> Ausschlaggebend war hier allerdings die Tatsache gewesen, dass der Beschwerdeführer bei der Air Force als Armeegeistlicher angestellt war und damit eine Funktion innehatte, die mit seinem religiös motivierten Erscheinungsbild in direktem Zusammenhang stand.

In Deutschland hatte das Bundesverwaltungsgericht<sup>122</sup> die Beschwerde eines wehrdienstfähigen Mannes zu beurteilen, der die Ausmusterung verlangte, da es ihm als Jude in der Armee nicht möglich sei, die Gebetszeiten und die koschere Kost einzuhalten. Er war „bis auf weiteres“ vom Wehrdienst zurückgestellt worden, wollte sich aber nicht damit begnügen. Das Gericht entschied, der Kläger habe keinen Anspruch auf Befreiung vom Wehrdienst. Die gesetzlich vorgesehene Zurückstellung wegen wehrdienstbedingter besonderer Härte sei hier gerechtfertigt, weil der Kläger das Recht, sein gesamtes Verhalten an den Lehren des Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäss zu handeln (Art. 4 GG), in der Bundeswehr nicht realisieren könne. Ein Anspruch auf Befreiung vom Wehrdienst bestehe aber nicht. Anders entschied das Verwaltungsgericht Hamburg<sup>123</sup> im Fall eines Moslems, der erfolglos eine Zurückstellung vom Wehrdienst mit dem Argument verlangt hatte, er habe als praktizierender Muslim bestimmte religiöse Riten zu beachten, die er während der Wehrdienstzeit nicht einhalten könne; ausserdem sei es ihm im Ramadan verboten, sich an einer kriegerischen Handlung zu beteiligen. Das Gericht entschied, aus der Tatsache, dass der Wehrpflichtige ein praktizierender Muslim sei, ergebe sich keine Härte, die eine Zurückstellung vom Wehrdienst rechtfertige. Wehrdienst und Glaubensausübung seien miteinander vereinbar. Eine besondere Härte wäre nur dann anzunehmen, wenn die Religionsausübung mit dem Wehrdienst praktisch unvereinbar und der Kläger gezwungen wäre, seinen religiösen Vorschriften notwendigerweise zuwiderzuhandeln. Es sei indes ohne weiteres möglich, den

<sup>119</sup>Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986).

<sup>120</sup>Nowak/Rotunda, Constitutional Law, S. 1306 mit Anm. 61.

<sup>121</sup>Geller v. Secretary of Defense, 423 F. Supp. 16 (D.C. Col. 1976).

<sup>122</sup>BVerwG, Urteil vom 9. März 1984 – 8 C 103/81, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1985, S. 113.

<sup>123</sup>VG Hamburg, Urteil vom 26. Januar 1994 – 3 W 2411/93, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 816ff.

Dienst so auszugestalten, dass dieser mit den religiösen Vorschriften, an die sich der Kläger zu halten habe, vereinbar werde. Schliesslich ist auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur gesetzlichen Regelung hinzuweisen, wonach katholische und evangelische Geistliche sowie hauptamtliche Geistliche anderer Bekenntnisse mit vergleichbarer Position vom Wehrdienst zurückgestellt bzw. im Fall der Dienstverweigerung vom Zivildienst freigestellt werden: Als Mitglied einer Weltreligion kann sich ein hinduistischer Priester aus Gründen der Rechtsgleichheit darauf berufen.<sup>124</sup>

Abgesehen vom letzten Fall, der ein klassisches Rechtsgleichheitsproblem aufwarf, lag all diesen Fällen das Problem zugrunde, dass Angehörige von Minderheitenreligionen mit an sich neutral gefassten Vorschriften konfrontiert waren, die für sie im Widerspruch zu religiösen Geboten standen. Dogmatisch lassen sich diese Fälle als Eingriffe in die Religionsfreiheit behandeln, welche nur zulässig sind, wenn die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der einheitlichen Regelung überwiegen und der Eingriff verhältnismässig erscheint. Gerade die Diskussion in den USA zeigt aber, wie sehr bei diesem Ansatz die Gewichtungen auseinandergehen können. Deshalb ist es m.E. sachgerechter, in solchen Fällen die Problematik der Rechtsgleichheit stärker in den Vordergrund zu rücken. Die Pflicht, einen Helm zu tragen oder, abgesehen von den Gottesdienstzeiten, am Sonntag jederzeit zum Dienst einsatz bereit zu sein, trifft z.B. orthodoxe Juden anders als Christen oder Atheisten, bei denen überhaupt kein Grundrecht betroffen wird. Die weltanschauliche Neutralität der Armee ist somit nur eine scheinbare. Deshalb muss die Maxime, dass Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist, Differenzierungen ermöglichen, welche die religiöse Identität der betroffenen Armeeingehörigern ernst nimmt; allerdings muss die Entbindung von Pflichten ihre Grenze an vorrangigen öffentlichen Interessen finden.

Dieses Resultat lässt sich dogmatisch auf zwei Wegen erreichen:

- Entweder prüft man, ob in der Durchsetzung der an sich neutralen Regelungen über die Dienstpflichten eine *indirekte Diskriminierung* liegt, welche sich als unnötig erweist und damit nicht gerechtfertigt werden kann,<sup>125</sup>
- oder es findet eine klassische Prüfung der Voraussetzungen für den *Eingriff in die Religionsfreiheit* statt, wobei bei der Güterabwägung bzw. der Verhältnismässigkeit dem Umstand besonderes Gewicht beizumessen ist, dass die Betroffenen Nachteile im Bereich ihrer Religionsfreiheit hinzunehmen haben, welche für andere Soldaten nicht bestehen.

Das Konzept der indirekten Diskriminierung stellt wegen der Besonderheiten des Prüfungsprogramms automatisch und damit besser sicher, dass der Aspekt der Benachteiligung wegen der religiösen Zugehörigkeit gebührend ins Zentrum der Prüfung rückt. Mit der Prüfung der Religionsfreiheit wird eher betont, dass Dienstpflichtige nicht in einen Konflikt zwischen militärischer Gehorsamspflicht und religiöser Pflichterfüllung und damit in u.U. schwere Gewissenskonflikte geraten sollen. Beide Methoden sind damit tauglich, der besonderen Lage von Armeeingehörigern nichtchristlicher Religionen gerecht zu werden. Differenzierung und

<sup>124</sup>BVerwG, Urteil vom 20. März 1987 – 8 C 37/85, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987, S. 698f.

<sup>125</sup>Dazu ausführlich vorne S. 93ff.

Toleranz gegenüber Minderheiten erweisen sich damit als Faktoren, welche diesen Menschen erlauben, trotz ihrer abweichenden religiösen Auffassungen den Dienst zu erfüllen.

### *b) Öffentliche Dienstverhältnisse*

Im öffentlichen Dienstverhältnis stellt sich die Frage der Dispensation vor allem im Zusammenhang mit religiösen Feiertagen. Zu diesem Thema ist Rechtsprechung aus Deutschland, Frankreich und England greifbar.

Im Fall eines Postbeamten, der als Gemeindeleiter der Johannischen Kirche Urlaub wollte, um als Amtsträger am Kirchentag seiner Religionsgemeinschaft teilnehmen zu können, entschied das *deutsche Bundesverfassungsgericht*,<sup>126</sup> es bestehe kein Anspruch des Beamten auf Erteilung von Sonderurlaub zur Teilnahme an einer Tagung einer privatrechtlichen Religionsgemeinschaft. Die gesetzliche Regelung räume einen Anspruch auf Sonderurlaub nur den Angehörigen öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften ein. Diese Regelung verstosse nicht gegen das Grundgesetz, da der Staat nicht verpflichtet sei, alle Religionsgemeinschaften schematisch gleich zu behandeln. Mit der Verleihung der Rechtsstellung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft werde der besonderen Bedeutung von Religionsgemeinschaften und ihrer gewichtigen Stellung im öffentlichen Leben Rechnung getragen. Diese Bedeutung erweise sich auch bei der Gewährung von Sonderurlaub als tragfähiges Unterscheidungsmerkmal.

Analog entschied ein Verwaltungsgericht<sup>127</sup> in *Frankreich*, als sich Beamte, die den Adventisten angehörten, an Samstagen von der Arbeiten dispensieren lassen wollten. Das Gericht betonte, im öffentlichen Dienstverhältnis setze das gute Funktionieren der Verwaltung der Religionsfreiheit Grenzen.

In *England* hatte der Court of Appeal im Fall Ahmad über die Zurückstufung eines muslimischen Lehrers auf eine 4½-Tageweche zu entscheiden; der Lehrer fehlte jeden Freitag während längerer Zeit in seiner Klasse, weil er in einer nahegelegenen Moschee am Freitagsgebet teilnahm.<sup>128</sup> Der Court of Appeal kam zum Schluss, dass Lehrkräfte das Recht auf Gebetszeiten und Gottesdienstbesuche haben, die Zeiten aber flexibel an die dienstlichen Erfordernisse anpassen müssen; ein Recht auf Dienstbefreiung während der ordentlichen Schulzeit bestehe nicht, soweit dadurch der Schulbetrieb und die Interessen der Schülerschaft beeinträchtigt würden.<sup>129</sup> Ahmad reichte gegen dieses Urteil eine Individualbeschwerde bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte ein. Die Kommission anerkannte, dass der Beschwerdeführer in seiner Religionsfreiheit gemäss Art. 9 EMRK betroffen war, kam aber zum Schluss, die Beschwerde sei angesichts der gesamten Umstände offensichtlich unbegründet;

<sup>126</sup>Urteil des BVerwG vom 13.11.1984 – 2 C 74/81, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987, S. 699ff.

<sup>127</sup>Tribunal administratif de Fort-de-France, jugement du 19 juin 1976, Affaire Coralie, Recueil p. 653, erwähnt bei Yann Aguila, Le temps de l'école et le temps de Dieu, Revue Française de Droit Administratif 11 (1995), S. 587.

<sup>128</sup>(1978) QB 36, (1978) 1 All E.R. 574, Urteil vom 22.3.1978, Ahmad v. Inner London Education Authority. Siehe zu diesem Fall auch die ausführliche Darstellung und Analyse bei Poulter, English Law and Ethnic Minority Customs, London 1986, 247ff.

<sup>129</sup>Siehe dazu die Begründung von Lord Dennings, (1978) QB 36, S. 40f.

Ahmad habe nicht zeigen können, dass der Islam von ihm verlange, trotz Arbeitspflicht am Freitagsgebet teilzunehmen, und sein Arbeitgeber habe mit dem Angebot einer Anstellung mit reduziertem Beschäftigungsgrad genügend Flexibilität bewiesen und gezeigt, dass er die religiösen Bedürfnisse des Beschwerdeführers ernst nehme.<sup>130</sup>

POULTER folgert aus diesem und ähnlichen Fällen,<sup>131</sup> dass Angestellte vertragswidrige Absenzen vom Arbeitsplatz nicht mit der Religionsfreiheit rechtfertigen können, vom Staat als Arbeitgeber aber erwarten dürfen, dass er im Rahmen des Möglichen religiösen Bedürfnissen von Minderheiten flexibel entgegenkommt.<sup>132</sup> Diese Aussage lässt sich verallgemeinern. Dabei spielt der Umstand eine wichtige Rolle, dass öffentliche Dienstverhältnisse nicht zwangsweise begründet werden und deshalb nicht die gleichen Regeln wie für Armeeangehörige und Schülerinnen<sup>133</sup> gelten können. Auch wenn sich Religionsausübung oft ohne grosse Probleme mit der Erfüllung der Dienstpflichten vereinbaren lässt, wenn beide Seiten genügend flexibel sind, bleibt der Grundrechtsschutz hier begrenzt. Dies gilt auch dann, wenn man diese Fälle nicht unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffes in die Religionsfreiheit, sondern als Fall einer indirekten Diskriminierung<sup>134</sup> auffasst: Die Regeln über die Dienstzeiten sind zwar neutral, sie treffen aber religiöse Minderheiten mit anderen Gebets- und Gottesdienstzeiten stärker als die anderen staatlichen Angestellten und werfen damit die Frage auf, ob der Tatbestand der indirekten Diskriminierung erfüllt ist. Die Anforderungen der Stelle, aber auch die legitimen Interessen der Arbeitskollegen und -kolleginnen, wegen Absenzen nicht zusätzlich belastet zu werden, vermögen allerdings solche Nachteile in vielen Konstellationen zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber muss jedoch im Sinn einer optimalen Verwirklichung der Grundrechte dafür Sorge tragen, dass in öffentlichen Dienstverhältnissen religiöse Anliegen von Minderheiten möglichst berücksichtigt werden können.<sup>135</sup> Rücksichtnahme erleichtert Angehörigen von Minderheiten, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren; sie sollen nicht gezwungen sein, entweder ihren Glauben aufzugeben oder auf berufliche Chancen zu verzichten.

### c) Ausweispapiere

Der Gedanke der Rechtsgleichheit, und zwar im Sinn des Verbotes akzessorischer Diskriminierung bei der Religionsfreiheit, führte in *Deutschland* in einer weiteren Fallkonstellation zu einer befriedigenden Lösung. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden<sup>136</sup> sah sich mit der Frage konfrontiert, ob Gläubigen, die in der Öffentlichkeit eine Kopfbedeckung tragen müssen, auf

<sup>130</sup>Application no 8160/78, 12.3.1981, Ahmad v. United Kingdom, deutsche Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1981, S. 326ff.

<sup>131</sup>Poulter, English Law, S. 252, erwähnt den Fall Hussain v. London Country Bus Services Ltd (IDS Brief 283, S. 5). In diesem Fall entschied ein Arbeitsgericht, dass einem muslimischen Reinigungsmann zwar Gelegenheit gegeben werden müsse, sein Morgengebet (z.B. während einer Pause) zu verrichten, er habe aber nicht Anspruch darauf, genau während des Sonnenaufgangs zu beten, wenn in diesem Zeitpunkt besonders viele Busse zu reinigen seien.

<sup>132</sup>Ders., S. 251f.

<sup>133</sup>Hierzu vorne, S. 98ff, und hinten S. 119ff.

<sup>134</sup>Vorne, S. 93ff.

<sup>135</sup>Problematisch z.B. die Personalverordnung des Kantons Bern vom 12.5.1993 (Fassung vom 22.11.1995), die in Art. 54 spezielle Urlaubstage nur für Angehörige „einer anderen landeskirchlichen Konfession“ vorsieht.

<sup>136</sup>VG Wiesbaden, Urteil v. 10. Juli 1984 – VI/1E 596/82, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1985, S. 137f.

ihr Verlangen Ausweispapiere mit Photos auszustellen seien, die sie mit Kopfbedeckung zeigen. Das Gericht bejahte die Frage unter Hinweis auf das Grundrecht der ungestörten Religionsausübung. Die Klägerin war islamischen Glaubens und argumentierte, das Tragen dieser Kopfbedeckung gehöre zu ihrem Glauben und Nichttragen sei eine Sünde. Die erstinstanzliche Behörde hatte die Ausstellung der neuen Ausweispapiere abgelehnt, weil das Ausweisgesetz zwar Ausnahmen für Angehörige christlicher Orden, nicht aber für muslimische Frauen vorsah. Das Gericht kam zum Schluss, eine grundrechtskonforme Auslegung verlange, diesen Ausnahmekatalog nicht als abschliessend zu verstehen. Das Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung verpflichte den Staat zu weltanschaulicher Neutralität. Eine Muslimin, die das Auftreten in der Öffentlichkeit ohne Kopfbedeckung als Sünde empfinde, in eine solche Situation zu zwingen, liefe dem Grundrechtsgehalt zuwider, zumal das Grundrecht der Freiheit der Religionsausübung eine weitgehende staatliche Toleranz auch gegenüber anderen Glaubensauffassungen und Betätigungen verlange. Die Notwendigkeit eindeutiger Identitätsfeststellung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung falle angesichts der gesetzlich bereits vorgesehenen Ausnahmen dagegen nicht besonders schwer ins Gewicht.

## 2. ANSPRÜCHE AUF STAATLICHE LEISTUNGEN

### a) Anstalten

Grundrechte sind primär als Abwehrrechte konzipiert. Seit längerem anerkennen jedoch Lehre und Praxis, dass sich daraus unter gewissen Voraussetzungen Ansprüche Privater auf staatliche Leistungen ergeben können. Dies gilt insbesondere in sog. Anstalten, d.h. Sonderstatusverhältnissen (auch besondere Rechtsverhältnisse genannt), die zwangsweise begründet werden.

Im Bereich der Religionsfreiheit sieht der in das deutsche Grundgesetz integrierte Art. 141 der Weimarer Reichsverfassung vor, dass in der Armee, in Krankenhäusern, Strafanstalten und sonstigen öffentlichen Anstalten bei Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge die Religionsgesellschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen sind. Diese Verpflichtung gilt nicht nur für christliche Religionsgemeinschaften, sondern für alle Religionen.<sup>137</sup>

In der Schweiz fehlt eine analoge Bestimmung. Das Bundesgericht hatte in BGE 113 Ia 304 die Weigerung der Justizdirektion des Kantons Zürich zu beurteilen, den muslimischen Insassen der Strafanstalt Regensdorf die Durchführung eines Freitagsgebetes zu ermöglichen. Die Justizdirektion hatte argumentiert, unter dem Gesichtspunkt der Anstaltsordnung sei es nicht möglich, allen Glaubensrichtungen die Durchführung gemeinsamer Gottesdienste zu erlauben. Ausnahmen könnten nur für öffentlichrechtlich anerkannte Glaubensgemeinschaften, die sog. Landeskirchen, gemacht werden. Das Bundesgericht wies diese Auffassung zurück. Wie es zuerst betonte, haben die Behörden die Gottesdienstordnung im Strafvollzug grundrechtskonform auszugestaltet. Eine Bevorzugung der Landeskirchen sei zulässig, dürfe aber nicht die Betätigung des Glaubens zum Inhalt haben. Soweit sich der angefochtene Entscheid auf die öffentlichrechtliche Anerkennung einer Glaubensgemeinschaft stütze, sei er

<sup>137</sup>Klaus Dieter Bayer, Das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit – unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, Baden-Baden 1997, S. 107. Ob Art. 141 Grundrechtscharakter zukommt, ist strittig, wird von Bayer (S. 111) aber bejaht.



die öffentlichrechtliche Anerkennung einer Glaubensgemeinschaft stütze, sei er mit der Kultusfreiheit gemäss Art. 50 aBV nicht zu vereinbaren:

„Wäre nur Angehörigen von als Landeskirchen anerkannten Glaubensgemeinschaften erlaubt, sich zum Kultus zusammenzufinden, könnte von religiöser Freiheit nicht mehr die Rede sein. In Strafanstalten kann nichts anderes gelten. Gerade hier, wo der weitgehende Entzug der Bewegungsfreiheit den Gefangenen hindert, die ihm verbleibenden Grundrechte selbstverantwortlich in Anspruch zu nehmen, und er sich in ausserordentlich grosser Abhängigkeit von den Vollzugsorganen befindet, muss sich die religiöse Neutralität des Staates bewähren.“<sup>138</sup>

Organisatorische Gründe vermöchten zwar gewisse Einschränkungen zu rechtfertigen; es müsse aber das Ziel der Anstaltsordnung sein, möglichst vielen Häftlingen den Besuch eines Gottesdienstes zu ermöglichen. Deshalb hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut.

Das Bundesgericht behandelte den Fall unter dem Aspekt eines Eingriffs in die Grundrechte. In Wirklichkeit ging es aber um ein Begehren auf staatliche Leistung, da die Anstaltsleitung die Benützung eines Kultusraumes organisieren und allenfalls zusätzliche Wach- und Betreuungsaufgaben übernehmen musste. In diesem Sinn hat in *Frankreich* der Conseil d'État entschieden, als er anerkannte, dass die Religionsfreiheit den Staat nicht nur zur Nichteinmischung, sondern im Rahmen von Sonderstatusverhältnissen auch zu jenen positiven Massnahmen verpflichte, welche notwendige Voraussetzung für die Ausübung der Kultusfreiheit sind: Deshalb müsse der Staat in einem Spital Kultusräumlichkeiten freihalten und an höheren Schulen die religiöse Betreuung finanziell unterstützen.<sup>139</sup> Dogmatisch sind diese Urteile richtig. Sie anerkennen, dass im Sonderstatusverhältnis der Staat gegenüber den Anstaltsinsassen bzw. -benutzern eine Garantenstellung innehat, welche ihn dazu verpflichtet, den ihm unterstellten Privaten das grundrechtlich Notwendige zukommen zu lassen. Diese Konzeption vermag die Marginalisierung von Migrantinnen und Migranten bzw. von Angehörigen religiöser Minderheiten zu reduzieren.

Lassen sich aus der Religionsfreiheit über den Anspruch auf Kultus hinaus Leistungsansprüche ableiten? Laut einem deutschen Urteil<sup>140</sup> kann die Gefängnisverwaltung nicht verpflichtet werden, einem Gefangenen anstelle der Anstaltsverpflegung eine den Speisevorschriften seiner Religionsgemeinschaft entsprechende Kost anzubieten. Im konkreten Fall bekannte sich der Betroffene zum Zen-Buddhismus; er hatte erfolglos vegetarische Kost nach den Richtlinien der Makrobiotik beantragt. Das Gericht führte aus, es genüge, wenn der Gefangene sich selber Kost beschaffen könne, die den Speisevorschriften seiner Religion entsprechen. Die Anstaltsleitung sei nicht verpflichtet, selbst solche Kost abzugeben, da der Anspruch auf Ge-

<sup>138</sup>BGE 113 Ia 304 E. 4c, S. 307.

<sup>139</sup>Conseil d'État, Sect., 28 janv. 1955, Aubrun, Rec. p. 50, und gleichentags Association professionnelle des aumôniers de l'enseignement public, Rec. p. 51, erwähnt im Antrag des Commissaire du gouvernement, Yann Aguila, zu den Fällen Consistoire central des israélites de France et autres und Koen, in: *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)* 1995, S. 586. Der Entscheid stützte sich zwar unmittelbar auf Gesetzesrecht (Art. 2, Loi de séparation des Eglises et de l'Etat, 9 déc. 1905, hierzu Robert Charvin/Jean-Jacques Sueur, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Paris 1997, S. 140f), brachte aber ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck (Aguila, a.gl.O.).

<sup>140</sup>OLG Hamm, Beschluss vom 14. Dezember 1983 – 7 Vollz (Ws) 140/83, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)* 1984, S. 190f.

wissensfreiheit ein Abwehrrecht des einzelnen gegenüber dem Staat sei und dieser nicht verpflichtet werden könne, dem einzelnen die faktische Möglichkeit der Religionsausübung zu gewähren. Eine wesentliche Rolle spielte der Umstand, dass der Kläger der einzige Buddhist in der Anstalt war. Er konnte sich deshalb nicht auf die Gleichbehandlung mit muslimischen Häftlingen berufen, welche religionsadäquate Speisen erhielten. Wenn es auch nach dem oben Gesagten falsch ist, im Anstaltsverhältnis Leistungsansprüche aus Grundrechten ganz zu verneinen, zeigt der Hinweis auf die muslimischen Häftlinge, worum es in solchen Fällen geht: Nicht um Eingriffe in die Religionsfreiheit durch Verweigerung religionsadäquater Verpflegung, sondern um Fälle *indirekter Diskriminierung*.<sup>141</sup> Die Auswahl und Zubereitung der Anstaltskost ist grundsätzlich eine neutrale Massnahme, welche aber Angehörige von Minderheitenreligionen mit besonderen Speisevorschriften nachteilig trifft. Eine Beschränkung der Auswahl erweist sich unter organisatorischen Gesichtspunkten als sachlich vertretbar, wo nur ganz wenige Häftlinge betroffen sind; sie ist aber nicht haltbar, wo die organisatorische Erschwerung durch die Zubereitung separater Kost angesichts einer genügend grossen Gruppe solcher Häftlinge zumutbar erscheint.

#### *b) Bestattung*

Haben Angehörige einer Religion, die spezielle Bestattungsvorschriften kennt, welche auf den Gemeindefriedhöfen nicht beachtet werden können, Anspruch auf eigene Friedhöfe oder speziell für sie reservierte Teile öffentlicher Friedhöfe? Die Frage stellt sich für Angehörige der jüdischen und muslimischen Religion: In beiden Fällen untersagen die religiösen Gebote die Ausgrabung der Gebeine und die Wiederverwendung des Grabes. Muslimische Tote müssen zudem mit dem Gesicht nach Mekka gerichtet beigesetzt werden.<sup>142</sup> Dies ist in der Schweiz meist nicht möglich, weil in der Regel der Grundsatz der Bestattung in der Reihenfolge der Todesfälle und gemäss der von der Friedhofsverwaltung festgelegten Ausrichtung der Gräber gilt; zudem ist die Grabesruhe meist beschränkt, und die Gräber werden nach wenigen Jahrzehnten in Hinblick auf neue Bestattungen aufgehoben.<sup>143</sup> Jüdische Friedhöfe existieren in der Schweiz an verschiedenen Orten. Abgesehen von Genf können sich strenggläubige Muslime in der Schweiz bis jetzt jedoch nicht glaubenskonform beerdigen lassen.<sup>144</sup> In anderen europäischen Staaten, so in Frankreich, England, Dänemark und Schweden, haben sich die zuständigen lokalen Behörden an vielen Orten bereit erklärt, für Muslime Lösungen – meist in der Form separater Abteilungen in den Friedhöfen – zu finden.<sup>145</sup>

<sup>141</sup>Dazu vorne S. 93ff.

<sup>142</sup>Zu den jüdischen und muslimischen Bestattungsvorschriften Niccolò Raselli, Schickliche Beerdigung für „Andersgläubige“, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 1103f, und Sebastian Poulter, English Law, S. 234f, beide mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>143</sup>Hinweise auf kantonale Regelungen bei Raselli, S. 1103.

<sup>144</sup>Raselli, S. 1103. In Bern wird dies in naher Zukunft möglich sein; in Zürich dauern die Debatten über einen muslimischen Friedhof noch an.

<sup>145</sup>Jørgen Nielsen, Muslims in Western Europe, 2<sup>nd</sup> edition, Edinburgh 1995, S. 20 (Frankreich), S. 53 (Grossbritannien), S. 78 (Dänemark) und S. 84 (Schweden). Für Frankreich siehe Inhumation des défunts de confession islamique, Ministère de l'Intérieur, Circulaire no 75.603 du 14 février 1991, abgedruckt in: Haut Conseil à l'intégration, Conditions juridiques et culturelles de l'intégration, Rapport au Premier ministre, mars 1992, Paris 1992. Michèle Tribalat, De l'immigration à l'assimilation, Paris 1996, S. 263, vermutet, dass das

In der Schweiz bildete bisher Art. 53 Abs. 2 aBV die rechtliche Grundlage für die Beurteilung solcher Fälle; danach steht die „Verfügung über Begräbnisplätze (...) den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann“. Diese Bestimmung ist eine der Säkularisierungsvorschriften der Bundesverfassung, welche den Einfluss der Kirchen zurückdrängen wollte.<sup>146</sup> Die kirchlichen Gemeinschaften verloren zwar das Eigentumsrecht an ihren Friedhöfen nicht, sie unterstanden nun aber der Aufsicht weltlicher Behörden, die dafür zu sorgen hatten, dass alle ungeachtet ihrer religiösen Bindungen ein schickliches Begräbnis erhalten konnten.<sup>147</sup> Dieser staatliche Einfluss auf das Begräbniswesen bewirkt allerdings nicht dessen völlige Säkularisierung. Deshalb ist es mit dem Verfügungsrecht der Behörden vereinbar, einer Religionsgemeinschaft zu erlauben, einen eigenen Friedhof anzulegen, oder auf einem öffentlichen Friedhof für eine Religionsgemeinschaft einen separaten Bereich zu reservieren, falls diese es wünscht.<sup>148</sup> Bereits in einem Bundesratsbeschluss vom 21. März 1911 wurde betont, dass die Trennung nach Religionen und Konfessionen durch Sonderfriedhöfe oder besondere Abteilungen innerhalb eines öffentlichen Friedhofes nicht ausgeschlossen sei.<sup>149</sup> Im gleichen Sinn führte der Bundesrat 1939 in einem Entscheid aus,<sup>150</sup> die Anlage eines Friedhofes durch eine katholische Kirchgemeinde sei nicht zu beanstanden, wenn der Friedhof unter der Aufsicht der bürgerlichen Behörden verbleibe; dies gelte selbst, wenn der Friedhof aller Voraussicht nach nur von Katholiken gebraucht werde. Für die Andersgläubigen müsse jedoch eine andere Möglichkeit eines schicklichen Begräbnisses gegeben sein, und der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Verstorbenen sei zu beachten. Bereits früher hatte der Bundesrat bemerkt,<sup>151</sup> eine Sonderkonzession für einen besonderen jüdischen Friedhof, wo die Gräber nicht mehr geöffnet würden, verletzte offensichtlich die Rechtsgleichheit. Allerdings handelte es sich dabei bloss um ein obiter dictum; die Auffassung widerspricht zudem der in der Schweiz seit langem geübten Praxis, jüdische Friedhöfe zuzulassen. Wie RASELLI zutreffend betont, ist die Grenze für Sonderfriedhöfe oder reservierte Abteilungen auf öffentlichen Friedhöfen dort erreicht, wo das Ziel die diskriminierende Ausgrenzung einer Minderheit ist.

Steht die Zulassung von Sonderfriedhöfen oder reservierten Abteilen im freien Ermessen der Behörden oder besteht, etwa im Fall der Muslime, ein Rechtsanspruch darauf? Die ältere Lehre verneinte einen Anspruch.<sup>152</sup> Raselli<sup>153</sup> hat in jüngster Zeit mit überzeugenden Argumenten die Gegenposition vertreten: Er argumentiert mit dem Anspruch auf ein schickliches Begräbnis, welchen er als verletzt sieht, wenn eine Beerdigung entsprechend den Anforderungen der eigenen Religion ausgeschlossen ist. Dieses Verständnis von Art. 53 Abs. 2 aBV drängt sich

Fehlen einer genügenden Zahl von Friedhöfen und andere praktische Hindernisse die Erklärung dafür sind, dass gut die Hälfte der Einwanderer aus dem Maghreb (dazu S. 138f) sich im Heimatland bestatten lassen wollen.

<sup>146</sup>Dicke, Rz 1; Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 489f.

<sup>147</sup>Dicke, Rz 7f; Burckhardt, S. 490f; Raselli, S. 1104f, mit Hinweis auf Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 343.

<sup>148</sup>Dicke, Rz 8f; Burckhardt, S. 491; Raselli, S. 1107 mit Hinweis auf BBl 1911 II 173ff und BBl 1912 I 515f.

<sup>149</sup>BBl 1911 II 173ff; BBl 1992 I 515f.

<sup>150</sup>Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (VEB) 13 (1939), Nr 7.

<sup>151</sup>Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (VEB) 4 (1930), Nr. 15.

<sup>152</sup>Burckhardt, S. 493; Fritz Wyler, Die staatsrechtliche Stellung der israelitischen Religionsgenossenschaft in der Schweiz, Zürich 1929, S. 128.

<sup>153</sup>Raselli, S. 1108f.

seines Erachtens auf, weil das Grundrecht der persönlichen Freiheit nach bundesgerichtlicher Praxis das Verfügungsrecht über den toten Körper mitgarantiert<sup>154</sup> und die Kultusfreiheit u.a. religiöse Begräbnisriten schützt; in diesem Sinn schliesst „das Gebot der schicklichen Beerdigung die Möglichkeit ein (...), kultische Handlungen und insbesondere Bestattungen nach religiösen Vorschriften vorzunehmen“.<sup>155</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass man es bereits 1883 für unschicklich hielt, wenn eine Leiche nicht am Wohnort begraben werden konnte.<sup>156</sup> Genau diese Konsequenz hat aber das Fehlen von islamischen Friedhöfen in der Schweiz für strenggläubige Muslime.<sup>157</sup>

Das Bundesgericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt, als es 1999 Gelegenheit erhielt, im Fall Abd-allah Lucien Meyers zu dieser Frage Stellung zu nehmen.<sup>158</sup> Es legte Art. 53 Abs. 2 aBV eng aus und stellte fest, die Weigerung der Heimatgemeinde eines Schweizer islamischen Glaubens, ihm und seiner Familie eine Grabstätte auf unbeschränkte Zeit zu garantieren, zwingt den Beschwerdeführer zu nichts, „was nach den hiesigen Anschauungen mit dem Gebot der Schicklichkeit oder Menschenwürde nicht vereinbar wäre“.<sup>159</sup> Es anerkannte, dass die Weigerung allenfalls die Religionsfreiheit betreffe,<sup>160</sup> verneinte aber eine Verletzung: Die Gewährung der Grabesruhe ‚auf ewige Zeiten‘ für Angehörige bestimmter Religionsgemeinschaften würde eine Sondernutzung darstellen, auf die kein Anspruch bestehe und welche dem Gebot der Gleichbehandlung widerspreche.<sup>161</sup> Das Gericht führte schliesslich aus:

„Wenn aufgrund des heutigen Zustandes Angehörige der islamischen Religion fernab der Schweiz in islamischen Ländern beigesetzt werden, mag dies für die Betroffenen mit hohen persönlichen und finanziellen Opfern verbunden sein, vor allem falls es sich um in der Schweiz niedergelassene Familien handelt. Es obliegt aber vorab der betreffenden Religionsgemeinschaft, sich um die Errichtung eigener (privater) Sonderfriedhöfe zu bemühen. Neben dem Erwerb eines geeigneten Areals dürfte dies auch raumplanerische und baurechtliche Massnahmen nötig machen. Ob und inwiefern bei der Realisierung eines solchen Vorhabens seitens der interessierten Glaubensgemeinschaft allenfalls gestützt auf [die Religionsfreiheit] eine behördliche Intervention oder Unterstützung im Sinne einer ‚Pflicht zur Verwirklichungsbeihilfe‘ (vgl. MARTIN PHILIPP WYSS, Vom Umgang mit dem Transzendenten, in: recht 16/1998 S. 178ff) verlangt werden könnte, ist vorliegend nicht näher zu prüfen, da kein derartiges Projekt zur Diskussion steht; im Rahmen der damit verbundenen Interessenabwägungen wäre dem konstitutiven Gehalt der Religionsfreiheit wohl zumindest in dem Sinne Rechnung zu tragen, als der Staat die entsprechende private Initiative nicht ohne triftigen Gründe vereiteln dürfte. Der blosser Umstand, dass ein derartiger Sonderfriedhof den Angehörigen der islamischen Religion – jedenfalls im Kanton Zürich – bis anhin nicht zur Verfügung steht, begründet dagegen noch keinen Anspruch auf ewige Grabstellen in öffentlichen Friedhöfen.“<sup>162</sup>

<sup>154</sup>BGE 111 Ia 231 E. 3b, S. 233.

<sup>155</sup>Raselli, S. 1108f.

<sup>156</sup>BB1 1883 II 878f.

<sup>157</sup>Raselli, S. 1109.

<sup>158</sup>BGE 125 I 300.

<sup>159</sup>BGE 125 I 300 E. b, S. 306.

<sup>160</sup>BGE 125 I 300 E. 3, S. 306ff.

<sup>161</sup>BGE 125 I 300 E. bb, S. 308f.

<sup>162</sup>BGE 125 I 300, S. 309f.

Die neue, am 18. April 1999 in einer Volksabstimmung angenommene Bundesverfassung erwähnt die Garantie eines schicklichen Begräbnisses nicht mehr.<sup>163</sup> Gemäss Auffassung des Bundesrates ist sie in Art. 7 der neuen Bundesverfassung über die Menschenwürde implizit enthalten.<sup>164</sup> Wird das Inkrafttreten dieser Bestimmung an der bundesgerichtlichen Auffassung etwas ändern? Dies ist nicht zu erwarten, da das Bundesgericht auf die neue Bestimmung hinwies, ohne daraus entsprechende Folgerungen zu ziehen.<sup>165</sup> Tatsächlich vermag ein dermassen weit offenes Prinzip wie die Menschenwürde zumindest in der schweizerischen Verfassungstradition kaum einen so präzisen Anspruch auf eine staatliche Leistung wie das Recht auf ‚ewige‘ Grabstellen zu begründen.

Trotzdem vermag das Urteil des Bundesgerichtes nicht zu befriedigen. In Fällen wie dem hier besprochenen führt m.E. nicht so sehr die Menschenwürde, sondern vielmehr das *Verbot indirekter Diskriminierung*<sup>166</sup> zu sachgerechten Lösungen. Die Grundsätze der Bestattung der Reihe nach und der Aufhebung der Gräber nach einer bestimmten Zeit und ähnliche Vorschriften<sup>167</sup> sind neutral formuliert, sie benachteiligen aber ausschliesslich Menschen, die bestimmten Minderheitenreligionen angehören, und müssen deshalb sachlich gerechtfertigt werden können. Angesichts der hohen und persönlichkeitsnahen Bedeutung der Verfügung über den eigenen Körper nach dem Tod und des Schutzes von Bestattungsriten durch die Religionsfreiheit vermögen organisatorische Probleme und Erschwerungen oder der Widerstand der lokalen Mehrheitsbevölkerung die Nichtzulassung religionsadäquater Grabstätten m.E. nicht zu rechtfertigen. Das Bundesgericht ist auf diesen Gesichtspunkt kurz eingegangen, hat eine solche Diskriminierung aber mit dem Hinweis darauf verneint, dass die Benachteiligung der Muslime auf der Notwendigkeit des Gräberturnus und damit wichtigen sachlichen Gründen beruhe und zudem die Möglichkeit privater Sonderfriedhöfe bestehe.<sup>168</sup> Damit hat es verkannt, dass bei religiösen Merkmalen indirekte Diskriminierungen nicht schon bei sachlichen Gründen irgendwelcher Art gerechtfertigt werden können, sondern erst, wenn die Benachteiligung verhältnismässig ist,<sup>169</sup> und sich allzu schnell über berechnete Interessen der Betroffenen hinwegsetzt. Wenn sich auch ein Recht auf Grabfelder für Muslime auf öffentlichen Friedhöfen allenfalls mit einigen Gründen verneinen lässt, hat das Bundesgericht es sich angesichts der realen Schwierigkeiten der Muslime in weiten Teilen der Schweiz offenkundig zu leicht gemacht, wenn es die islamischen Gemeinschaften auf die Möglichkeit von Sonderfriedhöfen verweist, ohne eine Unterstützungspflicht der Behörden zu statuieren.<sup>170</sup> Im Sinn der Politik der Anerkennung<sup>171</sup> sind hier differenzierte Lösungen nötig, weil die Gleichbehandlung aller Toten ungeachtet ihres religiösen Hintergrundes zur Ausgrenzung bestimmter

<sup>163</sup>In anderen Ländern fehlen entsprechende Bestimmungen ebenfalls, wenn auch etwa für England eine Rechtspflicht zur Zulassung von Bestattungen gemäss islamischer Tradition bejaht wird. Siehe Poulter, English Law, S. 240f.

<sup>164</sup>Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 141.

<sup>165</sup>BGE 125 I 300, S. 306.

<sup>166</sup>Vorne S. 93ff.

<sup>167</sup>In England haben z.B. Vorschriften zu Diskussionen Anlass geben, wonach Gräber sich nicht über das Bodenniveau erheben dürfen, was islamischen Vorschriften widerspricht; vgl. Poulter, English Law, S. 235 und 239f.

<sup>168</sup>BGE 125 I 300, S. 310.

<sup>169</sup>Vgl. vorne S. 95f.

<sup>170</sup>Ähnlich Martin Philipp Wyss, Vom Umgang mit dem Transzendenten, in: recht 16/1998 S. 173ff, S. 178ff.

<sup>171</sup>Vorne S. 54ff.

Gläubiger führt. Umgekehrt würde die Rücksichtnahme auf kulturelle Traditionen der Minderheit gerade im Einwanderungskontext zu ihrer gesellschaftlichen Integration beitragen. Wer weiss, dass er am Ort, wo er sein Leben verbracht hat, auch würdig zur letzten Ruhe gebettet werden kann, wird dort eher heimisch als derjenige, der das Land spätestens nach dem Tod verlassen muss. Auch wenn es viele Muslime als erstrebenswert erachten, in islamischer Erde bestattet zu werden,<sup>172</sup> lässt sich nicht bestreiten, dass die Verweigerung religionsadäquater Bestattungsmöglichkeiten eine besonders drastische Form von Ausgrenzung und Herabsetzung darstellt. Der hier besprochene Entscheid macht dies besonders deutlich, wo einer (gemäss Namen wohl alteingesessenen) schweizerischen Familie zugemutet wird, ihre letzte Ruhe in ausländischer Erde und damit im ‚Exil‘ zu finden!

Auch andere Aspekte kulturell determinierter Begräbnisriten lassen sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbotes sachgerecht beurteilen. Dies illustriert ein Beispiel aus *Deutschland*, wo sich die Frage stellte, ob ein Anspruch sozialhilfebefürftiger Angehöriger muslimischen Glaubens auf Übernahme der Kosten der rituellen Waschung einer Leiche durch das Sozialamt besteht. Das Verwaltungsgericht Berlin<sup>173</sup> hielt zuerst fest, laut Gesetz seien „die erforderlichen Kosten“ zu übernehmen. Bei den Kosten für die rituelle Totenwäsche handle es sich um für die Bestattung gläubiger Moslems erforderliche Kosten. In der Bundesrepublik seien religiös motivierte Beerdigungszeremonien üblich und würden für die christlichen Trauerfeiern regelmässig übernommen. Der Gleichheitsgrundsatz gebiete deshalb, auch die Kosten für islamische Feiern zu übernehmen.

### c) Arbeitslosenunterstützung

Kann jemandem wegen Eigenverschuldens staatliche Unterstützung verweigert werden, wenn dieses Verschulden aus der Befolgung von Vorschriften der eigenen Religion folgt? Zum Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Anspruch auf staatliche Unterstützung hat der amerikanische Supreme Court anhand des Beispiels der Arbeitslosenunterstützung eine reiche Praxis entwickelt.

Eine erste Fallgruppe betraf die Frage, ob Adventisten, die nach den Regeln ihres Glaubens die Sabbatruhe streng einhalten müssen, verschuldet arbeitslos sind, wenn sie deswegen entlassen werden und keine Stelle finden, bei welcher sie am Samstag nicht arbeiten müssen. In *Sherbert v. Verner*<sup>174</sup> hiess der Supreme Court 1963 die Beschwerde einer Adventistin gut, der die Arbeitslosenunterstützung mit dem Argument entzogen worden war, sie weigere sich, zumutbare Arbeit anzunehmen. Das Gericht betonte, damit werde auf die Beschwerdeführerin Druck ausgeübt, ihre religiöse Haltung aufzugeben, was sie in ihrer Religionsfreiheit treffe. Es liege kein zwingendes<sup>175</sup> öffentliches Interesse vor, welches diesen Eingriff rechtfertige, da es administrative Möglichkeiten gäbe, Missbräuche zu vermeiden. Diese Praxis wurde 1986 in einem gleichartigen Fall bestätigt,<sup>176</sup> wobei das Gericht nun von einem eigentlichen

<sup>172</sup>Vgl. Nielsen (Anm. 145), S. 53.

<sup>173</sup>VG Berlin, Urteil vom 3. November 1992 – 8 A 286/89, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 617f.

<sup>174</sup>*Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963).

<sup>175</sup>Zum Massstab des „compelling state interest“ vgl. Nowak/Rotunda, *Constitutional Law*, S. 601f.

<sup>176</sup>*Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 US 136 (1987).

‚Zwang‘, zwischen Religion oder Arbeitseinkommen zu wählen, sprach; weiterhin verlangte es ein zwingendes staatliches Interesse („compelling state interest“) für die Rechtfertigung der Massnahme, welches im konkreten Fall nicht ersichtlich war. Ähnlich entschied der Supreme Court im Fall Thomas,<sup>177</sup> in dem ein Zeuge Jehovas entlassen und damit arbeitslos wurde, weil er sich als Pazifist geweigert hatte, seine innerbetriebliche Versetzung in die Waffenproduktion zu akzeptieren; das Gericht betonte auch hier, dass der Beschwerdeführer in eine Zwangssituation versetzt wurde, in der er zwischen Religion und Arbeit wählen musste.

Die Entscheide des Supreme Court zu einer zweiten Fragestellung haben in den USA hohe Wellen geworfen. Konkret ging es um Angehörige der sog. Native American Religion, einer Kirche, die christliche und indianische Elemente verbindet und den rituellen Genuss von halluzinogenen Peyote-Pilzen als wichtigen Teil ihres Kultes betrachtet. Verschiedene Gläubige wurden wegen des Genusses verbotener Drogen entlassen und gingen wegen Selbstverschuldens ihrer Ansprüche auf Arbeitslosenunterstützung verlustig. In *Employment Division v. Smith (Smith II)*<sup>178</sup> hatte der Supreme Court 1990 zu entscheiden, ob diese Praxis mit der Religionsfreiheit vereinbar sei. Die Mehrheit der Richter kam zum Schluss, dass eine an sich neutrale Norm des Strafrechts nur dann vor der Religionsfreiheit zurückzutreten habe, wenn gezeigt werden könne, dass sie in der *Absicht* erlassen wurde, eine religiöse Praxis zu treffen. Das sei hier nicht der Fall, weshalb die Verweigerung von Unterstützungsleistungen zu Recht erfolgt sei. Das Urteil wurde von verschiedenen Seiten als zu eng und gegenüber der indianischen Bevölkerung intolerant kritisiert. Diese Kritik war berechtigt, weil der Supreme Court verkannte, dass hier eine indirekte Diskriminierung vorlag und diese auch bei fehlender Diskriminierungsabsicht verfassungsrechtlich relevant ist.<sup>179</sup> Der amerikanische Kongress nahm 1993 ein Gesetz an, das die Grundlage für eine grosszügigere Praxis schuf;<sup>180</sup> dieses Gesetz wurde allerdings durch das höchste amerikanische Gericht 1997 für verfassungswidrig erklärt.<sup>181</sup>

<sup>177</sup>Thomas v. Review Board, 450 US 707 (1981).

<sup>178</sup>Employment Division v. Smith, 494 US 872 (1990). In Smith I (Employment Division v. Smith, 485 US 660 [1988]) hatte der Supreme Court den Fall an die Vorinstanz zur Prüfung der Frage zurückgewiesen, ob der fragliche Staat den Genuss von Peyote absolut, d.h. auch für religiöse Zeremonien verbiete.

<sup>179</sup>Siehe dazu vorne S. 93ff.

<sup>180</sup>Religious Freedom Restoration Act 1993, abgedruckt bei Nowak/Rotunda, Constitutional Law, S. 1288f, Fussnote 46.

<sup>181</sup>City of Boerne v. Flores, 117 S. Ct. 2157 (1997). Damit gilt wieder die Smith-Regel, wonach die Privilegierung einer Religion durch Dispensation von einem an sich neutralen Gesetz das Verbot der Unterstützung einer bestimmten Religion verletze (Free Exercise Clause des First Amendment). Das Hauptargument des Supreme Court war der Hinweis, dass „this Court has had the primary authority to interpret [the Constitution]“ (117 S. Ct. 2157, S. 2166) und deshalb der Kongress nicht berechtigt sei, ein Urteil des Supreme Court via Gesetzgebung zu korrigieren; vielmehr dürfe er sein Recht zur Durchsetzungsgesetzgebung nur im Rahmen der Praxis des Gerichtes ausüben. Vgl. dazu ausführlich Michael W. McConnell, Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores, in: Harvard Law Review 111 (1997), S. 153ff; Günter Krings, Supreme Court gegen Kongress – Der Streit um den Inhalt der Religionsfreiheit in den USA, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 58 (1998), S. 147ff. Dieser Entscheid hat viel mit den Besonderheiten des amerikanischen Verfassungsrechts zu tun und lässt sich nicht als Beleg dafür anführen, dass es rechtswidrig wäre, Angehörigen von Minderheitsreligionen in gewissen Kontexten zu gestatten, von Gesetzen abzuweichen.

## V. SCHLUSS

Das Prinzip der Rechtsgleichheit besitzt ein Janusgesicht: Als Anweisung, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln und als Verbot direkter bzw. akzessorischer Diskriminierung schreibt es Blindheit gegenüber Differenzen religiöser und ethnischer Art vor, untersagt dem Staat also, selbst die Behandlung von Personen oder Gruppen zu kulturalisieren. Damit garantiert es, dass Menschen ungeachtet ihrer unterschiedlichen Identitäten das erhalten, was ihnen zukommt. Der Umstand, dass zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen differenziert werden kann, wo dafür sachliche Gründe sprechen, ändert an diesem Befund nichts, sondern weist bloss auf Grenzen des Gleichbehandlungsanspruchs hin.

Demgegenüber dient das Verbot der indirekten Diskriminierung der Anerkennung kultureller Differenzen, indem es verlangt, auf die Identitäten von Menschen Rücksicht zu nehmen, wenn eine an sich neutral gefasste Regel sie gerade wegen ihrer religiösen Überzeugungen und kulturellen Traditionen faktisch derart schwer benachteiligt, dass ihnen die Gleichbehandlung nicht mehr zugemutet werden kann. Hier führt der Grundsatz, dass Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden muss, zum Schutz kultureller Autonomie. Vor allem dort, wo der Staat (wie in der Armee oder im Strafvollzug) eine Garantstellung innehat, aber auch dort, wo er wie beim Friedhofswesen einen ganzen Bereich faktisch weitestgehend kontrolliert, vermag diese Pflicht zur Anerkennung von Differenzen den Staat zur Gewährung von Leistungen und zur Dispensierung Privater von der Erfüllung gesetzlicher Pflichten zu führen.

Bereits in der staatlichen Sphäre zeigt sich somit die Spannung zwischen Gleichheit und Schutz von Autonomie beziehungsweise zwischen Neutralitäts- und Anerkennungsverpflichtung. Die Gleichbehandlungsproblematik steht dabei allerdings deutlich im Vordergrund; die Pflicht zum Schutz der Differenz besteht subsidiär vor allem in Bereichen, in welchen Menschen nicht mehr autonom handeln können, sondern wie im Anstaltsverhältnis oder – bei den Bestattungsfällen – im Tod das, was ihnen privat wertvoll ist, dem staatlichen Zugriff aussetzen müssen.



## DRITTES KAPITEL

### DIE ÖFFENTLICHE SPHÄRE: INTERESSENAUSGLEICH

Im Bereich der Öffentlichkeit treffen Private aufeinander, die sich ausserhalb ihrer je eigenen Sphären<sup>1</sup> bewegen. Diese Kontakte können konfliktbeladen sein, wenn die Beteiligten einander aus religiösen, ethnischen und ähnlichen Gründen ablehnen. Der Staat ist regelmässig aufgerufen, in solchen Situationen tätig zu werden und Regeln für den Umgang der Privaten miteinander festzusetzen. Dazu dienen in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen das Privat- und das Strafrecht, Rechtsgebiete also, welche im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu behandeln sind. Konflikte können aber auch zwischen dem Staat und Privaten über deren Verhalten im öffentlichen Raum – z.B. als Arbeitnehmerinnen oder Verkehrsteilnehmer – entstehen; besonders ausgeprägt sind sie, wo der Staat – wie in der öffentlichen Schule oder als Arbeitgeber – selbst als Akteur in der Sphäre des Öffentlichen auftritt.

Es wird sich zeigen, dass hier mit Ausnahme der Privatschulfreiheit<sup>2</sup> alle praktischen Grundrechtsprobleme die Religionsfreiheit betreffen. Dieses komplexe Freiheitsrecht kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erschöpfend behandelt werden; einige Vorbemerkungen dogmatischer Art sind aber notwendig (I). Die kurze Darstellung beschränkt sich auf jene Aspekte, welche für die Problematik der Grundrechte im Einwanderungskontext relevant sind. Im Zentrum des Kapitels stehen Probleme im Schul- und im Privatschulbereich (II und III). Das Kapitel schliesst mit einer kurzen Darstellung einiger Probleme im Bereich Arbeit und Beruf (IV).

#### I. GRUNDSÄTZLICHES ZUR RELIGIONSFREIHEIT

##### 1. INHALT

###### a) *Quellen*

Die Religionsfreiheit gehört zu den klassischen Grund- und Menschenrechten und ist in einer Vielzahl von Dokumenten verankert.<sup>3</sup> In der Schweiz<sup>4</sup> garantierten Art. 49 und 50 aBV mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie der Kultusfreiheit die wichtigsten Teilgehalte in differenzierter Weise. In der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 nennt Art. 15 in umfassender und gleichzeitig konziser Weise die folgenden Teilgehalte: (1) Die Gewährleis-

<sup>1</sup>Zur privaten Sphäre hinten, 4. Kapitel, S. 158ff.

<sup>2</sup>Dazu hinten S. 148ff.

<sup>3</sup>Siehe dazu Beat Kaufmann, Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht, Zürich 1989.

<sup>4</sup>Siehe hierzu aus der reichen Literatur Peter Karlen, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988; Martin-Philipp Wyss, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1994, S. 385ff.; Ulrich Häfelin, Art. 49, in: Kommentar Bundesverfassung; Christoph Winzeler, Fremde Religionen in der Schweiz unter Gesichtspunkten der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 117 (1998), S. 237ff; Martin Philipp Wyss, Vom Umgang mit dem Transzendenten, in: recht 16/1998 S. 173ff.

tung der Glaubens- und Gewissensfreiheit; (2) das Recht auf freie Wahl der Religion oder weltanschaulichen Überzeugung; (3) das Recht, eine Religion oder Weltanschauung „allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen“; schliesslich (4) das Recht, „einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen“ (positive Religionsfreiheit) und, als Gegenstück, der Schutz davor, zu einer dieser Aktivitäten gezwungen zu werden (negative Religionsfreiheit).

Andere Verfassungen sind knapper, decken aber das gleiche ab. Art. 4 des deutschen Grundgesetzes<sup>5</sup> deklariert die „Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“ als unverletzlich und gewährleistet „die ungestörte Religionsausübung“. In den USA gewährleistet das First Amendment<sup>6</sup> die freie Ausübung von Religion (sog. ‚free exercise clause‘) und verbietet dem Staat, irgendeine Religion zu etablieren (sog. ‚Establishment-Clause‘), was eine strikte Trennung von Staat und Kirchen bewirkt. Art. 2 Abs. 1 der Verfassung der französischen Republik vom 28. September 1958 hält den Grundsatz der Laizität des Staates fest und verpflichtet die französische Republik, alle Glaubensrichtungen zu respektieren: „Elle respecte toutes les croyances“.<sup>7</sup> Die kanadische Charta der Rechte und Freiheiten von 1982 beschränkt sich in Section 2 darauf, die „freedom of conscience and religion“ als eine der „fundamental freedoms“ zu garantieren.

Im internationalen Recht garantieren Art. 9 Abs. 1 EMRK und Art. 18 Abs. 1 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte jedem Menschen das Recht „auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“. Dieses umfasst „die Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen“ (EMRK) bzw. diese zu wechseln (Pakt) sowie die Freiheit, „seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, Andachten und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben“ (EMRK und inhaltlich identisch der Pakt).

Verfassungen und Völkerrecht sehen vor, dass die *Ausübung* religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen unter den üblichen Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage, des genügenden öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit eingeschränkt werden können. Einzig Art. 4 GG enthält keinen Schrankenvorbehalt; Einschränkungen werden aber auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken zugelassen.<sup>8</sup>

<sup>5</sup>Hierzu statt vieler Klaus Dieter Bayer, Das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit, Baden-Baden 1997, S. 23ff. Zu den jüngsten Entwicklungen Karl-Hermann Kästner, Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 123 (1998), S. 408ff, und Wolfgang Bock, Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, AöR 123 (1998), S. 444ff, je mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>6</sup>Hierzu etwa Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 2<sup>nd</sup> ed., Minneola/New York 1988, S. 1154ff, und John E. Nowak/Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul/Minnesota 1995, S. 1223.

<sup>7</sup>Ebenso Art. 1 des Gesetzes vom 9.12.1905 über die Trennung von Kirche und Staat („liberté de conscience“) sowie Art. 2: „La république ne reconnaît, ne salarite, ni ne subventionne aucun culte.“ Hierzu z.B. Jacques Robert, La liberté religieuse, in: Revue internationale de droit comparé 1994, S. 639ff, und insbesondere Robert Charvin/Jean-Jacques Sueur, Droits de l’homme et libertés de la personne, 2e éd., Paris 1997, S. 200ff.

<sup>8</sup>Hierzu etwa Bayer, S. 135ff.

## *b) Schutzbereich*

Im Migrationskontext stehen regelmässig nicht Probleme der Weltanschauung im Vordergrund, sondern solche des Glaubens und der Religion, weshalb sich die folgenden Ausführungen auf die Religionsfreiheit konzentrieren. Hier sind vorab drei Fragen zu klären: (aa) Was bedeutet Religion im Sinn der Grund- und Menschenrechte? (bb) Wie weit fallen religiös motivierte Lebenspraktiken unter den Begriff der Religion? (cc) Nach welchen Kriterien ist zu entscheiden, welche Praktiken und Auffassungen zum Inhalt einer Religion oder eines Glaubens gehören?<sup>9</sup>

### *aa) Religionsbegriff*

Der Religionsbegriff wird regelmässig sehr weit gefasst.<sup>10</sup> Darunter fällt jede „mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zu Herkunft und Ziel des menschlichen Lebens“<sup>11</sup> bzw. jede „Gesamtschau der Welt und des Lebens“.<sup>12</sup> Isolierte Splitteransichten<sup>13</sup> ohne Bezug zum Ganzen stellen keine Religion dar.<sup>14</sup> Die Überzeugungen müssen sich auf „Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen bzw. zum Transzendenten“<sup>15</sup> beziehen, wobei eine personalisierte Gottesvorstellung nicht nötig ist: Deshalb stellen auch der Buddhismus oder pantheistische Lehren Religionen dar.<sup>16</sup> Die Beziehung zum Transzendenten kann im Sinne des Atheismus auch eine negative sein, was solche Auffassungen zwar nicht zu Religionen, aber zu einer ebenfalls geschützten Weltanschauung macht.<sup>17</sup> Karlen hat diesen weiten Religionsbegriff anschaulich beschrieben als alle Arten von „Bindungen des Menschen zu Gott, zu mehreren Göttern oder sonst zu einem höchsten überirdischen Wesen („être supreme“/‘Supreme being‘), aber auch pantheistische, naturalistische und andere in der Transzendenz gründende Vorstellungen vom Sinn der menschlichen Existenz“.<sup>18</sup> In diesem Sinn sind nicht nur die christlichen Denominationen und die verschiedenen Richtungen und Sondergruppen der anderen Weltreligionen als Religionen anerkannt worden, sondern auch sog. ‚Jugendsekten‘.<sup>19</sup> Im Migrationskontext hat

<sup>9</sup>Die ebenfalls relevante Frage, ob beim Entscheid auf den Inhalt des Glaubens und seiner Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Verfassungsstaates Rücksicht genommen werden darf, wird im 4. Kapitel, hinten S. 164ff, behandelt.

<sup>10</sup>Vgl. hierzu Wyss, Integration, S. 393; Karlen, S. 200ff; Häfelin, Rz 42ff; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 82ff; Kästner, S. 409ff; Bock, S. 445ff.

<sup>11</sup>BVerwGE 90, Nr. 14, S. 115 (1992).

<sup>12</sup>BGE 119 IV 260. Erw. 3b (aa).

<sup>13</sup>So die treffende Umschreibung bei Wyss, Integration, S. 392.

<sup>14</sup>In diesem Sinn hat die Europäische Kommission für Menschenrechte den Wunsch, auf dem eigenen Grundstück beerdigt zu werden, nicht als Religionsausübung anerkannt, da er nicht „Ausdruck einer zusammenhängenden Sicht grundlegender Probleme“ sei (X. g. Belgien, Beschwerde Nr. 8493/79 vom 8.10.1981, hier zitiert nach: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1983, S. 217).

<sup>15</sup>BGE 119 Ia 183.

<sup>16</sup>Karlen, S. 202; Häfelin, Rz 42.

<sup>17</sup>Karlen, S. 206; Martin Morlok, Kommentar zu Art. 4 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. 1, Tübingen 1996, S. 309 Rz 43.

<sup>18</sup>Karlen, S. 201.

<sup>19</sup>Vgl. die ausführlichen Nachweise der schweizerischen und europäischen Praxis bei Karlen, S. 202. In Deutschland sind „die Gerichte der Frage, ob eine ‚neue Religionsgemeinschaft‘, eine ‚Jugendsekte‘ oder ‚Psychogruppe‘ den Status einer Religionsgemeinschaft im Sinne des Art. 4 GG für sich dem Grunde nach in

sich in diesem Zusammenhang einzig in England das Problem gestellt, ob Anhänger des Rastafaria-Glaubens aus Jamaika Anhänger einer Religion sind; daran wird heute aber nicht mehr gezweifelt.<sup>20</sup>

### *bb) Religionsbestimmte Lebenspraxis*

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob eine bestimmte Lebenspraxis (z.B. das Tragen bestimmter Kleidungsstücke oder Nahrungsvorschriften<sup>21</sup>) den Schutz der Religionsfreiheit genießt. Die internationalen Garantien machen deutlich, dass in ihren Schutzbereich neben kultischen und sakralen Riten auch „religiöse Gebräuche“ („practice“ bzw. „pratiques“ in den authentischen Sprachfassungen) fallen. In diesem Sinn gewährleistet die Religionsfreiheit nach der Praxis des Bundesverfassungsgerichts „dem Einzelnen einen von staatlichen Eingriffen freien Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht. Dazu gehört (...) auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäss zu handeln“.<sup>22</sup> Schwierig ist allerdings die Abgrenzung der geschützten Verhaltensweisen,<sup>23</sup> wenn gläubige Menschen ihr gesamtes Leben im Licht ihrer Religion führen; hier würde eine allzu weite Interpretation der Garantie jegliche Konturen nehmen.

Ein gutes Beispiel für die Abgrenzungsproblematik bildet die Praxis zur Helmtragepflicht im Strassenverkehr. In der *Schweiz* hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob ein gläubiger Sikh in seiner Glaubens- und Gewissensfreiheit beeinträchtigt wird, weil er beim Motorradfahren statt seines Turbans einen Helm tragen muss.<sup>24</sup> Die Vorinstanz meinte, die Religionsfreiheit sei nicht tangiert, da die Vorschrift nicht das Tragen des Turbans verbiete, sondern das Führen eines Motorrads ohne Helm. Das Bundesgericht anerkannte, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit als Formen religiöser Betätigung auch Verhaltensweisen schütze, „die als unmittelbarer Ausdruck religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen erscheinen“; dazu gehöre auch das Tragen besonderer religiöser Kleidung.<sup>25</sup> Damit genieße das Verbot, in der Öffentlichkeit das Haupt zu entblößen, grundsätzlich den Schutz der Verfassung. Allerdings sei den Sikhs nicht das Tragen eines Turbans vorgeschrieben, weshalb ein Helm als Kopfbedeckung keine religiösen Vorschriften verletze. Weil der Beschwerdeführer den Helm jeweils in privaten Räumlichkeiten anziehen könne, zwinge ihn die Vorschrift nicht dazu, sich in der Öffentlichkeit mit blossem Haupt zu zeigen. Deshalb liege kein Eingriff in die Glau-

Anspruch nehmen könne, nach Möglichkeit ausgewichen (...)“ (Kästner, S. 412, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

<sup>20</sup>Sebastian Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights. The English Experience*, Oxford 1998, S. 333ff und 347ff. Der Streit drehte sich nicht um den Begriff der Religionsfreiheit, sondern darum, ob Rastafarier in den Gefängnissen als Angehörige einer anerkannten Religion einzutragen seien und als solche gewisse Privilegien geniessen sollten.

<sup>21</sup>Dazu hinten S. 131, 154, 168.

<sup>22</sup>BVerfGE 32, 98 (106)

<sup>23</sup>Hierzu und zum Folgenden statt vieler Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Kehl/Strasbourg/Arlington 1993, S. 321; Karlen, S. 214f und 232ff; Johannes Hellermann, *Der Grundrechtsschutz der Religionsfreiheit ethnisch-kultureller Minderheiten*, in: Wilhelm Heitmeyer/Rainer Dollase (Hrsg.), *Die bedrängte Toleranz*, Frankfurt a.M. 1996, S. 386f.

<sup>24</sup>BGE 119 IV 260.

<sup>25</sup>S. 263, E. 3b.

bens- und Gewissensfreiheit vor. Das Bundesgericht hat mit dieser Entscheidung die Bedeutung des Turbans für Sikhs verkannt.<sup>26</sup> Zwar gehört diese Kopfbedeckung nicht zu den fünf Symbolen, die ein getaufter Sikh tragen muss.<sup>27</sup> Der Turban dient aber nicht nur dazu, Haare und Kamm zusammenzuhalten, sondern stellt das eigentliche Symbol der religiösen Identität eines Gläubigen dar:<sup>28</sup> Dank des Turbans ist er in der Öffentlichkeit jederzeit als solcher erkennbar und kann damit nicht in Versuchung kommen, seinen Glauben zu verraten. Entsprechend haben sich Sikhs in den Diensten der britischen Armee immer, d.h. auch im Kampfeinsatz, geweigert, einen Helm zu tragen,<sup>29</sup> und sie haben in verschiedenen Ländern dafür gekämpft, beim Motorradfahren, als Polizisten oder auf dem Bau von der Pflicht des Helmtragens befreit zu werden.<sup>30</sup> Hätte das Bundesgericht diese Tatsache in Betracht gezogen, hätte es einen Eingriff in die Religionsfreiheit bejahen müssen;<sup>31</sup> allerdings ist fraglich, ob es bei der Güterabwägung zu einem anderen Resultat hätte kommen müssen, da aus grundrechtlicher Sicht ein solcher Eingriff angesichts gewichtiger Sicherheitsinteressen kaum vorrangig erschienen wäre.

Dies ist jedenfalls die Position der *Europäischen Menschenrechtskommission*. Sie hat bereits 1978 anerkannt, dass ein Helmtragegebot für Motorradfahrer die Religionsfreiheit von Sikhs tangiere. Sie kam zum Schluss, dabei handle es sich allerdings um eine im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK zulässige Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit.<sup>32, 33</sup> Damit folgte sie ihrer konstanten Praxis, dass die Religionsfreiheit grundsätzlich keinen Anspruch auf Befreiung von gesetzlichen Pflichten gibt.<sup>34</sup> Der Religionsbegriff nationaler Verfassungen geht hier weiter; jedenfalls sind Gerichte in vielen Ländern bereit gewesen, im Rahmen einer Güterabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall zu untersuchen, ob die Verweigerung einer Dispensation die Religionsfreiheit verletze.<sup>35</sup>

Trotzdem bleibt die Frage der Grenzziehung. In der Doktrin ist vorgeschlagen worden, dabei nach dem Kriterium des *unmittelbaren Zusammenhanges* zwischen äusserer Betätigung und

<sup>26</sup>Die Ausführungen folgen hier Poulter, *Ethnicity*, S. 288ff.

<sup>27</sup>Die sog. fünf K: *kesh* (langes Haar), *kanga* (Kamm, der das lange Haar zusammen hält), *kara* (ein Stahlband, das am rechten Handgelenk getragen wird), *kirpan* (ein Dolch) und *kaccha* (spezielle Unterwäsche); siehe dazu Poulter, *Ethnicity*, a.g.l.O.

<sup>28</sup>Ders., S. 291, mit Hinweisen auf Spezialliteratur.

<sup>29</sup>Ders., S. 296f, mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf einen Befehl der (Anglo-)Indischen Armee während des Zweiten Weltkrieges, dass Sikhs keine Helme tragen müssen.

<sup>30</sup>Vgl. die Fälle aus Kanada hinten S. 154.

<sup>31</sup>Zum Geltungsbereich der Religionsfreiheit vorne S. 114ff.

<sup>32</sup>Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 12. Juli 1978, Nr. 7992/77, X. c/Royaume-Uni, Nr. DR 14, 234f.

<sup>33</sup>Trotz dieses Urteils beschloss der britische Gesetzgeber in der Folge, Sikhs im Interesse religiöser Toleranz von der Helmtragepflicht im Strassenverkehr zu befreien: *Motorcycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976*; heute *Section 32(2A) Road Traffic Act 1988*. Zur Geschichte und den Hintergründen dieser Gesetzgebung ausführlich Poulter, *Ethnicity*, S. 292ff. – Offenbar sind Sikhs auch in Westaustralien, Malaysia und Singapur von der Helmpflicht im Verkehr befreit: Siehe den Hinweis bei Poulter, *Ethnicity*, S. 295.

<sup>34</sup>Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 1996, S. 378, Rz 19; die gleiche Konsequenz bejaht Nowak, *CCPR Commentary*, S. 321f, Rz 26, für den Pakt.

<sup>35</sup>Zu dieser Praxis ausführlich hinten S. 136ff. Siehe auch vorne S. 101ff.

innerem religiösen Verständnis vorzugehen.<sup>36</sup> Dieser Ansatz ist trotz der Offenheit des Kriteriums sachgerecht, wenn auch Grenzfälle bleiben. Zu bejahen ist dieser direkte Zusammenhang jedenfalls dort, wo nach dem Verständnis der Betroffenen das Unterlassen eines spezifischen Verhaltens gegen eine religiöse Pflicht verstösst und deshalb zu einem *Gewissenskonflikt* führt oder wo das Verhalten direkt der Erfüllung einer religiösen Aufgabe dient; dabei genügt es, dass das Verhalten direkt auf religiösen Motiven beruht. In diesem Sinn haben Praxis und Doktrin nicht nur Kulthandlungen wie Gottesdienste, Prozessionen, kirchliches Glockengeläute oder die Pilgerfahrt nach Mekka<sup>37</sup> als geschützt eingestuft, sondern auch die karitative Tätigkeit von Religionsgemeinschaften<sup>38</sup> und religiöse Gebräuche wie das Tragen religiöser Kleidung,<sup>39</sup> das Wachsenlassen eines Kinnbartes nach buddhistischer Regel,<sup>40</sup> die Einhaltung religiöser Speisevorschriften<sup>41</sup> oder das Schlachten von Tieren nach religiösem Ritus.<sup>42</sup> Geschützt sind aber auch Unterlassungen wie die religiös begründete Ablehnung von ärztlichen Behandlungen inkl. Bluttransfusionen oder die Weigerung eines Zeugen Jehovas, die amerikanische Flagge zu grüssen.<sup>43</sup> In all diesen Fällen bleiben allerdings verfassungsrechtlich zulässige Beschränkungen dieser Freiheit denkbar.

### *cc) Nachweis einer religiösen Überzeugung*

Vor allem in jenen Fällen, in welchen nicht Kultushandlungen, sondern – wie bei der Bekleidung oder bei Speisevorschriften – an sich säkulare Verhaltensweisen zur Diskussion stehen, stellt sich die Frage des *Nachweises einer religiösen Überzeugung*. Unbestritten ist, dass es für die Anerkennung einer Religion weder auf die Zahl ihrer Anhänger noch auf ihre soziale Relevanz ankommt,<sup>44</sup> obwohl es für Religionen typisch ist, dass sie sich als *Glaubensgemein-*

<sup>36</sup>Karlen, S. 232.

<sup>37</sup>Ders., S. 230f, mit detaillierten Hinweisen.

<sup>38</sup>Grundlegend BVerfGE 24, 236 (Lumpensammler-Fall); vgl. auch BVerfGE 53, 366 (403).

<sup>39</sup>Vgl. die Nachweise hinten S. 128ff, 131ff und 154ff.

<sup>40</sup>Karlen, S. 233, mit Hinweis auf den Entscheid der Menschenrechtskommission vom 15.2.1965, Beschwerde Nr. 1753/63, im Fall X. g. Österreich, Collection of Decisions 16, 20.

<sup>41</sup>Vgl. die Fälle vorne, 2. Kapitel, S. 103ff, sowie einen Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission aus dem Jahre 1976, Beschwerde Nr. 5947/72, X. v. UK, DR 5, 8f. Ein jüdischer Häftling hatte geltend gemacht, das Essen im Gefängnis entspreche nicht seinen Glaubensvorschriften. Die Kommission entschied, dass dieses Anliegen unter den Schutzbereich von Art. 9 EMRK falle, kam im konkreten Fall jedoch zum Schluss, dass keine Verletzung seiner Rechte vorliege.

<sup>42</sup>Dazu hinten S. 168ff.

<sup>43</sup>Karlen, S. 234, mit Hinweisen.

<sup>44</sup>BVerfGE 32, 98 (106). Siehe zum Recht der USA Tribe, S. 1181; zum deutschen Recht Bayer, S. 24; zum schweizerischen Recht z.B. Häfelin, S. 17 Rz 42.

*schaften*, d.h. kollektiv konstituieren.<sup>45</sup> Umstritten ist allerdings, ob die Definitionsmacht beim Staat oder bei den betroffenen Gläubigen liegt<sup>46</sup>.

Ausgangspunkt für eine Beurteilung muss der Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität sein, der dem Staat verbietet, zum Richter in religiösen Fragen zu werden. Deshalb darf weder die Auslegung heiliger Schriften durch den Richter noch das Abstellen auf orthodoxe Lehrmeinungen ausschlaggebend sein, und es ist für staatliche Organe „ausgeschlossen, die theologische Richtigkeit oder Verbindlichkeit vorgebrachter Glaubensüberzeugungen staatlicherseits zu überprüfen und zu bewerten“.<sup>47</sup> Zwar bleibt die Entscheidung über die grundrechtliche Anerkennung geäusselter Ansichten als Religion immer Sache des dazu berufenen Gerichts; dieses hat dabei aber primär auf das religiöse Selbstverständnis der betroffenen Person abzustellen.<sup>48</sup> Dies folgt direkt aus dem individuellen Charakter der Religionsfreiheit: Nur die Gläubigen selbst können bestimmen, was ihre eigenen religiösen Überzeugungen sind. Da Schutzobjekt der Religionsfreiheit nicht die Orthodoxien irgendwelcher Kirchen, sondern die subjektiven Glaubensüberzeugungen konkreter Menschen sind, kommt es allein auf deren eigenen Glauben an, den sie zusammen mit anderen leben.<sup>49</sup> Glaubensinhalte sind nicht wahrheitsfähig; deshalb kann nur derjenige, der sie geltend macht, über sie befinden.<sup>50</sup> Ob die Sinngebung eines Gläubigen mit herrschenden Strömungen innerhalb der betreffenden Glaubensgemeinschaft übereinstimmt, ist unerheblich: Häretiker und Abtrünnige sind in ganz besonderem Ausmass auf den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit angewiesen.

Blosse Behauptungen genügen allerdings nicht; vielmehr hat die betroffene Person eine *Darlegungslast*: Sie muss dem Gericht unter Bezugnahme auf religiöse Normen, Programme, Glaubensbekenntnisse und ihre Quellen plausibel machen, dass die fragliche Verhaltensweise authentisch ist, d.h. aus einem religiösen oder weltanschaulichen Wertesystem her ihren Sinn empfängt<sup>51</sup> (und nicht etwa allein kommerziell motiviert ist<sup>52</sup>), und dass dieses Denksystem

<sup>45</sup>Robert, S. 639, definiert die Religion durch ein subjektives Element, den Glauben, und ein objektives Kriterium, die Gemeinschaft der Gläubigen. Ein „Minimum an personellem Zusammenhalt durch Organisation“ verlangt auch Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VI, 1989, S. 396, Rz 42. Die Glaubensgemeinschaft kann sehr klein sein, die Privatreligion einer einzigen Person dürfte es allerdings schwer haben, von einem Gericht als solche anerkannt zu werden. Ähnlich Morlok, S. 309 Rz 42: „Eine strikt individuelle Vorstellung stellt keinen ‘Glauben’ im Sinne des Grundgesetzes dar.“

<sup>46</sup>Einen guten Überblick gibt Johannes Hellermann, Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Christoph Grabenwarter et al. (Hrsg.), Allgemeinheit der Menschenrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Stuttgart 1994, S. 131ff. Zur neueren deutschen Praxis siehe Kästner, S. 413ff.

<sup>47</sup>Hellermann., S. 133.

<sup>48</sup>So z.B. Jörg Müller-Volbehr, Das Grundrecht der Religionsfreiheit und seine Schranken, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 48 (1995), S. 303; Tribe, S. 1181; Karlen, S. 203ff, der allerdings zu recht und in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht betont, das Selbstverständnis sei nicht verbindlicher Massstab, sondern in weitem Rahmen Kriterium für die Interpretation der geäusserten Auffassung. Anderer Ansicht Wyss, Integration, S. 386.

<sup>49</sup>Zur kollektiven Dimension von Religion oben bei Anm. 45.

<sup>50</sup>Morlok, S. 303, Rz 22.

<sup>51</sup>Ders., S. 313, Rz 56.

<sup>52</sup>In diesem Sinn hat die Europäische Menschenrechtskommission die Werbung der Church of Scientology für ihren E-Meter als Aktivität eingestuft, welche nicht den Schutz der Religionsfreiheit genießt, Beschwerde Nr. 7805/77, DR 16, 68, S. 72.

„nach geistigem Gehalt und äusserem Erscheinungsbild“ eine Religion darstellt.<sup>53</sup> Dem Gericht bleibt der Entscheid, ob die Forderung nach einer „konkreten, substantiierten und objektiv nachvollziehbaren Darlegung“<sup>54</sup> der Überzeugungen der Beschwerdeführenden erfüllt ist.<sup>55</sup> Entscheidend ist in der überzeugenden Formulierung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs damit nur, „dass es sich nicht bloss um eine von einer Einzelperson behauptete oder vorgeschobene, sondern um eine tatsächliche Übung eines bestimmten Glaubens oder eines Bekenntnisses handelt, dass sich also eine bestimmte Form der gemeinsamen religiösen Bestätigung herausgebildet hat“.<sup>56</sup> An diesem Nachweis ist festzuhalten, will man die Religionsfreiheit von einer allgemeinen Kulturfreiheit abgrenzen und sie nicht zum Ersatz für ein fehlendes Grundrecht auf die eigene Kultur werden lassen.

Gerichte stimmen diesen Grundsätzen überwiegend zu, erliegen aber trotzdem immer wieder der Versuchung, in theologischen Debatten Stellung zu nehmen.<sup>57</sup> Der Religionsbegriff ist deshalb weit zu fassen, und die nötigen Grenzen sind erst bei den Schranken des Grundrechts zu setzen.

## II. ÖFFENTLICHE SCHULE

Kein anderer Bereich in der öffentlichen Sphäre hat soviel Anlass zu interkulturellen Auseinandersetzungen gegeben wie die öffentliche Schule, wobei sich die Konflikte grundrechtlich regelmässig auf die Religionsfreiheit konzentrieren.<sup>58</sup> Dies ist kein Zufall, treffen hier doch die unterschiedlichsten Interessen aufeinander. Die Interessen des Staates, welche je nach Verfassung im Verdrängen aller religiösen Aspekte aus der schulischen Sphäre oder gerade im Vermitteln eines bestimmten religiösen Weltbildes liegen, können mit den religiös begründeten Anliegen von Schülerinnen bzw. Schülern und Eltern zusammenstossen. In den heutigen weltanschaulich hochgradig pluralistischen Gesellschaften sind die privaten Anliegen zudem alles andere als einheitlich, und die Auffassungen traditionalistischer christlicher Familien lassen sich mit jenen säkularisierter oder gar atheistischer Eltern und Kindern nicht so leicht in Übereinstimmung bringen. Die Spaltung kann aber auch mitten durch die Familie gehen und zu Spannungen zwischen Eltern und Kindern in religiösen Fragen führen. Da die Schule eine jener Institutionen ist, welche der Weitergabe kultureller Tradition dient, ist verständlich, dass an der Art und Weise dieser Vermittlung in einer breiten Öffentlichkeit ein grosses Interesse besteht: Kurz, öffentliche Schulen sind für Konflikte über kulturelle Fragen prädestiniert; die Zunahme der Zahl der Migrantinnen und

<sup>53</sup>BVerfGE 83, 341 (353) (1991).

<sup>54</sup>BVerwGE, Urteil vom 25.8.1993, C68.91, zitiert nach DVBl 1994, S. 165.

<sup>55</sup>Hellermann, Multikulturalität, S. 134.

<sup>56</sup>Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 17. Dezember 1998, Geschäftszahl B3028/97, Ziff. 2.3.2, mit Hinweis auf VfSlg. 2002/1950).

<sup>57</sup>So hat etwa das deutsche Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 99, 1 (9), entschieden, Muslime seien nicht verpflichtet, Tiere zu schächten. Stellungnahmen dieser Art sind angesichts der Verpflichtung zur weltanschaulichen Neutralität der Staaten nicht zulässig; entscheidend ist allein, ob die Beschwerdeführer plausibel machen können, dass sie an ein entsprechendes religiöses Gebot glauben.

<sup>58</sup>Für Deutschland siehe z.B. Christine Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten: Eine Herausforderung für das deutsche Schulwesen – Einführung in einige grundrechtliche Fragestellungen, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 123 (1998), S.375ff.



Migranten aus anderen Kulturtraditionen hat diese Tatsache nicht geschaffen, sondern höchstens deutlicher werden lassen. Das Zusammenprallen unterschiedlichster Werte im Schulbereich lässt sich nicht vermeiden; die Konflikte können nur gelöst werden, wenn zwischen den verschiedenen involvierten Interessen und Anliegen ein *Ausgleich* gefunden werden kann.<sup>59</sup>

Die folgenden Ausführungen wenden sich zuerst der Frage zu, wieweit die öffentliche Schule im Verfassungsstaat religiös ausgerichtet sein darf (Ziff. 1), und befassen sich dann ausführlich mit der Religionsfreiheit von Lehrpersonen und Schülerinnen bzw. Schülern (Ziff. 2 und 3). Dabei geht es um eine detaillierte Beschreibung der Praxis. Ihre Beurteilung unter dogmatischen Gesichtspunkten erfolgt erst am Schluss des Abschnitts (Ziff. 4).

## 1. BEKENNTNISFREIE SCHULE?

### a) *Erziehungsziele, Schulgebet und Religionsunterricht*

Soll Religion an Schulen überhaupt einen Platz haben? Verfassungen beantworten diese Frage unterschiedlich. Auf der einen Seite des Spektrums stehen religiös und kulturell so homogene Länder wie Finnland und Griechenland, deren öffentliche Schulen religiös ausgerichtet sind und für Minderheiten, welche eine bestimmte Grösse haben, bloss spezielle Angebote im Bereich des eigentlichen Religionsunterrichts vorsehen.<sup>60</sup> Den entgegengesetzten Pol bilden jene Staaten, welche die Religion aus der öffentlichen Schule grundsätzlich ganz verbannen wollen. Diese Position vertreten in erster Linie die USA, welche auf der Basis der Free Exercise Clause des ersten Amendment der US-Verfassung eine strikte Trennung von Staat und Religion kennen.<sup>61</sup> Diese Konzeption verbietet jegliche religiöse Ausrichtung öffentlicher Schulen.<sup>62</sup> Sie schliesst nicht nur Religionsunterricht und Schulgebet<sup>63</sup> an staatlichen Schulen kategorisch aus, sondern verbietet beispielsweise auch staatliche Subventionen, falls diese an eine Privatschule mit religiösem Charakter bezahlt werden und dort direkt oder indirekt die Aktivitäten von Personen unterstützen, welche Religion unterrichten oder unterrichten könnten.<sup>64</sup> Frankreich kennt zwar nicht eine radikale Trennung von Kirche und Staat, für die öffentliche

<sup>59</sup>John Rex, *The Concept of a Multicultural Society* (1986), in: ders., *Ethnic Minorities in the Modern Nation State. Working papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration*, Houndsmill/London 1996, S. 24.

<sup>60</sup>Zu Finnland siehe Tore Modeen, *La liberté religieuse dans le système scolaire finlandais*, in: *Revue française de Droit Administratif* 7(1) (1991), S. 67f: In Finnland genügen drei Schüler einer bestimmten Religion, damit sie an einer Schule einen nicht-lutheranischen Religionsunterricht erhalten. Bei weniger als drei Schülern erfolgt eine Befreiung vom Religionsunterricht. Zu Griechenland siehe bei Epaminondas P. Spiliotopoulos, *Ecole et religion en Grèce*, in: *Revue française de Droit administratif* 7(1) 1991, S. 69f. Nichtorthodoxe Schüler sind vom Religionsunterricht und vom Schulgebet befreit. In Thrakien existieren einige Schulen für muslimische Schülerinnen und Schüler.

<sup>61</sup>Zu den historischen Hintergründen dieser Konzeption vorne, 1. Kapitel, S. 23.

<sup>62</sup>In *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980) hat der Supreme Court deshalb das Anbringen der 10 Gebote in Schulzimmern für unzulässig erklärt.

<sup>63</sup>Grundlegend das Urteil des Supreme Court in *Fall Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963). Siehe auch den Entscheid *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992) [112 S.Ct. 2649] in welchem der Supreme Court ein allgemein-religiöses Gebet ohne Bezug zu einem bestimmten Glauben an der Graduierten-Feier einer öffentlichen Schule als verfassungswidrig bezeichnete.

<sup>64</sup>*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Die hier erwähnten Kriterien bilden den sog. „Lemon test“, welcher seither in konstanter Praxis für Fälle betreffend die Trennung von Kirche und Staat Anwendung findet.

Schule gilt aber das Prinzip der Laizität. Dieser Grundsatz beschränkt den Zugang zum Lehrberuf auf Laien, verpflichtet die Lehrkräfte zu ‚striktter Unparteilichkeit‘ in religiösen Fragen und verbietet jeglichen Religionsunterricht durch die staatliche Schule. Allerdings ist vorgesehen, dass staatliche Gelder für die Unterstützung der religiösen Betreuung in höheren Schulen verwendet werden dürfen.<sup>65</sup>

Die meisten europäischen Länder stehen zwischen diesen Extrempositionen. Sie verbannen Religion nicht völlig aus dem schulischen Bereich, anerkennen aber gleichzeitig den Grundsatz, dass die Schule in religiösen Fragen keine Position zugunsten einer Seite beziehen soll. In diesem Sinn gehört in England das Fach Religion zum Katalog der obligatorischen Fächer; sein Inhalt wird von lokalen Behörden bestimmt, welche dafür zu sorgen haben, dass die am betreffenden Ort vertretenen Religionen im Unterricht berücksichtigt werden.<sup>66</sup> An jeder Schule findet täglich eine religiöse Zeremonie christlichen Charakters statt. Auf Antrag der Schuldirektion ist eine nicht-christliche Ausrichtung zu bewilligen, wenn die Schülerschaft überwiegend nicht-christlichen Bekenntnissen angehört. Auf jeden Fall haben die Eltern das Recht, Befreiung vom Unterricht oder der religiösen Zeremonie oder von beidem zu verlangen.<sup>67</sup> In Belgien bietet die Schule die Wahl zwischen dem Religionsunterricht einer anerkannten Religion oder einem nichtkonfessionellen Kurs in Moral an, wobei Schülerinnen und Schüler, deren weltanschauliche Überzeugungen im Schulprogramm nicht repräsentiert sind, von der Teilnahme dispensiert werden.<sup>68</sup>

In all diesen Staaten sind gerichtliche Auseinandersetzungen relativ spärlich geblieben, wohl deshalb, weil der völlige Ausschluss des Religiösen (wie in den USA) oder umgekehrt die grosse Flexibilität bei der Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse (wie in Grossbritannien) friedensstiftend sind. Im Gegensatz dazu präsentiert sich die Lage in der Schweiz, Deutschland und teilweise in Frankreich als konfliktanfälliger, weshalb sich die folgenden Ausführungen auf diese Länder konzentrieren. Dabei soll zuerst das relevante Fallrecht rein beschreibend dargestellt und erst anschliessend in einer Gesamtsicht beurteilt werden.

In der *Schweiz* garantierte bisher Art. 27 Abs. 3 aBV die weltanschauliche Neutralität der öffentlichen Schule während der obligatorischen Schulzeit; in der neuen Bundesverfassung ist der Grundsatz nicht mehr ausdrücklich erwähnt, in der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 nBV aber mitenthaltend:<sup>69</sup> Die öffentlichen Schulen müssen ausschliesslich unter staatlicher Aufsicht stehen,<sup>70</sup> und sie sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Religionsfreiheit besucht werden können. Damit wird die Glaubens- und Gewissensfreiheit für den obligatorischen Schulunterricht konkretisiert. Dieses ursprüng-

<sup>65</sup>Siehe dazu Charvin/Sueur, S. 139ff, mit Hinweisen auf die entsprechende Gesetzgebung. Zum laizistisch motivierten Verbot des islamischen Kopftuches hinten S. 131ff.

<sup>66</sup>Zu diesem Zweck ist das zuständige Organ, der Standing Advisory Council on Religious Education, aus Vertretern der lokalen Konfessionen und nicht-christlichen Religionen zusammengesetzt. Vgl. John Bell, *Ecole et religion au Royaume-Uni*, in: *Revue Française de Droit Administratif* 7(1) 1991, S. 79; Poulter, *English Law*, S. 167f.

<sup>67</sup>Poulter, *English Law*, S. 166.

<sup>68</sup>Francis Delpérée, *Ecole et religion en Belgique*, in: *Revue française de Droit administratif* 7(1) 1991, S. 64.

<sup>69</sup>Der Entwurf des Bundesrates hatte den Grundsatz in Art. 78 Abs. 5 des Verfassungsentwurfes 1996 noch enthalten. Siehe Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 280.

<sup>70</sup>Art. 62 Abs. 2 nBV.

lich auf das Verhältnis zwischen Katholiken und Protestanten zugeschnittene Prinzip schützt heute die Angehörigen aller Religionen und Weltanschauungen.<sup>71</sup> Der Bundesrat hat daraus schon früh abgeleitet, dass Kinder auf Ersuchen der Eltern vom religiösen Unterricht, der im Rahmen des ordentlichen Unterrichts angeboten wird, zu dispensieren sind.<sup>72</sup> In diesem Zusammenhang ist dem Bundesgericht die Frage unterbreitet worden, ob es mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit vereinbar sei, wenn ein vom Religionsunterricht dispensierter Schüler während des Unterrichts in biblischer Geschichte im Schulzimmer bleiben und eine andere Arbeit verrichten müsse.<sup>73</sup> Das Gericht verneinte dies und entschied, der Unterricht in biblischer Geschichte sei nicht bloss ein Unterricht lediglich kulturellen Inhalts, sondern ein religiöser Unterricht im Sinn von Art. 49 Abs. 2 aBV, der als fakultatives Fach und getrennt vom übrigen Unterricht erteilt werden müsse. Die Dispensation von diesem Fach müsse praktisch wirksam sein, was im konkreten Fall nicht gewährleistet sei.

Ob der Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität der Schule verbietet, der Volksschule christliche Erziehungsziele vorzugeben, ist nicht immer gleich beurteilt worden. 1940 kam das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement in einer gutachterlichen Äusserung zum Schluss, dass die „Beeinflussung eines Kindes, sei es positiv durch religiösen Unterricht, sei es negativ durch Angriffe auf religiöse Ansichten“, eine Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit darstelle.<sup>74</sup> Angehörige aller Religionen sollten deshalb die Schule besuchen können, ohne einer bestimmten religiösen Beeinflussung ausgesetzt zu sein. Deshalb sei die Festschreibung des Grundsatzes der „Führung der Schule auf christlicher Grundlage“ in einem kantonalen Schulgesetz mit der Bundesverfassung kaum zu vereinbaren, es sei denn, man würde darunter „bloss die allgemeinen Grundsätze [verstehen], die im öffentlichen Leben der Schweiz gelten und die auf die wenigstens bisher überwiegende Weltanschauung des Abendlandes zurückzuführen sind“.<sup>75</sup> Weniger zurückhaltend war der Bundesrat 1984, als er eine Beschwerde gegen eine Bestimmung im Volksschulgesetz des Kantons St. Gallen abwies, welche vorsah, dass die Volksschule nach christlichen Prinzipien zu führen sei.<sup>76</sup> Er führte aus, der Grundsatz der religiösen Neutralität der Schule entziehe „einen innersten Bereich geistiger Freiheit – die individuelle religiöse Überzeugung – jeder staatlichen, insbesondere schulrechtlichen Disposition“, sie lasse aber Raum für eine Erziehung, welche Traditionen vermittele, die „in der Schweiz noch immer durch christliches Gedankengut geprägt“ seien.<sup>77</sup> Zulässig sei eine Erziehung nach christlichen Grundsätzen, wenn es

<sup>71</sup>Entscheid des Bundesrates vom 11. Januar 1984, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 51 (1987), Nr. 7, E. 2.2, S. 52f, mit zahlreichen Literaturhinweisen.

<sup>72</sup>Beschluss des Bundesrates vom 21. April 1891, BBl 1891 II 340, abgedruckt bei Rudolf Ludwig von Salis, Schweizerisches Bundesrecht. Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29.5.1894, Bd. III, Bern 1903, Nr. 684, S. 294ff.; Entscheid des Bundesrates vom 1. März 1938, in: Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (VEB) 12 (1938), Nr. 21, S. 44f.

<sup>73</sup>Entscheid vom 19.1.1993, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI) 94 (1993), S. 219ff.

<sup>74</sup>Ansichtsaussäusserung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 21. Oktober 1940, in: Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (VEB) 14 (1940), Nr. 12, S. 25.

<sup>75</sup>A.g.l.O., S. 26.

<sup>76</sup>Entscheid des Bundesrates vom 11. Januar 1984, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 51 (1987), Nr. 7, S. 48ff.

<sup>77</sup>A.g.l.O., S. 53.

„dabei nicht um das Bekenntnis zum christlichen Glauben irgendeiner Konfession oder Denomination [geht], sondern um die menschliche Haltung, auf der die Erziehung aufbauen soll, und die ethischen Prinzipien, die sie vermitteln soll. Dass dafür der Ausdruck ‘christliche Grundsätze’ gewählt wurde, rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass die abendländische Kultur in hohem Masse durch christliches Gedankengut geprägt ist“.<sup>78</sup>

Es müsse aber sichergestellt werden, dass Dispensationen vom Religionsunterricht möglich seien und auf abweichende religiöse Überzeugungen von Lehrkräften Rücksicht genommen werde. Es bleibt allerdings offen, ob heute nicht anders entschieden würde, da das Bundesgericht seit dem Kruzifix-Entscheid<sup>79</sup> den säkularen Charakter der Schule stärker betont als früher der Bundesrat. Wichtig ist in jedem Fall, dass der Bundesrat das Christentum nicht religiös, sondern als prägenden Kulturfaktor verstand, den zu wahren zulässig sei, mit anderen Worten christliche Erziehungsziele bloss in einem historisch-kulturellen Sinn zulässig.

Ähnliche Fragen haben sich in *Deutschland* gestellt, wo die Antworten bei aller Betonung der religiösen Neutralität der Schule insgesamt deutlich religionsfreundlicher ausgefallen sind. In der Bundesrepublik Deutschland baut das heutige Schulwesen in vielen Bundesländern auf der Tradition konfessionell geprägter Schulen auf, die teilweise erst im späten 19. oder gar frühen 20. Jahrhundert mit dem Zuzug einer grösseren Zahl von Angehörigen der anderen Konfession konfrontiert wurden.<sup>80</sup> Für öffentliche Schulen fehlt eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung, welche diese zur religiösen Neutralität verpflichten würde; immerhin verbietet Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes, jemanden wegen seines Glaubens und seiner religiösen Anschauung zu benachteiligen. Andererseits ist gemäss Art. 7 Abs. 3 GG der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach, welches „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften“ zu erteilen ist.<sup>81</sup> Gemäss Abs. 2 der gleichen Bestimmung haben die Eltern allerdings das Recht, über die Teilnahme des Kindes an diesem Unterricht zu bestimmen. Art. 7 Abs. 3 GG verankert implizit die Möglichkeit, nicht bekenntnisfreie öffentliche Schulen zu schaffen. Damit haben die Länder im Rahmen ihrer Schulhoheit das Recht, ihr Schulsystem den vorherrschenden Weltanschauungen entsprechend zu prägen. Dies verschafft zwar den Eltern kein „positives Bestimmungsrecht, aufgrund dessen die Eltern vom Staat die Einrichtung von Schulen bestimmter religiöser oder weltanschaulicher Prägung verlangen könnten“,<sup>82</sup> erlaubt aber eine Ausrichtung der Schule im Sinne der ‚positiven‘ Religionsfreiheit der demokratischen Mehrheit. Dies schafft Konflikte mit dem Erziehungsrecht von Eltern, welche die Mehrheitsmeinung nicht vertreten, und mit der ‚negativen‘ Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler, die der Mehrheitsreligion nicht ausgesetzt werden wollen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Multipolarität dieser Situation folgendermassen umschrieben:

„(...) ‘negative’ und ‘positive’ Religionsfreiheit stehen hier in einem Spannungsverhältnis. Die Ausschaltung aller weltanschaulich-religiösen Bezüge würde die bestehenden weltanschaulichen Spannungen und Gegensätze nicht neutralisieren, sondern diejenigen Eltern in ihrer Glaubensfreiheit benachteiligen, die eine christliche Erziehung ihrer Kin-

<sup>78</sup>A.g.l.O., S. 55.

<sup>79</sup>Siehe hinten S. 126.

<sup>80</sup>Siehe dazu die verfassungsgeschichtlichen Hinweise in BVerfGE 41, 29 (57ff).

<sup>81</sup>Hierzu Bayer (Anm. 5), S. 115ff.

<sup>82</sup>BVerfGE 41, 29 (46).

der wünschen und von Staats wegen gezwungen würden, diese in eine laizistische Schule zu schicken.“<sup>83</sup>

Damit hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt, dass kollektive Grundrechtsanliegen Berücksichtigung finden können. Gleichzeitig hat es aber auch die Grenzen dieses Konzepts betont, indem es ausführte, der dem Grundgesetz zugrunde liegende ethische Standard sei „die Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen angesichts eines Menschenbildes, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist“.<sup>84</sup> Die Konkordanz zwischen den involvierten Rechtsgütern sieht das Bundesverfassungsgericht dann hergestellt, wenn eine christlich geprägte Schule nur ein „Minimum an Zwangselementen enthält“, welche die Glaubens- und Gewissensentscheidungen der Kinder beeinflussen.<sup>85</sup>

„Die Schule darf daher keine missionarische Schule sein und keine Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte beanspruchen; sie muss auch für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte offen sein. Das Erziehungsziel einer solchen Schule darf – ausserhalb des Religionsunterrichts, zu dessen Besuch niemand gezwungen werden darf – nicht christlich-konfessionell fixiert sein. Die Bejahung des Christentums in den profanen Fächern bezieht sich in erster Linie auf die Anerkennung des prägenden Kultur- und Bildungsfaktors, wie er sich in der abendländischen Geschichte herausgebildet hat, nicht auf die Glaubenswahrheit, und ist damit auch gegenüber den Nichtchristen durch das Fortwirken geschichtlicher Gegebenheiten legitimiert. Zu diesem Faktor gehört nicht zuletzt der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende. Deren Konfrontation mit einem Weltbild, in dem die prägende Kraft christlichen Denkens bejaht wird, führt jedenfalls solange nicht zu einer diskriminierenden Abwertung der dem Christentum nicht verbundenen Minderheiten und ihrer Weltanschauung, als es hierbei nicht um den Absolutheitsanspruch von Glaubenswahrheiten, sondern um das Bestreben nach Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit im weltanschaulichen Bereich (...) geht. Eine solche Schule, die Raum für eine sachliche Auseinandersetzung mit allen weltanschaulich-religiösen Auffassungen, wenn auch von einer bestimmten weltanschaulichen Orientierungsbasis her bietet, führt Eltern und Kinder nicht in einen verfassungsrechtlich unzumutbaren Glaubens- und Gewissenskonflikt.“<sup>86</sup>

Damit hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Basis für ein pluralistisches Verständnis der Grundwerte gelegt, welche die Schule zu verwirklichen hat, sondern auch die integrative Funktion der Schule betont, die es rechtfertigt, dass alle Schülerinnen und Schüler ungeachtet ihrer religiösen Anschauungen vertiefte Kenntnisse über die christliche Basis abendländischer Kultur besitzen.

Die konkrete Anwendung dieser Grundsätze ist nicht immer unproblematisch. Das Bayerische Verfassungsgericht hatte 1988 zu entscheiden, ob die Ehrfurcht vor Gott als oberstes Bildungsziel der bayerischen Schulen verfassungskonform sei.<sup>87</sup> Das Gericht folgte eng den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts und kam zum Schluss, das Bildungsziel sei zuläs-

<sup>83</sup>BVerfGE 41, 29 (49).

<sup>84</sup>BVerfGE 41, 29 (50).

<sup>85</sup>BVerfGE 41, 29 (51).

<sup>86</sup>BVerfGE 41, 29 (51f).

<sup>87</sup>Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 2.5.1988, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)* 1989, S. 341ff.

sig, wenn es in einem pluralistischen Geist verstanden werde. Die Schule müsse sich deshalb „kraft des Toleranzgebotes und der Berücksichtigung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aller bewusst bleiben, dass die Ehrfurcht vor Gott nicht für alle verbindlich gemacht werden kann“.<sup>88</sup> Während das Urteil des Bundesverfassungsgerichts letztlich auf einem säkularen Verständnis des Christentums beruht, scheint das Bayerische Verfassungsgericht die Vorgabe der Landesverfassung in einem religiösen Sinn zu interpretieren, wenn es die Frage aufwirft, wie denn das Bildungsziel der Förderung einer aktiven und bestimmten<sup>89</sup> religiösen Haltung erreicht werden könne, falls kein Druck ausgeübt werden dürfe. Diese Ansicht ist mit dem Argument kritisiert worden, die Verfassung sei gefährdet, „wenn der nicht religiös gebundene Schüler als pädagogisch besonders gefährdet, haltlos oder ‘erziehungsbedürftig’ gesehen wird, wenn der mohammedanische Schüler gleichsam aus dem Bildungsziel hinausbefördert wird“.<sup>90</sup> Diese zutreffende Kritik zeigt deutlich die desintegrierende Wirkung einer Schule, welche den Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität missachtet.

Die Problematik der praktischen Anwendung des Grundsatzes pluralistischer Toleranz in einer den christlichen Grundsätzen verpflichteten Schule zeigt sich auch beim *Schulgebet*.<sup>91</sup> 1979 kam das deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>92</sup> zum Schluss, das Schulgebet sei kein Teil des eigentlichen Schulunterrichts, sondern ein vom Staat gemachtes Angebot. Falls widersprechende betunwillige Schüler frei und ohne Zwang über die Teilnahme am Gebet entscheiden und auf zumutbare Weise ausweichen könnten, dürfe es beibehalten werden. Trotz der Verpflichtung der Schule zur Beachtung des Prinzips der weltanschaulichen Neutralität dürfe der Staat der positiven Bekenntnisfreiheit Raum schaffen, ohne dass er dadurch Verbindlichkeit für christliche Glaubensinhalte beanspruche. Das Gericht leitete diese pragmatische, auf Ausgleich der Interessen bedachte Lösung aus dem Toleranzprinzip ab. Das Prinzip wurde in diesem Fall allerdings vom Gebot staatlicher Zurückhaltung im Interesse der Minderheiten zu einer eigentlichen Verpflichtung der Minderheit, die Traditionen der Mehrheit solange nicht in Frage zu stellen, als sie selbst nicht zur Teilnahme daran verpflichtet wird.<sup>93</sup> Es stellt sich auch die Frage, ob es für Schülerinnen und Schüler wirklich so einfach ist, sich dem faktischen Druck des Schulgebotes zu entziehen.<sup>94</sup> In Hinblick auf den Bibelunterricht ist dies vom schweizerischen Bundesgericht deutlich verneint worden.<sup>95</sup> In der schweizerischen Doktrin wurde betont, ein Schulgebet zu Beginn des Unterrichts sei verfassungswidrig, wenn es nicht auf der Zustimmung aller Beteiligten beruht und Kinder anderer Glaubensbekenntnisse dazu zwingt, während des Gebetes im Schulzimmer zu bleiben oder vor der Tür zu warten.<sup>96</sup> Dieser Gedanke kommt auch deutlich in einem kanadischen Urteil<sup>97</sup> zur Zulässigkeit der

<sup>88</sup>A.g.l.O., S. 342.

<sup>89</sup>Aus dem Urteil geht klar hervor, dass es um die Ehrfurcht vor dem christlichen Gott geht, denn das Gericht führt darin aus, dass dieses Bildungsziel „in sachlichem Bezug zur Geschichte des Landes und zur religiösen Einstellung des ganz überwiegenden Teils der Bevölkerung“ stehe (a.g.l.O., S. 343).

<sup>90</sup>Friedhelm Hufen, Anmerkung zum Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 2.5.1988, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)* 1989, S. 345.

<sup>91</sup>Siehe hierzu Bayer, S. 222ff, mit umfassender Darstellung der Rechtsprechung und Literatur.

<sup>92</sup>BVerfGE 52, 223.

<sup>93</sup>Zu diesem Bedeutungswandel des Toleranzbegriffs ausführlich Ludwig Renck, Staatliche Religionsneutralität und Toleranz – BVerfGE 35, 366 und 52, 233, in: *Juristische Schulung (JuS)* 1989, S. 451ff.

<sup>94</sup>Hufen, S. 344, mit weiteren Hinweisen.

<sup>95</sup>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 94 (1993), S. 219ff, oben bei Anm. 73.

<sup>96</sup>Marco Borghi, Art 27, Rz 79, in: *Kommentar Bundesverfassung*.

täglichen Lesung der Bibel und des Schulgebetes zum Ausdruck. Das Gericht kam zum Schluss, eine solche Praxis zwingt religiöse Minderheiten, sich der Mehrheit anzupassen. Die Möglichkeit, ein Gesuch zur Befreiung von der Teilnahme an der religiösen Zeremonie zu stellen, genügt nicht, da sie Schüler und Eltern dazu zwingt, eine Stellungnahme in religiösen Fragen abzugeben. Die betroffenen Kinder müssten sich von ihren Mitschülern, die der Mehrheitsreligion angehören, sichtbar absetzen, was gerade junge und leicht beeinflussbare Kinder in schwierige Situationen bringen könne. Das Gericht betonte schliesslich, dass die angefochtene Bestimmung Art. 27 der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten von 1982 missachte, demzufolge die Grundrechte in Übereinstimmung mit der Erhaltung und Stärkung des multikulturellen Erbes Kanadas auszulegen seien.<sup>98</sup>

### *b) Kreuze und Kruzifixe*

Die Frage, ob staatliche Neutralität im Schulbereich das Verdrängen aller religiösen Manifestationen des Staates oder den Schutz mehrheitsfähiger Kulturtraditionen bei gleichzeitiger Toleranz gegenüber Minderheiten bedeutet, ist in der Schweiz und Deutschland vor allem am Streit um das Kruzifix entbrannt.

In der *Schweiz* stand die Anordnung der Gemeinde Cadro (Tessin) zur Diskussion, in jedem Klassenzimmer sei ein Kruzifix anzubringen.<sup>99</sup> Der Bundesrat<sup>100</sup> akzeptierte das Argument der Tessiner Behörden, das Kruzifix sei nicht als religiöse Aussage, sondern als Symbol derjenigen Werte zu verstehen, auf die sich die Bundesverfassung stütze; es handle sich somit um ein Symbol der Einheit einer Gesellschaft, die auf christlichen Traditionen beruhe. Die Schüler und Schülerinnen würden durch ein Kruzifix im Klassenzimmer nicht verpflichtet, einem bestimmten religiösen Bekenntnis beizutreten oder eine religiöse Handlung vorzunehmen, weshalb ihre Religionsfreiheit nicht beeinträchtigt werde.

Die Sache wurde daraufhin an das Bundesgericht überwiesen.<sup>101</sup> Das Bundesgericht erachtete das Aufhängen von Kruzifixen im Klassenzimmer als verfassungswidrig und hob den Entscheid des Bundesrates auf. Zur Begründung führte das Gericht zuerst aus, die Glaubens- und Gewissensfreiheit verlange nicht eine absolute Neutralität des Staates in religiösen Angelegenheiten. Vielmehr lasse sie sich „als eine Verpflichtung zur Neutralität umschreiben, die ihm auferlegt, sich bei öffentlichen Handlungen jeglicher konfessioneller Erwägungen zu

<sup>97</sup>Zylberberg v. Sudbury Board of Education, (1988) 65 OR (2d) 641 (C.A.).

<sup>98</sup>Siehe auch den Entscheid *Re Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Ontario*, 50 DLR 4th 193 (1988), in welchem das Gericht zum Schluss kam, Religionsunterricht in der Schule, der nicht konfessionell ausgerichtet sei, sondern den Kindern einen Sinn für Moral vermitteln wolle, verletze die Glaubensfreiheit nicht, sofern eine Möglichkeit zur Dispensation bestehe. Zur kanadischen Politik des Multikulturalismus siehe vorne S. 65f.

<sup>99</sup>Siehe dazu BGE 116 Ia 252ff (dt. Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991, S. 89ff); Entscheid des Bundesrates in der gleichen Sache vom 29. Juni 1988, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 90 (1989), S. 19ff.

<sup>100</sup>Die kommunale Regelung war auf Beschwerde eines freigeistigen Lehrers hin vom Verwaltungsgericht des Kantons Tessin aufgehoben worden. Die Gemeinde rekurierte dagegen an den Bundesrat.

<sup>101</sup>Der ursprüngliche Beschwerdeführer, der in seiner Weltanschauung betroffene Lehrer, war mit dem Entscheid des Bundesrates nicht einverstanden, und die angerufene Bundesversammlung hatte sich für unzuständig erklärt. Zum Hintergrund der verfahrensmässigen Irregularität dieses Instanzenzuges siehe BGE 116 Ia 252, 254, und ausführlicher Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991, S. 91f.

enthalten, die geeignet wären, die Freiheit der Bürger in einer pluralistischen Gesellschaft zu verletzen“.<sup>102</sup> Diese Neutralität erhalte wegen der Schulpflicht besonderes Gewicht in der öffentlichen Schule. Mit der Garantie eines weltanschaulich neutralen Unterrichts in Art. 27 Abs. 3 aBV solle die Achtung der religiösen Überzeugungen der Schüler bzw. das Erziehungsrecht der Eltern in religiösen Angelegenheiten geschützt werden. Das Bundesgericht strich auch den Minderheitenschutzaspekt von Art. 27 Abs. 3 aBV heraus, welcher die konfessionelle Ausrichtung des Unterrichtes zugunsten oder zuungunsten einer oder mehrerer Religionen verbiete. Das Bundesgericht kam deshalb zum Schluss:

„Der Staat als Garant der von Art. 27 Abs. 3 BV bestätigten konfessionellen Neutralität der Schule kann sich (...) nicht die Befugnis herausnehmen, die eigene Verbundenheit mit einer Konfession (...) deutlich zu zeigen. Er muss es vermeiden, sich mit einer Mehrheits- oder Minderheitsreligion zu identifizieren und so die Überzeugungen der Bürger anderer Bekenntnisse zu beurteilen. Es ist deshalb begreiflich, dass jemand, der die öffentliche Schule besucht, in der Zurschaustellung eines solchen Symbols den Willen sieht, die Auffassungen der christlichen Religion im Unterrichtsstoff zu verwenden (...). Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass einige Personen sich in ihren religiösen Überzeugungen verletzt fühlen, wenn in der Schule dauernd ein Symbol einer Religion gegenwärtig ist, der sie nicht angehören. Das kann nicht unbedeutende Auswirkungen haben, vor allem auf die geistige Entwicklung der Schüler und auf ihre religiösen Überzeugungen – die diejenigen ihrer Eltern sind – und zu denen sie andererseits zur gleichen Zeit in der Schule erzogen werden; Folgen, die Art. 27 Abs. 3 gerade vermeiden will.“<sup>103</sup>

Wie das Bundesgericht räumte auch das *deutsche Bundesverfassungsgericht* in einem heftig umstrittenen Entscheid<sup>104</sup> dem Minderheitenschutz Vorrang vor einem Schutz der Identität der Mehrheitskultur ein. Demgegenüber hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof als Vorinstanz von der Minderheit Toleranz gegenüber der Mehrheit gefordert, als er ausführte, Kreuzdarstellungen seien „ein wesentlicher Gegenstand der allgemeinen christlich-abendländischen Tradition und Gemeingut des christlich-abendländischen Kulturkreises. Einem Nichtchristen (...) ist es unter dem Gebot der auch für ihn geltenden Toleranz zumutbar, sie unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Achtung vor der Weltanschauung anderer hinzunehmen“.<sup>105</sup> Das Bundesverfassungsgericht<sup>106</sup> betonte zuerst, dass die Religionsfreiheit zwar das Recht einschliesse, religiösen Handlungen fernzubleiben, dass daraus aber kein Recht fliesse, „von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont

<sup>102</sup>E. 5e des Urteils, hier nach der Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991, S. 94, zitiert.

<sup>103</sup>E. 7b des Urteils, hier nach der Übersetzung in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1991, S. 95, zitiert.

<sup>104</sup>BVerfGE 93, 1 (16.5.1995). Bayer, S. 206ff, gibt einen guten Überblick über das Urteil und seine Diskussion in der Literatur. Zur Kritik aus der Sicht einer Politik des Schutzes der kulturellen Identität der Mehrheit ausführlich vorne S. 37ff.

<sup>105</sup>VGH München, Beschluss vom 3.6.1991, 7 CE 91.1014, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1991, S. 1099ff, 1101 (zu dem in diesem Urteil vertretenen Konzept des Schutzes der eigenen Identität und seiner Kritik siehe ausführlich vorne, 1. Kapitel, S. 35ff). Als zulässig erachtet wurden Kreuzfixe auch vom OVG Münster, Beschluss v. 15.9.1993, 19 B 1933, 1934/93, NVwZ 1994, S. 597, solange die Schule Raum für eine sachliche Auseinandersetzung in Offenheit auch für andere (nichtchristliche) Überzeugungen in religiös-weltanschaulichen Fragen lasse.

<sup>106</sup>BVerfGE 93, 1 (16.5.1995), auch in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1995, S. 359ff.



zu bleiben“.<sup>107</sup> Davon zu unterscheiden seien aber vom Staat geschaffene Situationen, welchen der Einzelne sich nicht entziehen könne. Hier greife der Grundsatz der staatlichen Neutralität, welcher dem Staat die Privilegierung einzelner Bekenntnisse untersage. Art. 4 GG umfasse in Verbindung mit Art. 6 zudem das Recht der Eltern zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. In dieses Recht greife die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern ein. Der Schüler sei mit dem Symbol von Staates wegen konfrontiert, ohne ihm ausweichen zu können; er sei „gezwungen (...), 'unter dem Kreuz' zu lernen“.<sup>108</sup> Das Kreuz sei Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung und nicht nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur. Die Ausstattung eines Gebäudes mit einem Kreuz müsse als gesteigertes Bekenntnis des Besitzers zum christlichen Glauben verstanden werden. Das Kreuz zwingt die Schüler nicht zur Identifikation oder zu bestimmten Ehrbezeugungen, es besitze aber appellativen Charakter und weise die von ihm symbolisierten Glaubensinhalte als vorbildhaft und befolgungswürdig aus. Zum Argument, das Anbringen eines Kreuzes lasse sich mit der positiven Glaubensfreiheit der christlichen Eltern und Schüler rechtfertigen, führte das Gericht aus:

„Die positive Glaubensfreiheit kommt allen Eltern und Schülern gleichermaßen zu, nicht nur den christlichen. Der daraus entstehende Konflikt lässt sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip lösen, denn gerade das Grundrecht der Religionsfreiheit bezweckt in besonderem Masse den Schutz von Minderheiten. Überdies verleiht Art. 4 Abs. 1 GG den Grundrechtsträgern nicht uneingeschränkt einen Anspruch darauf, ihre Glaubensüberzeugungen im Rahmen staatlicher Institutionen zu betätigen. Soweit die Schule im Einklang mit der Verfassung Raum dafür lässt wie beim Religionsunterricht, beim Schulgebet und anderen religiösen Veranstaltungen, müssen diese vom Prinzip der Freiwilligkeit geprägt sein und Andersdenkenden zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten lassen. Das ist bei der Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern, deren Präsenz und Anforderung sich der Andersdenkende nicht entziehen kann, nicht der Fall.“<sup>109</sup>

## 2. LEHRKRÄFTE

Die Freiheit von Lehrkräften, ihre religiöse Überzeugung aktiv zu bekennen, ist eng begrenzt. In der religiös neutralen öffentlichen Schule, wie sie in vielen modernen Verfassungsstaaten vorgesehen ist, besteht kein Raum für die Verbreitung religiöser Lehren durch staatliche Repräsentanten, und in den wenigen Ländern mit religiös ausgerichteten staatlichen Schulen haben Lehrkräfte natürlich den Standpunkt der offiziellen Religion zu vertreten.<sup>110</sup> Dies ist weitgehend unbestritten. Auseinandersetzungen hat allerdings das Tragen von Kleidungsstücken mit eindeutig religiöser Botschaft ausgelöst.

In *Deutschland* standen in den achtziger Jahren Verbote gegen Anhänger des indischen Baghwan Shree Rajneesh zur Diskussion, in baghwan-typischen Rottönen gekleidet Schule zu erteilen, dabei die Mala (eine Halskette mit dem Bild des Baghwan) zu tragen und sich damit als Sannyasin, d.h. Anhänger seiner Lehre zu erkennen zu geben. Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Fälle war die Tatsache, dass sich aus dem Bildungs- und Erziehungsauftrag

<sup>107</sup>BVerfGE 93, 1 (16).

<sup>108</sup>BVerfGE 93, 1 (18).

<sup>109</sup>BVerfGE 93, 1 (24).

<sup>110</sup>Vgl. den Überblick vorne S. 120f.

des Staates gemäss Art. 7 GG und dem damit in einem Spannungsverhältnis stehenden Erziehungsanspruch der Eltern der Grundsatz der religiösen Neutralität der Schule ergibt. Auf der anderen Seite musste aber auch der Anspruch der Lehrkräfte auf aktive Bekenntnisfreiheit als Teil ihrer Religionsfreiheit berücksichtigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hatte in anderem Zusammenhang bereits früher entschieden, dass die Bekenntnisfreiheit dort ihre Grenze findet, „wo die Ausübung dieses Grundrechts durch einen Grundrechtsträger auf die kollidierenden Grundrechte andersdenkender Personen trifft“, weshalb überall dort, wo – wie in der Schule – positive und negative Bekenntnisfreiheit aufeinandertreffen, Lösungen auf der Grundlage des Toleranzgebotes zu finden seien.<sup>111</sup> Das Oberverwaltungsgericht Hamburg schloss daraus auf die Zulässigkeit eines Verbotes solcher Kleider.<sup>112</sup> Es betonte, die Beachtung des Gebotes grösstmöglicher Neutralität gehöre trotz seiner Religionsfreiheit zu den Dienstpflichten des Lehrers. Zudem gebiete das Erziehungsrecht der Eltern, die Schüler nicht gegen den Willen ihrer Eltern dem religiösen Einfluss auszusetzen, der von der verbotenen Kleidung ausgehe.

Im Ergebnis gleich und in der Begründung ähnlich entschied der Verwaltungsgerichtshof München.<sup>113</sup> Er arbeitete allerdings klarer heraus, worin die Beeinträchtigung der Schüler liegt:

„Der Lehrer erfüllt (...) seine Erziehungsaufgabe gegenüber seinen Schülern dadurch, dass er als Vorbild wirkt. Wenn er in unübersehbarer Weise durch die Farben seiner Kleidung seinen Schülern, die dieser Beeinflussung nicht ausweichen können, ständig vor Augen führt, dass er bestimmten religiösen Überzeugungen folgt, so veranlasst er sie, sich mit diesen Ideen zu beschäftigen. Es liegt nahe, dass diese religiösen Vorstellungen aufgrund der den Schülern eigenen, von der Pädagogik genutzten Neigung zur Nachahmung ihrer Vorbilder unüberlegt aufgegriffen werden. Daraus ergibt sich, dass das Auftreten eines Lehrers im Unterricht in baghwan-typischer Kleidung eine religiöse Werbung bewirkt.“<sup>114</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>115</sup> bestätigte diese Auffassung u.a. mit dem Argument, dass „das regelmässige Tragen bestimmter (...) Kleidungsstücke, die eindeutig auf eine bestimmte religiöse oder weltanschauliche Überzeugung eines Lehrers an einer öffentlichen Schule hinweisen, auf Unverständnis oder Ablehnung andersdenkender Schüler oder deren Erziehungsberechtigten stossen und diesen Personenkreis in seinem Grundrecht negativer Bekenntnisfreiheit treffen, weil er sich einer solchen Demonstration religiöser Überzeugung nicht entzie-

<sup>111</sup>BVerfGE 52, 223 (247).

<sup>112</sup>OVG Hamburg, Beschluss vom 26.11.1984, Bs I 171/84, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1986, S. 406ff. Prozessual ging es zwar nur um ein Gesuch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen ein sofort vollziehbares Verbot im Einzelfall, der Beschluss trägt aber deutliche Züge eines Sachentscheides.

<sup>113</sup>VGH München, Beschluss vom 9.9.1985, 3CS85 A/1338, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1986, S. 405ff.

<sup>114</sup>A.gl.O., S. 405.

<sup>115</sup>Beschluss des BVerwGE vom 15.1.1988, 8C 29/86, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1988, S. 937f.

hen kann“.<sup>116</sup> Gleichzeitig betonte das Gericht, es sei im Einzelfall zu entscheiden, ob eine bestimmte Kleidung diese Wirkung habe.

In der *Schweiz* stellte sich die Frage der aktiven Bekenntnisfreiheit im Fall einer Schweizer Lehrerin,<sup>117</sup> die als Erwachsene zum Islam übergetreten war und vom Genfer Staatsrat angewiesen wurde, im Unterricht das islamische Kopftuch abzulegen. Der Staatsrat anerkannte, dass die Lehrerin sich auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen kann, hielt ihr aber entgegen, im Kanton Genf seien Kirche und Staat konsequent getrennt. Dieses Prinzip der Laizität wolle sicherstellen, dass Kinder aller Glaubensrichtungen die Schule besuchen könnten, ohne sich im geringsten in ihren Überzeugungen eingeengt fühlen zu müssen. Deshalb seien Kleidungsstücke wie die Soutane eines katholischen Geistlichen oder die Kippa eines jüdischen Lehrers ebenso unzulässig wie das islamische Kopftuch. Das Bundesgericht schützte 1997 in einem sorgfältig begründeten Urteil die Auffassung der Genfer Behörden und wies eine Beschwerde der Lehrerin ab.<sup>118</sup> Es betonte, die weltanschauliche Neutralität der Primarschule sei in Genf besonders ausgeprägt, weil das kantonale Recht eine strenge Trennung von Kirche und Staat und damit die Laizität der Schule ausdrücklich verankere.<sup>119</sup> Die Lehrkräfte seien gesetzlich dazu verpflichtet, die konfessionellen Überzeugungen der Schüler und ihrer Eltern zu achten. Beim Tragen eines Kopftuches und von Kleidern, die alle Körperteile ausser Gesicht und Hände verhüllen, handle es sich – wie bei katholischer Soutane oder jüdischer Kippa – um ein ‚starkes‘ religiöses Symbol, das geeignet sei, die Kinder in einem religiösen Sinn zu beeinflussen bzw. ihre religiösen Gefühle zu verletzen oder gar den – immer fragilen – religiösen Frieden zu gefährden. Der Eingriff sei angesichts der Bedeutung der geschützten Rechtsgüter und wegen der Tatsache, dass die Kinder eine so gekleidete Lehrerin unausweichlich in Diskussionen über religiöse Fragen verwickeln würden, verhältnismässig. Wegen des obligatorischen Charakters der Volksschule und der wenig gefestigten Persönlichkeit vor allem jüngerer Kinder sei, wie das Gericht schon in seinem Kruzifix-Urteil<sup>120</sup> festgehalten habe, die konfessionelle Neutralität der Schule ein hochwertiges Gut, vor welchem die Interessen der Lehrerin zurücktreten müssten.

In all diesen Fällen wurde anerkannt, dass Kleiderverbote die Religionsfreiheit der Lehrer und der Lehrerinnen betreffen. Die Urteile stimmen darin überein, dass dieses Grundrecht auch im öffentlichen Dienstverhältnis und im Zusammenhang mit der Erfüllung von Dienstpflichten angerufen werden kann und Schutz gewährt; diese Freiheit kann allerdings wegen der Gefahr einer Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler weitgehend beschränkt werden. Dass eine Lehrkraft mit dem Tragen eines religiösen Symbols ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntnis äussert, widerspricht bereits der Neutralität der Schule. Selbst wenn der Inhalt

<sup>116</sup>A.gl.O. S. 938.

<sup>117</sup>Die Beschwerdeführerin stammte aus einer Genfer Familie und war dort christlich erzogen worden (Neue Zürcher Zeitung vom 29.10.1996, S. 14).

<sup>118</sup>BGE 123 I 296, Urteil vom 12. November 1997, X c. Conseil d'État du canton de Genève. Problematisch ist allerdings, dass im Urteil die Bereitschaft der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt wurde, auf eindeutig islamisch geprägte Kleidung zu verzichten und stattdessen ihr Haar und ihren Körper mit westlichen Kleidern zu verhüllen (S. 298 des Urteils).

<sup>119</sup>Das Bundesgericht lässt in E. 3 offen, ob sein Entscheid auch für andere Kantone ohne diese Besonderheiten gelte.

<sup>120</sup>BGE 116 Ia 252; dazu vorne S. 126.

des Unterrichts den Anforderungen einer objektiven und neutralen Wissensvermittlung gerecht wird, haben Lehrkräfte daher das Tragen von auffälligen<sup>121</sup> Zeichen der Religionszugehörigkeit zu vermeiden.<sup>122</sup> Gegen diese Urteile wurde in zweifacher Hinsicht Kritik geübt: Einerseits wurde bemängelt, der Religionsfreiheit der Lehrkräfte werde zu wenig Gewicht beigemessen, dagegen die Gefährdung der Schüler übermässig betont. Aus der Neutralitätsverpflichtung lasse sich nicht ableiten, dass ihnen jede Darstellung ihrer Überzeugungen zu untersagen sei.<sup>123</sup> Jedenfalls müsste man sich fragen, ob nicht zumindest der konkrete Nachweis einer Beeinflussung der Schüler erforderlich wäre.<sup>124</sup> Hangartner wies in seiner Kritik des Bundesgerichtsurteils darauf hin, dass das Kopftuch einer islamischen Lehrerin im Gegensatz zum Kruzifix kein religiöses Symbol, d.h. kein „heiliges Zeichen, das eine bestimmte religiöse Vorstellung versinnbildlicht“, sondern bloss ein Alltagsgegenstand, „ein banales Kleidungsstück“ sei, dessen Gebrauch allein die konfessionellen Überzeugungen der Schüler und ihrer Eltern nicht verletzen könne.<sup>125</sup> Andererseits wurde die Vermutung geäussert, dass sich die Missbilligung der Äusserung oder Darstellung von religiösen Überzeugungen allein gegen Mitglieder von Minderheiten richte. Tatsächlich ist es – anders als in Genf – in katholischen Gebieten durchaus üblich gewesen, dass Ordensangehörige in ihrer Kleidung unterrichteten, ohne dass dies je verboten worden wäre.<sup>126</sup> Dies wirft die Frage auf, ob hier nicht eher die traditionelle Identität von Gemeinschaften<sup>127</sup> als die Neutralität der Schule verteidigt wird.

### 3. SCHÜLERINNEN UND SCHÜLER

#### a) Kleidervorschriften

Auch Schülerinnen und Schüler dürfen die religiöse Neutralität der Schule nicht in Frage stellen. Gleichzeitig besitzen sie ihre eigene Religionsfreiheit. Allgemein anerkannt ist, dass Schülerinnen und Schülern das Tragen religiöser Symbole (z.B. ein kleines Kreuz bzw. Davidsstern an einer Halskette) nicht untersagt werden kann.<sup>128</sup> In der *Schweiz*<sup>129</sup> und in *Deutsch-*

<sup>121</sup>Entscheid des Genfer Staatsrates, der einen Unterschied macht zwischen dem Tragen eines kleinen Kreuzes, eines Davidsternes oder eines Halbmondes einerseits, dem Tragen einer Soutane, einer Kippa oder eben des islamischen Kopftuches auf der anderen Seite (vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 29.10.1996, S. 14).

<sup>122</sup>Zustimmend auch Gerhard Czermak, Der Kruzifix-Beschluss des BVerfGE, Seine Ursachen und Bedeutungen, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1995, S. 3348, der gestützt auf die Religionsneutralität des Staates zu diesem Schluss kommt, sowie Campenhausen, Rz 84. Anderer Ansicht Hans Albers, Neue Religionen und Beamtenrecht – Sannyasin als Lehrer, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 85, S. 92ff (vor allem S. 95), Bernd Martin Groh, Lehrer und Jugendreligionen – zwischen Indoktrination und Religionsfreiheit, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 84, S. 109ff.

<sup>123</sup>Groh, S. 112.

<sup>124</sup>In diesem Sinn ders., S. 110, 112f.

<sup>125</sup>Yvo Hangartner, Bemerkungen, S. 602.

<sup>126</sup>Ders., S. 601f mit Hinweisen auf die ältere Literatur: Burckhardt, S. 201, der allerdings kritisch vermerkt, darin liege für Nichtkatholiken ein „Gewissenszwang“.

<sup>127</sup>Auffällig ist jedenfalls, mit welcher Selbstverständlichkeit ein Bundesland wie Bayern, das den Lehrern die Vermittlung des Christentums zur Pflicht macht und in der Anbringung von Kreuzen keine mögliche Beeinflussung der Schüler sieht, von einem Anhänger des Bhagwans verlangt, das Darstellen seiner Überzeugungen zu unterlassen.

<sup>128</sup>So ausdrücklich der Entscheid des Staatsrates des Kantons Genf aus dem Jahre 1996, Neue Zürcher Zeitung vom 29. Oktober 1996, S. 14.

<sup>129</sup>In Genf besteht eine entsprechende Weisung der Erziehungsdirektion, siehe Neue Zürcher Zeitung vom 29.10.1996, S. 14. In La Chaux-de-Fonds verbot die Schulkommission offenbar einem muslimischen Mädchen,

*land*<sup>130</sup> wurde bisher das Tragen des islamischen Kopftuches durch Schülerinnen weitgehend toleriert, und Gerichtsentscheide sind nicht greifbar. In den *USA* hat das Verbot der Benachteiligung auf der Basis der Religion gemäss dem 1. Amendment zur Folge, dass in öffentlichen Schulen das Tragen religiöser Zeichen und Kleidungsstücke nicht verboten werden kann; Gerichtsentscheide liegen offenbar nicht vor.<sup>131</sup> In Griechenland gehört zwar die Erziehung im orthodoxen Glauben zum Auftrag der öffentlichen Schulen; gegenüber andern Religionen ist allerdings Toleranz geboten, und das Tragen des Kopftuches könnte kaum verboten werden.<sup>132</sup> In *Belgien* und *Italien* kommt ein Verbot höchstens in Frage, wenn im konkreten Fall die Schulordnung und der religiöse Friede an der Schule gestört wird.<sup>133</sup> In *Grossbritannien* scheint die Frage des islamischen Kopftuches wegen der asiatischen Herkunft der muslimischen Bevölkerung weniger ein Problem zu sein; hingegen hat sich im Zusammenhang mit der Pflicht zum Tragen einer Schuluniform bereits früh die Frage gestellt, ob Mädchen das Tragen von Shalwar-Hosen verboten werden kann, wie sie auf dem indischen Subkontinent für Frauen üblich sind; ebenfalls Probleme schuf der Wunsch junger Sikhs, in der Schule ihren Turban tragen zu können.<sup>134</sup> Grundsätzlich ist es Sache der lokalen Schulbehörden, über Bekleidungs Vorschriften zu entscheiden; dabei ist allerdings auf den Charakter der örtlichen Bevölkerung Rücksicht zu nehmen,<sup>135</sup> was eine Berücksichtigung spezieller Kleidungs wünsche in stark muslimisch geprägten Quartieren oder Stadtteilen ohne weiteres ermöglicht.<sup>136</sup> Seit dem Entscheid *Mandla v. Dowell Lee* ist überdies geklärt, dass die Verweigerung der Erlaubnis für Angehörige einer ethnischen Gruppe, in der Schule ihre traditionell vorge-

in der Schule ein Kopftuch zu tragen. Dieser Entscheid wurde allerdings vom Erziehungsdirektor nicht geschützt, siehe *Le Temps*, 26.3.1998, S. 17.

<sup>130</sup>Christian Autexier, *Les manifestations d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement scolaires allemands*, in: *Revue Française de Droit Administratif* 7(1), 1991, S. 61; Autexier weist darauf hin, dass in Berlin versucht wird, die Schülerin zu überzeugen, auf das Kopftuch zu verzichten; hält sie daran fest, darf nicht weiter insistiert werden. Vgl. auch Axel Spies, *Verschleierte Schülerinnen in Frankreich und Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 93, S. 637ff, der sich die Frage stellt, wie in Deutschland mit verschleierten Schülerinnen umgegangen werden müsste. Er kommt zum Schluss, dass ein Verbot nicht zulässig wäre, da weder die negative Religionsfreiheit der anderen Schüler betroffen sei, noch der Erziehungsauftrag des Staates (insbesondere die Verpflichtung, die Gleichberechtigung von Frau und Mann zu fördern) dem elterlichen Erziehungsrecht eine Grenze zu setzen vermöge. Das staatliche Erziehungsrecht vorgehen zu lassen, würde seiner Meinung nach einer Ausschaltung des Islam in der Schule gleichkommen, was mit dem Gebot der Toleranz nicht zu vereinbaren wäre.

<sup>131</sup>Michael H. Davis, *La laïcité des écoles publiques aux Etats-Unis et l'affaire des „foulards“ en France*, in: *Revue française de Droit administratif* 7(1) 1991, S. 66f. Davis weist auf den Entscheid des Supreme Court in *Tinker v. Des Moines Independent Community District*, 393 U.S. 503 (89 S.Ct. 733) hin, in welchem entschieden wurde, dass die Meinungsfreiheit des Ersten Amendment es verbiete, Schülern das Tragen schwarzer Armbinden als Protest gegen den Vietnamkrieg zu untersagen; eine Schranke könne sich erst aus der Störung der Schulordnung ergeben; das alleinige Tragen der Armbinden stelle aber noch nicht eine solche dar.

<sup>132</sup>So Spiliotopoulos, S. 69f. Gerichtsurteile existieren offenbar nicht.

<sup>133</sup>Siehe Delpérée, S. 64 mit Hinweis auf ein Urteil des Gerichtes erster Instanz von Brüssel aus dem Jahre 1989, sowie Francesco Rimoli, *Ecole et religion en Italie*, in: *Revue française de Droit administratif* 7(1) 1991, S. 71f; gemäss Rimoli hat es zumindest bis 1990 nie Probleme in der Praxis gegeben.

<sup>134</sup>Hierzu und zum Folgenden ausführlich Poulter, *English Law*, S. 181ff.

<sup>135</sup>Bell, S. 78; abgesehen von einem Fall, in welchem das Verbot des Turbantragens in einer Privatschule zur Diskussion stand und der als Diskriminierungsproblem behandelt wurde (Fall *Mandla v. Dowell-Lee*, bei Anm. 137), liegt offenbar keine Gerichtspraxis vor.

<sup>136</sup>Jørgen Nielsen, *Muslims in Western Europe*, 2<sup>nd</sup> ed., Edinburgh 1995, S. 54.

schriebene Kleidung zu tragen, eine indirekte Diskriminierung darstellen kann.<sup>137</sup> Insgesamt wird also das Tragen religiös motivierter Bekleidung in der Regel zugelassen oder zumindest toleriert.

In *Frankreich* ist dies nicht der Fall.<sup>138</sup> Dort hatte das höchste Gericht bereits 1989 die Frage zu beurteilen, ob das Tragen des islamischen Kopftuches in der Schule verboten werden könne.<sup>139</sup> Der Conseil d'État hielt in seinem Gutachten fest, das Prinzip der Weltlichkeit des französischen Staates („principe de laïcité“) verlange den Respekt gegenüber allen Religionen und Weltanschauungen. Eines der Elemente der Laizität sei die Beachtung der Gewissensfreiheit aller Schülerinnen und Schüler. Darin sei die Möglichkeit enthalten, den Glauben auszudrücken und zu manifestieren, solange dies mit Respekt vor dem Pluralismus und der Freiheit der anderen geschehe. Diese Freiheit könne beschränkt werden, wenn die Bildungsziele der Schule dies erforderten. Zu diesen Zielen gehöre u.a. der Erwerb der Fähigkeit, sich in der Gesellschaft und im Berufsleben wie auch als Staatsbürger bzw. Staatsbürgerin verantwortlich zu verhalten, wozu der Respekt vor dem Individuum und die Gleichstellung von Frau und Mann gehöre. Schülerinnen und Schüler seien berechtigt, ihrem Glauben durch das Tragen religiöser Symbole oder Kleidungsstücke auch in der Schule Ausdruck zu geben. Diese Freiheit finde aber ihre Grenze, wo dadurch andere Schülerinnen einem Druck ausgesetzt würden oder wo dies den Schulbetrieb störe. In diesem Sinne erlaube die Religionsfreiheit den Schülerinnen nicht, religiöse Zeichen zu tragen, welche wegen ihrer Natur, ihrem ostentativen und fordernden Charakter oder dem Kontext, in welchem sie individuell oder kollektiv getragen werden, einen Akt von Druckausübung, Provokation, Proselytismus oder Propaganda darstellen. Dies gelte auch für religiöse Symbole, welche die Würde und Freiheit der Schülerinnen und Schüler oder anderer Mitglieder der Schulgemeinschaft oder ihre Gesundheit und Sicherheit beeinträchtigen, den ordentlichen Ablauf des Unterrichts bzw. die erzieherische Rolle der Lehrkräfte stören oder gar die Ordnung und das gute Funktionieren der Schule gefährden würden.<sup>140</sup> Die Schuldirektoren hätten in Anwendung dieser Prinzipien im Einzelfall zu entscheiden, ob Schülerinnen, die das islamische Kopftuch tragen, vom Unterricht auszuschließen seien.

<sup>137</sup>Mandla v. Dowell-Lee, House of Lords, Entscheidung vom 24. März 1983, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1983, S. 532ff. Dazu ausführlich vorne im 2. Kapitel, S. 84ff.

<sup>138</sup>Dazu umfassend A. Gromitsaris, Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 121 (1996), S. 359ff; Peter Rädler, Religionsfreiheit und staatliche Neutralität an französischen Schulen, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 56 (1996), S. 353ff; Brigitte Basdevant-Gaudemet, Le statut juridique de l'Islam en France, in: Revue de droit public 2/1996, S. 374f; Jean Rivero, Laïcité scolaire et signes d'apparence religieuse. L'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989, in: Revue française de Droit administratif 6(1) 1990, S. 2ff.

<sup>139</sup>Conseil d'État, Paris, Avis no. 346893 du 27 novembre 1989, in: Revue universelle des droits de l'homme (RUDH) 1991, S. 152f.

<sup>140</sup>A.g.l.O., S. 153. Verboten ist „d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public.“

In der Folge hatte sich der Conseil d'État wiederholt mit Anwendungsfällen dieser Regeln zu befassen. Im Fall Kherouaa<sup>141</sup> ging es um ein Schulreglement, welches das Tragen von Kennzeichen einer Religionszugehörigkeit generell verbot. Der Conseil d'État rekapitulierte die Grundsätze seines Gutachtens von 1989 und kam zum Schluss, ein derart umfassendes Verbot sei nicht vereinbar mit der Gewissensfreiheit der Schülerinnen und Schüler, wie sie im Rahmen der Prinzipien der Neutralität und der Laizität garantiert sei.

Zum gleichen Schluss kam das Gericht im Fall Yilmaz,<sup>142</sup> in welchem das Verbot des Betretens des Schulgeländes mit einer Kopfbedeckung zur Diskussion stand. Das Gericht betonte, dass das Prinzip der Laizität die Neutralität des Schulstoffes und der Lehrkräfte, gleichzeitig aber auch die Beachtung der Gewissensfreiheit der Schülerschaft verlange. Ein generelles Verbot des Tragens religiöser Symbole berücksichtige die 1989 entwickelten Grundsätze zu wenig und sei daher nicht zulässig.<sup>143</sup> Hier und im späteren Fall Ali<sup>144</sup> wurde klargestellt, dass das Tragen des islamischen Kopftuchs allein noch keinen Proselytismus und keine Druckausübung darstelle. Dahinter steckt die Auffassung, dass darin ein persönlicher Entscheid der Schülerin und nicht ein aggressives Zeichen der Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppe, die sich in der Schule manifestieren will, zu erblicken sei.<sup>145</sup>

Zu den *Schranken* der Freiheit, ein islamisches Kopftuch zu tragen, konnte sich der Conseil d'État 1995 im Fall Aoukili<sup>146</sup> äussern: Er bestätigte darin den Ausschluss von zwei Schülerinnen wegen Störung der Schulordnung. Ihre Weigerung, das Kopftuch während des Sportunterrichts abzulegen, hatte zu Auseinandersetzungen geführt, welche in Demonstrationen vor der Schule gipfelten. Das Urteil macht deutlich, dass es bei Konflikten zwischen der Ordnung an der Schule und der Gewissensfreiheit nicht zu einer Abwägung der gegenüberstehenden Interessen kommt, sondern dass in diesem Fall die Aufrechterhaltung der Ordnung ohne weiteres vorgeht. Die Laizität schafft zwar Raum für Religionsausübung, aber nur, solange keine anderen Interessen berührt werden. 1996 bestätigte der Conseil d'État<sup>147</sup> diese Praxis und machte deutlich, dass der Unterricht, inklusive Sport- und Schwimmunterricht, der Ausübung der Religionsfreiheit in jedem Fall vorgehe.

Die Religionsfreiheit gibt gemäss dieser Rechtsprechung keinen Anspruch, überhaupt nicht mit religiösen Symbolen in Kontakt zu kommen; problematisch und umstritten ist dieser Kontakt ausschliesslich, wenn er von Seiten des Staates kommt. Eine strikte Auslegung des Prinzips der *laïcité*, die in ihrer harten Form die Religion gänzlich dem privaten Bereich zuweist

<sup>141</sup>Conseil d'État, 2.11.1992 (Affaire Kherouaa), in: Recueil Dalloz Sirey 1993, S. 108f. Siehe hierzu Geneviève Koubi, Note Kherouaa, S. 109ff.

<sup>142</sup>Conseil d'État, 14.3.1994 (Affaire Yilmaz), in: Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 135f.

<sup>143</sup>Ähnlich auch Tribunal administratif de Strasbourg, Urteil vom 3.5.1995 (Affaire Aksirin), in: Revue de droit public 1995, S. 1348ff: Ein Schulreglement, welches das Tragen des Kopftuches als *ostentatives* Zeichen untersagt, darf nicht als generelles Verbot interpretiert werden.

<sup>144</sup>Conseil d'État, 20. 5. 1996 (Affaire Ali), in: L'Actualité juridique – Droit Administratif (AJDA) 1996, S. 709f.

<sup>145</sup>Geneviève Koubi, Observations [Conseil d'État, 20.5.1996, Affaire Ali], in: L'Actualité juridique – Droit administratif (AJDA) 1996, S. 710f.

<sup>146</sup>Conseil d'État, 10.3.1995 (Affaire Aoukili), in: Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 365. Siehe hierzu Geneviève Koubi, Note Aoukili, S. 366ff.

<sup>147</sup>Conseil d'État, 9.10.1996 (Affaire Mlle X.), in: Recueil Dalloz Sirey 1996, S. 247f.

und entsprechend in der Schule keinen Ausdruck der Religion duldet,<sup>148</sup> ist zugunsten einer ‚weichen‘ laïcité überwunden worden, die das Tragen von Zeichen der Zugehörigkeit zu einer Religion nicht mehr automatisch als Verstoss gegen dieses Prinzip wertet und damit Andersgläubige in die Schule integrieren will. Kennzeichnend für diese neue Haltung bleibt aber, dass die Religionsfreiheit nicht gegen die so verstandene Laizität abgewogen wird: Wenn es aufgrund der Religionsausübung zu Störungen der öffentlichen Ordnung oder des geregelten Ablaufs des Unterrichtes kommt, hat die Religionsausübung automatisch zurückzutreten.

Ein besonders strenges Verständnis der Laizität vertritt das *türkische Verfassungsgericht*. 1989 stufte es eine Bestimmung, die Studentinnen das Tragen des islamischen Kopftuches an der Universität erlaubte, mit folgendem Argument als verfassungswidrig ein:

„Das Kopftuch (...) [ist] weniger eine Bekleidung besonderer Art als Abgrenzungsmerkmal. Es ist unumgänglich, dass sie zur Demonstration der Unterstellung [wird], dass Frauen, die ohne den Gebrauch des Kopftuches ihre Hochschulausbildung abgeschlossen haben oder gegenwärtig die Hochschulen besuchen, religionsfeindlich oder areligiös seien. Die zunehmende Ausweitung ist in Hinblick auf (...) das Laizismus-Prinzip bedenklich. Angriffe auf den Laizismus unter dem Deckmantel der Demokratie stellen einen Missbrauch der Religionsfreiheit dar.“<sup>149</sup>

Diese apodiktischen Aussagen sind auf dem Hintergrund der Tatsache zu verstehen, dass die geltende türkische Verfassung von 1982 die Grundprinzipien der Lehre von Kemal Atatürk in Art. 2 aufnimmt und mit einer Ewigkeitsklausel versieht.<sup>150</sup> Zentrales Anliegen des Kemalismus war und ist die strikte Trennung von Staat und Religion. Dieser Laizismus richtete sich historisch gegen die politische Rolle des Kalifen und der hohen Geistlichkeit im osmanischen Reich; heute bildet er die verfassungsrechtliche Grundlage für den politischen Kampf gegen alle Spielarten des islamischen Fundamentalismus.

Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat die Politik der Türkei als mit der Religionsfreiheit der EMRK vereinbar erklärt. Einer Beschwerdeführerin war das Diplomzeugnis verweigert worden, weil sie der Universität für das Zeugnis keine Fotografie aushändigen wollte, die sie ohne Kopftuch zeigte. Die Kommission kam zum Schluss, dass angesichts des laizistischen Charakters der Universität, welcher in einem Land mit einer starken Mehrheitsreligion die Minderheit vor Druck schützen wolle und deshalb Bekleidungs Vorschriften rechtfertige, keine Verletzung von Art. 9 EMRK vorliege.<sup>151</sup>

<sup>148</sup>Jedenfalls die öffentliche Schule wird hier als originär staatliche Veranstaltung aufgefasst. In Deutschland gilt die Schule demgegenüber als gesellschaftlicher Bereich, der vom Staat in Obhut genommen wurde. Diese Auffassung erlaubt es nach Ansicht einiger Autoren, in der Schule eine offene, dem Religiösen gegenüber aufgeschlossene Haltung einzunehmen (übergreifende Neutralität). Im Gegensatz dazu sind die Bereiche originären staatlichen Handelns (etwa die Rechtsprechung) von einer distanzierenden Neutralität geprägt. Zum ganzen Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssälen?*, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR)* 20 (1975), S. 119ff.

<sup>149</sup>Entscheid des Verfassungsgerichtes Ankara vom 7.3.1989 in der Sache *Anayasa Mahkemesi*, zitiert nach der Übersetzung in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 1990, S. 146ff.

<sup>150</sup>Siehe dazu Christian Rumpf, *Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 1990, S. 129ff und insb. S. 136.

<sup>151</sup>*Karaduman v. Turquie*, Requête No. 16278/90 (1993), DR 74, 93 (100f).



## b) Dispensationen

### aa) Feiertage

Die Frage, ob Kinder, die einer Minderheitsreligion angehören, an Feiertagen vom Schulunterricht befreit werden können, hat sich in der *Schweiz* seit langem gestellt. Früher war das Bundesgericht restriktiv. In BGE 66 I 157 entschied es im Jahr 1940, die Kantone seien nicht verpflichtet, Kinder von Adventisten vom allgemeinen obligatorischen Schulbesuch an Samstagen zu befreien. Zur Begründung führte es an, dass die Verfassung die Erfüllung der bürgerlichen Pflichten explizit vorbehalte, wozu auch der Schulbesuch gehöre. Es liege auch kein Verstoß gegen die Kultusfreiheit vor, denn diese sei nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung gewährleistet, zu welcher auch die staatliche Schulgesetzgebung zähle. In keiner Weise wurde geprüft, ob bei der Ausgestaltung der bürgerlichen Pflichten nicht auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Bürgerinnen und Bürger Rücksicht genommen werden müsste.

Diesen Schritt machte das Bundesgericht in BGE 114 Ia 129 nur halbherzig: Es betonte, zwar statuiere Art. 27 aBV mit der obligatorischen Schulpflicht eine Bürgerpflicht und schränke insoweit die Glaubens- und Gewissensfreiheit ein. Diese Bestimmung betone gleichzeitig aber den Grundsatz, dass die Religionsfreiheit durch das Schulobligatorium nicht beeinträchtigt werden dürfe. Allerdings müsse eine öffentliche Schule Dispensationen nicht gewähren, wenn „ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr gewährleistet ist (...)“.<sup>152</sup> In diesem Fall bestehe die Möglichkeit des Besuches einer Privatschule, die den Anforderungen an den staatlichen Primarunterricht genüge. Im konkreten Fall kam das Gericht zum Schluss, es sei unverhältnismässig, einer stark auf dem alten Testament basierenden Religionsgemeinschaft die Schuld dispensation für fünf aufeinanderfolgende Tage pro Jahr mit der Begründung zu verweigern, dass Schüler jüdischen Glaubens nie mehr als vier aufeinanderfolgende Tage Schuld dispensation beanspruchen würden.

Im Entscheid 117 Ia 311 distanzierte sich das Bundesgericht ausdrücklich von seiner ursprünglichen Haltung; im Sinne einer Präzisierung der Rechtsprechung hielt es fest, „dass der Kanton die religiösen Freiheiten durch die Festlegung von Bürgerpflichten einschliesslich der Pflicht zum Schulbesuch nicht weiter einschränken darf, als dies auch vom öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig ist“.<sup>153</sup> Im Einzelnen betonte das Gericht, es sei verfassungswidrig, in einem kantonalen Schulgesetz keine Möglichkeit der Befreiung vom Unterricht aus religiösen Gründen vorzusehen. Zwar müsse sich eine öffentliche Schule bei der Vermittlung des Stoffes und bei der Organisation an einen möglichst breiten gemeinsamen Nenner halten können. Insofern hätten sich auch traditionelle Bekenntnisse einzuschränken; allerdings stelle sich bei ihnen die Problematik weniger dringlich, da die Rechtsordnung und damit auch die Schulorganisation auf ihre Bedürfnisse ohnehin Rücksicht nehme. Grenze der Berücksichtigung einzelner Religionsvorschriften müsse jedenfalls die Aufrechterhaltung eines geordneten und effizienten Schulbetriebes sein, welcher im öffentlichen Interesse liege. Dieses Interesse sei

„abzuwägen gegenüber dem Interesse der Gesuchsteller, als Familie ihren Glaubensvorstellungen nachleben zu können. Diese stehen vor der Alternative, entweder einem staat-

<sup>152</sup>BGE 114 Ia 133 E. 3a.

<sup>153</sup>BGE 117 Ia 315 E. 2b.

lichen oder einem religiösen Gebot zuwiderhandeln zu müssen (...). Dadurch entsteht nicht nur die Gefahr eines Gewissenskonfliktes, sondern auch einer Auseinandersetzung zwischen Schule und Familie, unter der insbesondere das betroffene Kind leiden könnte“.<sup>154</sup>

Aus diesem Grund müssten relativ grosszügige Dispensationen möglich sein. Bis zu einem gewissen Grad sei es der Lehrerschaft und der Schulverwaltung zuzumuten, auf die ernsthaften Anliegen religiöser Minderheiten Rücksicht zu nehmen. Deshalb hiess das Gericht eine Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs von Angehörigen der Weltweiten Kirche Gottes gut, ihr Kind sei generell an den Samstagen vom Schulunterricht zu dispensieren.<sup>155</sup> Auch wenn das Bundesgericht nicht ausdrücklich davon sprach, macht dieses Urteil in dogmatischer Hinsicht deutlich, dass die Gefahr einer indirekten Diskriminierung<sup>156</sup> und das Kindeswohl die leitenden Gesichtspunkte sind, welche bei Dispensationsgesuchen Grosszügigkeit nahelegen.

In *Deutschland* stellte sich die Frage der Dispensation an Feiertagen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>157</sup> kam 1973 zum Schluss, die gesetzliche Befreiung vom Schulbesuch an Samstagen für Kinder jüdischen Glaubens und der Sieben-Tags-Adventisten sei mit dem Grundsatz der konfessionellen Neutralität der Schule vereinbar. Das Gericht liess offen, ob sich unmittelbar aus Art. 4 und 6 GG ein Anspruch auf Befreiung vom Unterricht an Samstagen ergibt. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes hätten allerdings auch Angehörige anderer religiöser Gemeinschaften, die sich nach ihrer hinreichend objektivierbaren Glaubensüberzeugung zum biblischen Gebot der Sabbatheiligung bekennen, Anspruch auf die den jüdischen Gläubigen und den Sieben-Tags-Adventisten eingeräumte Dispensation. Eine Differenzierung nach dem Kriterium der Anerkennung einer Religionsgemeinschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts sei hierbei im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG unzulässig. Deshalb hiess das Gericht die Beschwerde einer Klägerin gut, die zu einem losen Kreis von gleichgesinnten Personen gehörte, welche die Bibel als einzigen Lehrsatz anerkennen und auf strenge Sabbatheiligung achten. Dabei betonte das Gericht, dass der Zwang zum Schulbesuch an Samstagen die Kinder in einen Gewissenskonflikt bringen könne, welcher für die Schulleistungen möglicherweise mehr Schaden als Nutzen stifte.

In *Frankreich* anerkennt die Praxis, dass die Religionsfreiheit Anspruch auf Dispensation an religiösen Feiertagen gibt, handhabt aber die Schranke der Vereinbarkeit solcher Absenzen mit den Erfordernissen eines effizienten Schulunterrichts und der öffentlichen Ordnung relativ streng. Dies kommt in zwei Entscheiden des Conseil d'État vom 14. April 1996 deutlich

<sup>154</sup>BGE 117 Ia 318 E. 4b.

<sup>155</sup>Das Bundesgericht erklärte sich ausserstande, entscheiden zu können, ob eine solche Dispensation angesichts der konkreten Verhältnisse an einer Kantonsschule einen effizienten Schulbetrieb stark beeinträchtigen würde. Gestützt auf diese Rechtsprechung entschied die Erziehungsdirektion des Kantons Bern 1992, der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Religionsgemeinschaften verlange, dass Mitglieder der Baha'i-Gemeinschaft an sechs hohen Feiertagen (den Baha'i Heiligen Tagen) vom Schulunterricht zu dispensieren sind, auch wenn die Schulgesetzgebung dies nicht ausdrücklich vorsehe, sondern bloss Dispensationen „aus wichtigen Gründen“ erlaube (in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung (BVR) 1992, S. 264ff).

<sup>156</sup>Vgl. vorne S. 93ff.

<sup>157</sup>BVerwGE 42, 129 (Urteil v. 17.4.1973).

zum Ausdruck. Im Fall *Consistoire central des israélites de France*<sup>158</sup> hielt der Conseil d'État den Grundsatz fest, ein Dekret, welches die Anwesenheitspflicht der Schüler regelt, dürfe nicht so ausgelegt werden, dass den Schülern die Möglichkeit genommen werde, sich für religiöse Feste oder zur Begehung einer Kulthandlung vom Schulunterricht dispensieren zu lassen. Die Abwesenheit muss allerdings mit den erzieherischen Anforderungen und mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung an der Schule vereinbar sein. Im Fall *Koen*<sup>159</sup> wies das Gericht die Beschwerde eines jüdischen Schülers ab, der sich gegen die Verweigerung der Aufnahme in eine vorbereitende Klasse wehrte, welche sich auf seine Abwesenheit an Samstagen stützte. Der Conseil d'État wiederholte den Grundsatz, dass Schüler wegen der Teilnahme an einem Kult oder an einer religiösen Feier vom Schulunterricht befreit werden können. Im vorliegenden Fall sah er aber keinen Verstoss gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit, da die Gefahr bestand, dass der Schüler bei einer gänzlichen Befreiung von der Vorbereitungsklasse den schulischen Anforderungen nicht genügen würde. Die beiden Urteile wurden kritisiert, weil sie mit der prinzipiellen Anerkennung von Dispensationsmöglichkeiten die strenge Laizität der französischen Schule relativieren würden.<sup>160</sup>

### *bb) Sportunterricht*

Ein besonderes Problem stellen Auseinandersetzungen über die Befreiung vom Schwimm- und Sportunterricht dar. In der *Schweiz* hat ein solcher Fall für besonderes Aufsehen gesorgt.<sup>161</sup> Im konkreten Fall hatte der Vater des Mädchens, welches damals die zweite Primarschulklasse besuchte, bei der Schulpflege das Gesuch gestellt, seine Tochter sei aus religiösen Gründen vom Schwimmunterricht zu dispensieren, da der islamische Glaube das gemeinsame Schwimmen beider Geschlechter verbiete. Das Gesuch wurde abgewiesen, ebenso die dagegen erhobenen kantonalen Beschwerden. Das Bundesgericht hielt zuerst fest, die Religionsfreiheit garantiere „die religiöse Bezeugung des einzelnen Menschen als selbstverantwortlichen Bereich, der vom Staat nicht angetastet werden darf“, und erfasse nicht „nur die traditionellen Glaubensformen der christlich-abendländischen Kirchen und Religionsgemeinschaften, sondern alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz (...). Dazu zählt auch der Islam.“<sup>162</sup> Die Religionsfreiheit garantiere nicht nur die innere Freiheit, zu glauben, sondern auch die äussere Freiheit, gemäss seinem Glauben zu leben. „Voraussetzung bleibt allerdings, dass solche Verhaltensweisen unmittelbarer Ausdruck der religiösen Überzeugung sind (...). Insoweit können auch religiös bedingte Bekleidungs Vorschriften vom Schutz [der Religionsfreiheit] erfasst werden“.<sup>163</sup> Das Bundesgericht wandte sich anschliessend der Frage zu, ob die geltend gemachten Kleidervorschriften religiös geboten seien, wobei es betonte, dass sich das Gericht „insofern grosse Zurückhaltung aufzuerlegen [hat], als der Inhalt der Glaubenslehre in Frage steht“, weshalb ihm eine Interpretation heiliger Schrif-

<sup>158</sup>Conseil d'État, Entscheid vom 14.4.1995, *Affaire Consistoire central des israélites de France et autres*, in: *Receuil Dalloz Sirey* 1995, S. 481f.

<sup>159</sup>Conseil d'État, Entscheid vom 14.4.1995, *Affaire Koen*, in: *Receuil Dalloz Sirey* 1995, S. 482.

<sup>160</sup>Geneviève Koubi, Note (*Affaire Consistoire central des israélites de France et affaire Koen*), in: *Receuil Dalloz Sirey* 1995, S. 483ff.

<sup>161</sup>BGE 119 Ia 178. Zur Diskussion über dieses Urteil siehe S. 1f.

<sup>162</sup>BGE 119 Ia 184 E. 4b.

<sup>163</sup>BGE 119 Ia 184 E. 4c.

ten oder eine Stellungnahme zu theologischen Debatten verwehrt sei.<sup>164</sup> Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich gemäss einer strengen Auffassung, wie sie von verschiedenen islamischen Religionsgemeinschaften vertreten werde, bereits junge Mädchen den koranischen Kleidervorschriften zu unterziehen hätten; deshalb stelle die Verweigerung der Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht einen Eingriff in die Religionsfreiheit dar. Zwar würden gemäss der Bundesverfassung die Glaubensansichten nicht von der Erfüllung der Pflichten gegenüber dem Staat entbinden; solche Pflichten dürften aber nicht in unverhältnismässiger Weise in die Religionsfreiheit eingreifen. In der Schule sei dabei vor allem auch Rücksicht auf das Erziehungsrecht der Eltern zu nehmen. Allerdings finde die

„Berücksichtigung von Religionsvorschriften einzelner Schüler – sei es von Angehörigen der traditionell in der Schweiz verwurzelten Glaubensbekenntnisse, sei es von anderen – (...) allerdings dort ihre Schranke, wo ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr aufrechterhalten werden kann (...). Ausserdem darf das religiös geprägte Verhalten nicht dazu führen, dass die anderen Schüler in ihren religiösen Gefühlen verletzt werden. Die Ausübung der eigenen Glaubens- und Gewissensfreiheit wird insofern von der Religionsfreiheit der andern begrenzt.“<sup>165</sup>

Das Bundesgericht kam schliesslich zum Ergebnis, die angerufenen Kleidervorschriften seien als relativ gewichtige Glaubensvorschriften einzustufen, vor welchen das Interesse des Staates an der Durchführung des Schwimmunterrichtes zurückzuweichen habe. Beim Schwimmen handle es sich nicht um einen Lehrinhalt, der im Interesse der Kinder oder im Rahmen der schweizerischen Werteordnung als unverzichtbar einzustufen sei. Abschliessend nahm das Gericht zur Auffassung der Vorinstanz Stellung, wonach eine Dispensation u.a. mit Rücksicht auf das Integrationsprinzip zu verweigern sei:

„Angehörige anderer Länder und anderer Kulturen, die sich in der Schweiz aufhalten, haben sich zwar zweifelsohne 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 haben.“<sup>166</sup>

In *Deutschland* wurde in einer Serie von Urteilen, die 1993 in einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes gipfelte, eine analoge Praxis entwickelt.<sup>167</sup> Ein Urteil aus dem Jahr 1987<sup>168</sup> befasste sich nicht mit dem Islam, sondern mit Angehörigen der sog. Palmerianischen Kirche, welche die nachkonziliare Entwicklung ablehnt und sich deshalb von der katholischen Kirche abgespalten hat. Angehörige dieser Glaubensrichtung verlangten eine Befreiung ihrer Töchter vom Sportunterricht mit der Begründung, ihre Religion verbiete Frauen und Mädchen das Tragen von Hosen ausnahmslos und stuft die Missachtung dieser Regel als schwere Sünde ein. Das Gericht hiess die Klage gut und entschied, dass ein Anspruch auf Befreiung vom

<sup>164</sup>BGE 119 Ia 185.

<sup>165</sup>BGE 119 Ia 192f E. 7e.

<sup>166</sup>BGE 119 Ia 196 E. 8d.

<sup>167</sup>Hierzu Langenfeld, S. 387ff.

<sup>168</sup>VGH München, Urteil v. 6.5.1987 – 7 B 86.01557, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987, S. 706ff.

Sportunterricht bestehe, wenn die Pflicht zum Tragen von Schwimm- und Sportbekleidung für eine Schülerin mit unzumutbaren Glaubens- und Gewissenskonflikten verbunden sei. Zwar verpflichte die allgemeine Schulpflicht grundsätzlich zum Besuch aller Unterrichtsveranstaltungen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sei es allerdings geboten, bei Vorliegen wichtiger Gründe die Möglichkeit der Befreiung vom Unterrichtsbesuch zu eröffnen. Auch Aussenseitern und Sektierern sei die ungestörte Entfaltung der Persönlichkeit gemäss ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen der Verfassung geraten oder die Rechte Dritter beeinträchtigen würden. Dies sei hier nicht der Fall. Zwar bestehe die Gefahr, dass das Kind in eine Aussenseiterrolle gedrängt werde, der staatliche Bildungsauftrag sei durch eine Befreiung vom Turnunterricht im Einzelfall aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Damit räumte das Gericht im Bereich des Sports der Religionsfreiheit Vorrang vor dem staatlichen Erziehungsauftrag ein.

Verschiedene untere Instanzen gewährten die gleiche Befreiung vom Sportunterricht für Mädchen aus islamischen Familien, falls die Schule diesen Unterricht nicht nach Geschlechtern getrennt durchführte, wobei ebenfalls mit dem Vorrang der Religionsfreiheit vor dem staatlichen Bildungsauftrag in Fällen echter Gewissenskonflikte argumentiert wurde.<sup>169</sup> Dabei haben die Gerichte teilweise unterstrichen, es spiele keine Rolle, dass die Bekleidungs Vorschriften einseitig zu Lasten der Frauen gehen:

„Denn der (...) gesellschaftlichen Auswirkung einer Glaubensüberzeugung kommt hinsichtlich der Schutzfähigkeit einer religiösen Überzeugung keine Bedeutung zu. Selbst Aussenseitern und Sektierern ist die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gem. ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen der Verfassung geraten und aus ihrem Verhalten deshalb spürbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen.“<sup>170</sup>

Betont wurde auch, die Befürchtung, die Befreiung vom Sportunterricht würde den Schulbetrieb organisatorisch erheblich erschweren, sei zurückzuweisen. Die Schule sei Bestandteil der im Gefolge der staatlichen Ausländerpolitik „gewachsenen multikulturellen Gesellschaft und hat sich entsprechend organisatorisch und pädagogisch einzurichten. Dazu gehört, dass sie Rücksicht nimmt, wo es aus Gründen der Toleranz von Verfassungs wegen geboten ist.“<sup>171</sup>

1993 bekam das Bundesverwaltungsgericht<sup>172</sup> Gelegenheit, zur Frage der Befreiung vom Turn- und Sportunterricht Stellung zu nehmen, nachdem die Vorinstanz<sup>173</sup> zwar dem Gesuch

<sup>169</sup>VGH Kassel, Urteil v. 3.9.1987 – 6 UE 477/87, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1988, S. 951; OVG Lüneburg, Beschluss v. 26.4.1991 – 13 M 7618/91, NVwZ 1992, S. 79ff; OVG Münster, Urteil v. 12.7.1991 – 19 A 1706/90, NVwZ 1992, S. 77ff; OVG Bremen, Urteil v. 24.3.1992 – 1 BA 17/91, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1992, S. 412ff.

<sup>170</sup>OVG Lüneburg, Beschluss v. 26.4.1991 – 13 M 7618/91, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 80f mit Verweis auf BVerfGE 33, 23 (29). Ähnlich OVG Münster, Urteil v. 12.7.1991 – 19 A 1706/90, NVwZ 1992, S. 78f.

<sup>171</sup>OVG Bremen, Urteil v. 24.3.1992 – 1 BA 17/91, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1992, S. 413.

<sup>172</sup>BVerfGE 94, Nr. 8, S. 82ff, Urteil v. 25.8.1993 – 6 C 8/91, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 578ff.

<sup>173</sup>OVG Nordrhein-Westfalen (Münster), Urteil v. 15.11.1991 – A 2198/91, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1992, S. 409ff.

um Befreiung vom Schwimmunterricht stattgegeben, jenes auf Befreiung vom Turnunterricht aber im wesentlichen mit dem Argument abgelehnt hatte, anders als im Schwimmunterricht seien die Beeinträchtigungen beim Turnen eher geringfügig und angesichts der grossen Bedeutung dieses Faches hinzunehmen. Gemäss Leitsatz kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, aus der Religionsfreiheit folge für eine zwölfjährige Schülerin islamischen Glaubens ein „Anspruch auf Befreiung vom Sportunterricht, solange dieser nicht nach Geschlechtern getrennt angeboten wird“. Der Fall betraf eine zwölfjährige Türkin islamischen Glaubens, die wegen ihres Glaubens vom koedukativ erteilten Sportunterricht befreit werden wollte; dieser verbiete es ihr, zusammen mit Knaben Sport zu treiben. Das Begehren wurde von der Schule und den Vorinstanzen abgelehnt, da es der Schülerin zumutbar sei, in weit geschnittenen Kleidern am Sportunterricht teilzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht führte zuerst aus, die Verpflichtung der islamischen Frauen, ihre Scham zu verhüllen und ihre Reize zu verbergen, ergebe sich aus den Vorschriften des Koran. Dem Grundrecht auf Respektierung der Glaubensfreiheit stehe der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag gegenüber. Dieser werde durch die geforderte Rücksichtnahme auf den Glauben der Schülerin dann nicht in Frage gestellt, wenn ein nicht koedukativer Schulunterricht durchgeführt würde. Wenn der Staat von dieser organisatorischen Möglichkeit keinen Gebrauch mache, könne er sich nicht auf den Vorrang seines Erziehungsauftrages berufen. Die Befürchtung, die Klägerin gerate in eine Aussenseiterrolle, sei nicht weniger gross, wenn sie gezwungen werde, am Sportunterricht in ungeeigneten Kleidern teilzunehmen und immer wieder um Befreiung von besonderen Übungen nachzusuchen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht eine Lösung also primär in einem nach Geschlechtern getrennten Sportunterricht, und erst in zweiter Linie in einer Dispensation vom Unterricht.

Weniger grosszügig ist die *französische* Rechtsprechung. Wie bereits ausgeführt wurde, geht der Unterricht, inklusive Sport- und Schwimmunterricht, der Religionsfreiheit wegen des Prinzips der Laizität der Schule in jedem Fall vor.<sup>174</sup>

### *cc) Schulpflicht*

Lässt sich aus der Religionsfreiheit ein Anspruch auf völlige Befreiung von der Schulpflicht ableiten? Wie bereits ausführlich dargestellt, hatte der amerikanische Supreme Court die Frage im Fall der Amish (*Wisconsin v. Yoder*<sup>175</sup>) für die letzten beiden Jahre der obligatorischen Schulzeit bejaht, wobei es sich allerdings um eine wohl einmalige Fallkonstellation handelte.

In *Deutschland* war das Bundesverwaltungsgericht im Fall einer Klägerin, die geltend gemacht hatte, sie könne es mit ihrem katholischen Glauben nicht vereinbaren, ihren Sohn auf eine öffentliche Grundschule zu schicken, weniger grosszügig: Eine solche Schule sei nicht in gleichem Masse wie ihr eigener Heimunterricht geeignet, ihrem Sohn einen mit dem katholischen Glauben übereinstimmenden Unterricht zu vermitteln.<sup>176</sup> Das Gericht betonte, das im Grundgesetz gewährleistete Elternrecht stehe der allgemeinen Schulpflicht nicht entgegen;

<sup>174</sup>Conseil d'État, 9.10.1996 (Affaire Mlle X.), Recueil Dalloz Sirey 1996, S. 247f. Zur Ableitung dieses Grundsatzes aus dem Prinzip der Laizität siehe vorne S. 131ff.

<sup>175</sup>*Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), vorne S. 50ff.

<sup>176</sup>BVerwGE, Entscheid v. 15.11.1991 – 6 B 16/91, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 370ff.

speziellen Elternwünschen könne mit der Freiheit zur Gründung von Privatschulen Rechnung getragen werden. Auf diese Weise werde sichergestellt, dass Eltern und Kinder durch die allgemeine Schulpflicht nicht in einen verfassungsrechtlich unzumutbaren Glaubens- und Gewissenskonflikt geführt würden. Ein Anspruch auf Heimunterricht bestehe deshalb nicht.<sup>177</sup>

#### 4. BEURTEILUNG

##### a) *Gemeinsamkeiten*

Den vielen Urteilen um Fragen kultureller Identitäten im Schulbereich ist gemeinsam, dass alle Gerichte ohne Zögern und zu Recht<sup>178</sup> die Anwendbarkeit der Religionsfreiheit bejahen und sie sowohl persönlich als auch sachlich weit fassen:<sup>179</sup> So können sich nicht nur Eltern und ihre Kinder, sondern auch staatliche Lehrkräfte auf dieses Grundrecht berufen, und in seinen Schutzbereich fallen nicht nur eigentliche Glaubensüberzeugungen und Kultushandlungen, sondern auch Lebenspraktiken wie religiös motivierte Bekleidungen.

Gemeinsam ist den Gerichten im weiteren, dass sie in religiösen Fragen jeden Assimilationszwang ablehnen; auch dort, wo der staatlich verordnete Einbruch des Religiösen in den Schulbereich weitgehend geschützt wird, sind die Gerichte zu (mehr oder weniger) weitgehenden Dispensationen der Minderheit bereit. Dies ist aus drei Gründen richtig: Im Verhältnis zur Mehrheit stellt sich hier immer das Problem der *indirekten Diskriminierung*,<sup>180</sup> weil die an sich neutralen Regelungen betreffend Feiertage oder Sportunterricht Angehörige bestimmter Minderheiten in überdurchschnittlichem Mass und gerade wegen ihres Glaubens benachteiligen und in unzulässiger Weise herabsetzen können. Zudem werden in den meisten Ländern zumindest bestimmten Minderheiten traditionellerweise Befreiungen zugestanden; die Rechtsgleichheit verlangt, solche Dispensationen auch den ‚neuen‘ Minoritäten zu gewähren. Schliesslich spielt der Gedanke des Kindeswohls eine grosse Rolle: Kinder und Jugendliche sollen nicht wegen des Widerspruchs zwischen elterlichen und schulischen Forderungen in einen Gewissenskonflikt gestürzt werden, welcher ihren Schulerfolg stärker beeinträchtigen würde als eine Befreiung vom fraglichen Unterricht.

<sup>177</sup>Ähnlich wurde vom Amtsgericht Bonn, Urteil v. 5.7.1988 – 74 Owi 26 Js 1094/88 419/88, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, S. 1047 im Fall eines Vaters entschieden, der sich weigerte, seine Tochter in die Schule zu schicken, da er mit den Lehrinhalten nicht einverstanden war. Sein Kind werde zu falschen sittlichen und moralischen Auffassungen erzogen, etwa im Sexualkundeunterricht und im Religionsunterricht, in welchem es über den Islam und dessen Glaubensinhalte unterrichtet werde. Diese Erziehung widerspreche krass der katholisch-konservativen Erziehung, die seine Tochter zu Hause erfahre. Bei der Beurteilung der Busse, die der Vater angefochten hatte, ging das Gericht von einer Kollision zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 GG) und dem Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates (Art. 7 GG) aus, welcher Wissensvermittlung im Sexualkundeunterricht und die Information über andere Religionen miteinschliesse. Dieser Unterricht diene der Förderung des Verständnisses und der Toleranz gegenüber den Auffassungen anderer. Da der Vater nicht vorgebracht habe, seine Tochter werde im Unterricht indoktriniert, sei er verpflichtet, das Mädchen in die Schule zu schicken. Bei diesem Urteil konnte sich das Gericht u.a. auf den Entscheid des Bundesverfassungsgerichtes 47, 46 (1977) stützen, wonach ein obligatorischer Sexualkundeunterricht mit dem Erziehungsrecht der Eltern vereinbar sei.

<sup>178</sup>Dazu vorne S. 114ff.

<sup>179</sup>Zum Geltungsbereich der Religionsfreiheit ausführlicher vorne S. 112.

<sup>180</sup>Dazu vorne S. 93f.

*b) Die integrative Wirkung der religiösen Neutralität der Schule*

Schliesslich anerkennen alle Gerichte, dass in der Schule unterschiedliche Grundrechtsanliegen aufeinanderprallen, zwischen denen ein *Ausgleich* gefunden werden muss. Bei den konkreten Lösungen geht die Praxis der verschiedenen Länder allerdings stark auseinander. Diese Unterschiede liegen zu einem grossen Teil in unterschiedlichen Verfassungstraditionen und den daraus resultierenden spezifischen Verfassungsbestimmungen zur Stellung der Schule<sup>181</sup> begründet. Auch wenn keiner der Ansätze grundrechtswidrig ist, vermögen sie nicht alle zu überzeugen.

Der *französische* Ansatz der Laizität der Schule setzt darauf, das Religiöse möglichst weitgehend aus der Schule zu verbannen. Deshalb ist die Schule in ihren Lehrzielen bewusst säkular ausgerichtet. Konsequenterweise wird von den Schülerinnen und Schülern erwartet, dass sie ihre religiösen Anliegen möglichst ausserhalb der Schule verwirklichen. Rücksichtnahme auf religiöse Anliegen der Minderheit bleibt zwar möglich, der dafür bestehende Spielraum stösst aber sofort an klare Grenzen, wenn der ordentliche Schulbetrieb betroffen ist. Dieser Ansatz wirkt im Verhältnis zwischen den christlichen Konfessionen neutral, weil die Laizität der Schule für sie bloss bedeutet, dass der Staat jegliche Diskussion über ihren jeweiligen Stellenwert in der Schule unterbindet, im übrigen ihre starke Stellung in der Öffentlichkeit aber nicht tangiert. Für traditionalistisch eingestellte Angehörige nicht christlicher Minderheiten entfaltet er aber eine stark assimilationistische Wirkung. Traditionelle Muslime z.B. zwingt der Laizismus zur Aufgabe des Grundsatzes, dass sich die religiöse Haltung, wie sie etwa im Kopftuch zum Ausdruck kommt, im gesamten öffentlichen Raum – und damit auch in der Schule – manifestieren muss: Der Zwang, sich im Schulbereich nicht als Individuum mit einer bestimmten und spezifischen Religion, sondern als (künftige) *citoyens* oder *citoyennes* zu manifestieren, grenzt alle aus, welche zu diesem Schritt nicht bereit sind. Mit seinem mutigen *Avis* zum islamischen Kopftuch<sup>182</sup> hat der *Conseil d'État* zwar eine Bresche in dieses traditionelle Konzept geschlagen, die Grenzen der Toleranz gegenüber religiösen Minderheiten sind aber trotzdem eng geblieben. Die teilweise heftigen Auseinandersetzungen um das islamische Kopftuch in französischen Schulen erscheinen in diesem Zusammenhang als Konsequenz einer Politik, welche ihre Wurzeln in der traditionellen Assimilationspolitik Frankreichs besitzt.<sup>183</sup> Diese setzte bereits im 19. Jahrhundert voll auf die kulturelle und politische Assimilation von Einwanderern, welche nicht nur leicht das französische Bürgerrecht erhielten, sondern in den laizistischen Schulen in der französischen Sprache und gleichzeitig im Geist des französischen Republikanismus erzogen wurden: Die Integration von Fremden sollte auf dem Weg der Transformation in französische Bürger und Bürgerinnen erfolgen. Diese Politik ist heute gelockert, ihre Grundprinzipien werden aber nach wie vor vertreten.<sup>184</sup> Versteht man die Schule als einen Ort, wo sich Staat und Private auf dem Forum der Öffentlichkeit begegnen, zeichnet sich der französische Ansatz dadurch aus, dass dort die universalistischen, an der Gleichheit orientierten Kriterien des Staates gegenüber den privaten Ansprüchen auf kulturel-

<sup>181</sup>Siehe z.B. die unterschiedliche Ausrichtung von Art. 27 aBV und Art. 7 des deutschen Grundgesetzes.

<sup>182</sup>Vorne bei Anm. 139 und 140.

<sup>183</sup>Die Darstellung folgt hier Dominique Schnapper, *The Significance of French Immigration and Integration Policy*, in: Friedrich Heckmann/Wolfgang Bosswick (eds.), *Migration Policies: A Comparative Perspective*, Stuttgart 1995, S. 99ff; der Artikel basiert auf dies., *La France de l'intégration*, Paris 1991.

<sup>184</sup>Dies., S. 104f.



le Autonomie durchgesetzt werden. Diese Politik war lange erfolgreich;<sup>185</sup> sie ist aber wenig grundrechtsfreundlich und nützt nationale Beurteilungsspielräume bei der Einschränkung der Religionsfreiheit bis an die Grenzen aus. Solange der Assimilationsdruck von der Minderheit hingenommen wird, wirkt sie in hohem Mass integrierend, sobald er aber in Frage gestellt wird, sind schwerwiegende Konflikte vorprogrammiert, zu deren Lösung so verstandene Grundrechte nur wenig beitragen werden.

Der *deutsche* Ansatz erlaubt demgegenüber eine weitgehend christliche Ausrichtung der öffentlichen Schule, die etwa in christlichen Erziehungszielen, der Zulässigkeit des Schulgebets und der Einstufung des Religionsunterrichts als ordentliches Prüfungsfach ihren Ausdruck findet. Angehörigen religiöser Minderheiten werden auf der Basis der Grundrechte grosszügig Dispensationen erteilt, solange sie die Rechte der Mehrheit nicht in Frage stellen; diesen gegenüber müssen sie Toleranz aufbringen. Hier wird Schule primär als Ort des Aufeinandertreffens der unterschiedlichen Privatinteressen von Lehrkräften, Mehrheit und religiösen Minderheiten verstanden: Im Zentrum der Rechtsprechung steht deshalb der Ausgleich zwischen dem Recht, den eigenen religiösen Auffassungen entsprechend leben zu können, und dem Anspruch, vor religiösen Äusserungen anderer geschützt zu sein, d.h. zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit. Damit wird der Bereich der öffentlichen Schule für die Sphäre des Privaten weit geöffnet und zum Ort gemacht, wo sich die Beziehungen privater Gruppierungen zueinander potentiell konflikthaft entladen. Die Reaktion auf diese Situation liegt – ausser beim Kruzifix-Urteil – im primären Schutz für die positive Religionsfreiheit: Sie gibt der Minderheit Anspruch auf Dispensation, gleichzeitig aber darf die Mehrheit ihre Religion auch in der Schule wirken lassen. Wenn auch weniger ausgeprägt als die französische Laizität führt dieses Modell im Ergebnis ebenfalls zu einem starken Assimilationsdruck: Die Minderheit muss sich in der Schule dauernd den religiösen Anliegen der Mehrheit aussetzen. Diese Konstellation funktioniert gut, solange Angehörige der Minderheiten dieses Angebot nicht zurückweisen. Im Konfliktfall könnten sich aber auch hier Probleme ergeben, die auf der Basis der Grundrechte nur schwer zu lösen sind. Besonders akut wird dabei das Problem der Diskriminierung gegenüber religiösen Minderheiten. So erscheint es problematisch, dass die deutsche Volksschule in verschiedenen Bundesländern ausdrücklich christlich ausgerichtet ist und dass Lehrkräften, welche Minderheiten angehören, das Recht zum religiösen Bekenntnis in Form starker religiöser Symbole (z.B. Bekleidung) verwehrt wird, während dies für christliche Lehrerinnen und Lehrer nicht ausgeschlossen wird. Wenn die Schule wie in Deutschland ein Ort ist, an welchem Religion einen prominenten Platz einnehmen darf, verlangt das Rechtsgleichheitsgebot die Zulassung auch nicht-christlicher Bekenntnisse.<sup>186</sup>

Der *schweizerische* Ansatz stellt den Gedanken in den Vordergrund, dass zwischen Staat und Privaten deutlich zu unterscheiden ist und die Schule sich als jener Ort erweist, wo Staat und Private mit ihren je eigenen Rollen aufeinandertreffen. Vom Staat und den Lehrkräften, die

<sup>185</sup>Dies., S. 106f, weist darauf hin, dass die Probleme in den Vorstädten von Paris, Lyon und Marseille primär sozialer und nicht kultureller Natur seien: So seien nur 10% der jungen Muslime religiös eingestellt, und die Fragen betreffend das islamische Kopftuch hätten sich nicht wegen französischer Muslime, sondern wegen Neueinwanderern aus Tunesien und Marokko ergeben.

<sup>186</sup>So zutreffend Ulf Häussler, Religion und Integration, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1999, S. 36.

ihn repräsentieren, wird im Sinn des Gleichheitsprinzips und Diskriminierungsverbotes<sup>187</sup> weitestgehend Abstinenz in religiösen Fragen erwartet: Der Religionsunterricht hat eine deutlich säkulare Ausrichtung zu nehmen, und Lehrpersonen dürfen weder religiöse Auffassungen verkünden noch mittels stark symbolhafter Kleidung solche Positionen markieren. Demgegenüber wird der Grundsatz der kulturellen Autonomie in der privaten Sphäre respektiert. Schulkinder bzw. ihre Eltern dürfen ihre religiösen Auffassungen in den Schulraum tragen, und sie haben, sofern sie sich in der Minderheit befinden, Anspruch auf weitgehende Dispensationen. Als Ergebnis wird verlangt, dass sich Mehrheit und Minderheit gegenseitig tolerieren, und alle Beteiligten können sich – im Sinne einer Politik der Anerkennung – in ihrer eigenen Identität ernst genommen fühlen. Dieses Konzept verpflichtet den Staat zu einer echten Neutralität, welche ihm den religiösen Diskurs weitgehend versagt und ihn mit der Zulassung privater Religiosität von Mehrheit und Minderheiten davon entlastet, für die eine oder andere Seite Partei zu nehmen. Dieser Ansatz erlaubt den Minderheiten, ohne Assimilationszwang in religiösen Fragen am Unterricht in öffentlichen Schulen teilzunehmen, was die Versuchung oder gar den Druck mindert, sich in Privatschulen zurückzuziehen und sich dort gegenüber der Mehrheitsgesellschaft abzuschotten. Der Ansatz dient aber auch der Friedenssicherung, indem Mehrheit und Minderheit von Anfang an wissen, dass der Staat, soweit er die Lehrinhalte festlegt und sich durch die Lehrkräfte repräsentieren lässt, sich mit keiner Religion identifizieren wird und traditionellen Christen ebenso wenig zumutet, ihre Kinder bei einer traditionalistisch gekleideten islamischen Lehrerin in den Unterricht zu schicken, wie islamische Kinder gezwungen werden, unter dem Kreuz oder der Aufsicht eines orthodox gekleideten jüdischen Lehrers lernen zu müssen. Wenn die öffentliche Schule ein Ort sein soll, an welchem sich auch in der Einwanderungsgesellschaft alle heimisch fühlen können, muss man dem Entscheid des Bundesgerichtes zustimmen, dass Lehrkräften zugemutet werden darf, auf Kleidung mit starker religiöser Symbolwirkung zu verzichten. Die öffentlichen Interessen, wie sie hier zum Ausdruck kommen, erscheinen – vor allem in einer langfristigen Sicht – gewichtiger als die zugegebenermassen wichtigen privaten Interessen der betroffenen Lehrkräfte. Ihr Glaube macht traditionalistisch eingestellte islamische Lehrerinnen, katholische Geistliche oder orthodoxe jüdische Lehrer nicht ungeeignet, Unterricht zu geben. Wenn sie aber ihre Glaubenshaltung – z.B. mittels ihrer Kleidung – permanent und plakativ zum Ausdruck bringen, riskieren sie, die Eltern, die anderen Glaubensgemeinschaften angehören, zu entfremden. Im Fall der Lehrkräfte kann die Zulassung ‚starker‘ religiöser Symbolik die Erfüllung ihrer Aufgabe erheblich beeinträchtigen; damit ist eine im öffentlichen Dienstverhältnis allgemein anerkannte Schranke<sup>188</sup> erreicht, die trotz der einschneidenden Konsequenzen für die Betroffenen auch hier gelten muss.

Wie wichtig eine weitgehendste religiöse Neutralität der öffentlichen Schule in Zeiten religiöser Spannungen ist, zeigt das historische Beispiel der katholischen Privatschulen in den USA,<sup>189</sup> wo fehlende Rücksicht auf Differenzen Ausgrenzung und Rückzug bewirkt haben: Mitte des 19. Jh. begannen New York City und andere Städte, protestantische Glaubenslehren an den öffentlichen Schulen zu stärken, weil dies für sie zusammen mit anderen Merkmalen das typisch ‚amerikanische‘ der öffentlichen Erziehung ausmachte. U.a. wurde die Lektüre

<sup>187</sup>Dazu vorne im 2. Kapitel, S. 79ff.

<sup>188</sup>Siehe z.B. BGE 120 Ia 205 E. 3a zur Meinungsäusserungsfreiheit.

<sup>189</sup>Nathan Glazer, *We are all Multiculturalists Now*, Cambridge, Mass./London 1997, S. 84f.

der protestantischen ‚King James‘-Bibel für obligatorisch erklärt. Dies veranlasste die Katholiken, ein paralleles System katholischer Privatschulen aufzubauen, was den Beginn der bis heute andauernden Schwächung des öffentlichen Schulsystems in den USA darstellte.

Am Bundesgerichtsentscheid muss kritisiert werden, dass er gewissermassen auf Vorrat hin eine Grundrechtsbeschränkung vorgenommen hat. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass zwischen Eltern und der Lehrerin wegen der Bekleidung echte Konflikte existierten.<sup>190</sup> Wenn die Beschränkung sich nur unter dem Gesichtspunkt der Zugänglichkeit der Schule für alle rechtfertigen lässt, muss gefordert werden, dass – ähnlich wie der französische Conseil d'État für das Kopftuch der Schülerinnen entschieden hat<sup>191</sup> – erst dann in die Rechte der Lehrkräfte eingegriffen wird, wenn nicht nur in abstracto, sondern im konkreten Einzelfall Probleme bestehen, welche die Interessen an der Grundrechtsbeschränkung überwiegend erscheinen lassen. In diesem Punkt unterscheiden sich die Kruzifix-Problematik und jene der Bekleidung von Lehrkräften sehr stark: Während das Kruzifix dem Schulraum einen offiziellen religiösen Anstrich gibt, welcher gegen den Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität der Schule verstösst, bringt eine religiös geprägte Kleidung in erster Linie die Haltung eines Individuums und erst sekundär jene des Staates zum Ausdruck.

### *c) Geschlechterdiskriminierung?*

Es bleibt die Frage, ob das Tolerieren des islamischen Kopftuches und die Dispensation vom Schwimmunterricht nicht in einer Weise traditionelle Rollenbilder zementiert, die dem Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau widersprechen. Eine Verletzung dieses Grundsatzes wäre auf jeden Fall dann zu bejahen, wenn der Staat aktiv solche Anordnungen treffen würde. Wie steht es aber, wenn das Begehren von Seiten der Eltern kommt? Darf der Staat hier unter Berufung auf den Grundsatz der Geschlechtergleichheit entgegen dem Wunsch der Eltern handeln? Die Frage ist differenziert zu beantworten.

Im Fall religionsmündiger Jugendlicher, d.h. ab dem ab 16. Altersjahr, ist allein auf deren Willen abzustellen, der durch ein entsprechendes Verfahren (z.B. ein Gespräch der Schulleitung in Abwesenheit der Eltern) abzuklären ist.<sup>192</sup> Die Jugendlichen sind in diesem Fall gegen Druck der Eltern zu schützen. Umgekehrt kann die betroffene junge Frau auf den Anspruch verzichten, gleich wie das andere Geschlecht behandelt zu werden; ist der Verzicht religiös begründet, muss er um so ernster genommen werden. Das Diskriminierungsverbot richtet sich gegen Herabwürdigung als Folge der Missachtung der eigenen Identität durch andere,<sup>193</sup> nicht gegen die Vielfalt von Lebensentwürfen.

Komplexer sind die Verhältnisse, wenn das betroffene Mädchen in religiösen Angelegenheiten noch nicht mündig<sup>194</sup> ist. Hier dürfen die Eltern kraft ihres Erziehungsrechtes in religiösen

<sup>190</sup>BGE 123 I 296, S. 298 weist einzig auf zwei anonyme Briefe hin, welche die Schule erhalten habe.

<sup>191</sup>Vorne S. 131ff.

<sup>192</sup>Siehe dazu den folgenden Abschnitt d).

<sup>193</sup>2. Kapitel, vorne, S. 84ff.

<sup>194</sup>Im schweizerischen Recht tritt die Religionsmündigkeit mit vollendetem 16. Altersjahr ein (Art. 49 Abs. 3 aBV; dieses Grundrecht ist in Art. 15 der neuen Bundesverfassung nicht mehr enthalten; die Grundrechtsqualität der Religionsmündigkeit ist jedoch weiterhin unbestritten; vgl. auch Art. 303 Abs. 3 ZGB). Gemäss dem deutschen Gesetz über die religiöse Kindererziehung bedarf jede religiöse Entscheidung der Eltern für ein Kind

Fragen über das Kind befinden. Abgesehen vom Anspruch auf gleichen Lohn, entfaltet der Grundsatz der Geschlechtergleichheit keine direkte Drittwirkung,<sup>195</sup> weshalb Eltern nicht von Verfassungen wegen verpflichtet werden können, ihre Töchter gleich wie die Söhne zu behandeln. Eine Gesetzgebung, welche dies für alle Aspekte der Erziehung vorschreiben würde, fehlt bei uns jedenfalls heute noch. Der Staat soll zwar, wie HANGARTNER in diesem Zusammenhang betont hat, „dazu beitragen, dass Chancenungleichheiten und gesellschaftliche Diskriminierungen beseitigt werden. Er soll sich aber möglichst nicht einmischen, wo innerhalb von Gruppen Gruppenstandards akzeptiert sind“.<sup>196</sup> Die direkt anrufbare Religionsfreiheit wird durch einen allenfalls bestehenden allgemeinen Schutzauftrag des Staates im Bereich der Geschlechtergleichheit nicht automatisch verdrängt, sondern kann als Ergebnis einer Güterabwägung für sich u.U. Vorrang beanspruchen. Dies gilt vor allem dort, wo staatlicher Druck die Betroffenen in echte religiöse Gewissenskonflikte stürzen bzw. Kinder einem ernsthaften Loyalitätskonflikt zwischen den Forderungen der Eltern und jener der Schule aussetzen würde. Dem Kriterium des Kindeswohls kommt hier eine grosse Bedeutung zu. Darüber hinaus setzt das Assimilationsverbot von Art. 27 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte<sup>197</sup> der zwangsweisen Durchsetzung der Geschlechtergleichheit in der Familie gewisse Grenzen. Aus all diesen Gründen setzt das Prinzip der Geschlechtergleichheit religiös begründeten Dispensationsansprüchen nicht automatisch Schranken.

Diese Grundsätze bedeuten allerdings nicht, dass der Staat zu einem völligen Laisser-faire verpflichtet ist. Er darf und soll im Gegenteil Überzeugungsarbeit leisten und die betroffene Familie mit den negativen Aspekten ihrer Entscheidung konfrontieren. In der pluralistischen Gesellschaft hat keine Gruppe Anspruch darauf, von der Konfrontation mit zentralen Verfassungswerten verschont zu bleiben. Schliesslich erlauben die Religionsfreiheit und die Rücksichtnahme auf das Kindeswohl eine Güterabwägung, welche Dispensationen dort eine Grenze setzen muss, wo zentrale Bildungsinhalte betroffen sind und der Schulerfolg von Mädchen und jungen Frauen ernsthaft gefährdet ist.

#### *d) Anhörungsrechte von Kindern und Jugendlichen*

Die Problematik der Geschlechtergleichheit weist besonders deutlich auf die Problematik des Binnenverhältnisses in Familien hin, deren Werte, Traditionen und Verhaltensweisen von jenen der Bevölkerungsmehrheit abweichen. Traditionelle Grundrechtsdogmatik und -praxis weist hier dem Erziehungsrecht der Eltern<sup>198</sup> ein Primat zu, welches seine Grenzen erst an schweren Gefährdungen des Kindeswohls findet.<sup>199</sup> Dies vermag nicht immer zu befriedigen.

über 12 Jahren dessen Zustimmung (beispielsweise der Besuch eines Religionsunterrichts). Nach Erreichen des 14. Altersjahres entscheidet das Kind selbst. Siehe zum deutschen Recht Bayer, S. 116.

<sup>195</sup>Art. 4 Abs. 2 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 nBV. Zu Art. 3 Abs. 2 GG siehe Werner Heun, Art. 3 GG, in: Horst Deier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Tübingen 1996, S. 283, Rz 100.

<sup>196</sup>Hangartner, Bemerkungen, S. 604. Dass der Staat die materielle Gleichstellung von Frau und Mann fördern soll, ergibt sich auch aus Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 nBV: „Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung, namentlich in Familie, Ausbildung und Beruf“.

<sup>197</sup>Dazu vorne S. 42ff.

<sup>198</sup>Dazu ausführlich hinten S. 185ff.

<sup>199</sup>Siehe hinten S. 189f.

Das Spannungsfeld lässt sich heute mittels der Anhörung des Kindes und der Berücksichtigung seiner Wünsche im Rahmen des Kindeswohls wenigstens zum Teil *verfahrensrechtlich* entschärfen. In diesem Zusammenhang wird Art. 12 der Kinderrechtskonvention<sup>200</sup> bedeutsam, welcher Kindern und Jugendlichen, die fähig sind, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht gibt, „diese Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten frei zu äussern“. Deshalb muss ihnen gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung in allen sie berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren ein Anhörungsrecht eingeräumt werden.<sup>201</sup> Diese Norm, welche das schweizerische Bundesgericht als zentrale Bestimmung der Konvention eingestuft hat,<sup>202</sup> soll auf verfahrensrechtlicher Ebene sicherstellen, dass das Kind in seiner Persönlichkeit ernst genommen wird.<sup>203</sup> Sie ist in besonderem Mass geeignet, in innerfamiliären Konflikten sachgerechte Lösungen zu finden. Ihr weiter Geltungsbereich macht klar, dass die Vorschrift nicht nur in Gerichtsverfahren, sondern bereits für Schulbehörden als Verwaltungsinstanzen gilt. Dass in allen religiös-kulturell geprägten Schulkonflikten die betroffenen Kinder und Jugendlichen anzuhören sind, erscheint deshalb nicht nur pädagogisch, sondern auch grund- und menschenrechtlich geboten. Wo sich zeigt, dass Eltern- und Kindermeinungen auseinandergehen, ist vor Erreichen der Religionsmündigkeit das Erziehungsrecht der Eltern zu respektieren, dieses aber gegen das Kindeswohl<sup>204</sup> abzuwägen.

### III. PRIVATSCHULEN

Aus dem Erziehungsrecht der Eltern und letztlich auch aus der Religionsfreiheit ergibt sich das Recht, Kinder an Privatschulen erziehen zu lassen.<sup>205</sup> Das Völkerrecht enthält in Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte eine explizite Garantie: Abs. 3 verpflichtet die Vertragsstaaten, „die Freiheit der Eltern (...) zu achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen“, und Abs. 4 garantiert „die Freiheit natürlicher oder juristischer Personen (...), Bildungseinrichtungen zu schaffen und zu leiten (...)“.<sup>206</sup>

In den *USA* besteht eine sehr weitgehende Freiheit zur Gründung und Führung von Privatschulen religiösen Charakters,<sup>207</sup> die dann allerdings vom Staat nicht subventioniert werden

<sup>200</sup>UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989; für die Schweiz in Kraft seit dem 26. März 1997 (SR 0.107).

<sup>201</sup>Das schweizerische Bundesgericht betont, dass bei der Beurteilung der Frage, ob sich ein Kind eine eigene Meinung bilden kann, eine grössere Zurückhaltung angebracht ist, je jünger das Kind ist (BGE 122 III 401 E. 3, S. 402). Unter Umständen lässt es die Mitteilung des Wunsches des Kindes durch den gesetzlichen Vertreter genügen (BGE 124 III 90 E. 3c, S. 94), was in der hier behandelten Konstellation angesichts der Gefahr familiärer Zwänge allerdings kaum je genügen kann.

<sup>202</sup>BGE 124 III 90; vgl. dazu Jonas Schweighauser, Anhörung der Kinder bei der Frage der Besuchsrechtsausübung. Direkte Anwendbarkeit von Art. 12 KRK, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 7/1998, S. 857ff.

<sup>203</sup>Botschaft des schweizerischen Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V, S. 37.

<sup>204</sup>Zum Kindeswohl als Schranke der Erziehungsausübung der Eltern siehe hinten S. 189ff.

<sup>205</sup>In diesem Sinn BVerfGE 75, 40 (62).

<sup>206</sup>Hierzu ausführlich Pius Gebert, Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, St. Gallen 1996.

<sup>207</sup>Dieses Recht ist allerdings nicht verfassungsrechtlich gesichert: Siehe dazu Ingo Richter, Privatschulen – Das Thema der achtziger Jahre in den Vereinigten Staaten, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1983, S. 204f.

dürfen.<sup>208</sup> In *Finnland* sind religiös ausgerichtete Privatschulen zugelassen, aber selten.<sup>209</sup> Demgegenüber sind sie in *Grossbritannien* weit verbreitet; sie werden zugelassen, sofern der Unterricht eine Mindestqualität aufweist.<sup>210</sup>

In *Frankreich* ist das Recht, Privatschulen zu gründen, als Teil der Unterrichtsfreiheit gewährleistet und seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gesetzlich geregelt. Religiöse und nichtreligiöse Privatschulen müssen jedoch gewissen, staatlich vorgegebenen Minimalanforderungen genügen, beispielsweise hinsichtlich des Schulobligatoriums oder der Befähigung der Lehrkräfte. Unter Umständen können Privatschulen auch durch den Staat subventioniert werden.<sup>211</sup>

In der *Schweiz* gewährleistete Art. 27 aBV keine Unterrichtsfreiheit, sondern überliess es den Kantonen, ob sie Privatschulen zulassen oder verbieten wollten.<sup>212</sup> Diese Regelungskompetenz wurde von den Kantonen in unterschiedlicher Weise ausgenützt, wobei kein Kanton ein staatliches Schulmonopol statuierte.<sup>213</sup> Dieser Spielraum ist den Kantonen bereits mit der Ratifikation des Sozialpaktens entzogen worden; die neue Bundesverfassung nennt die Privatschulfreiheit zwar ebenfalls nicht, setzt deren Existenz nun aber sprachlich und systematisch bewusst voraus.<sup>214</sup> Die Kantone sehen für Privatschulen regelmässig eine Bewilligungspflicht<sup>215</sup> vor, wobei für die Erteilung bei Schulen auf Volksschulstufe regelmässig höhere Anforderungen als für weiterführende Schulen gelten: Sie haben eine *gleichwertige*, nicht aber eine gleichartige Ausbildung zu gewährleisten<sup>216</sup> und sind nicht an das Gebot der religiösen Neutralität gebunden.<sup>217</sup> Somit besteht auch für Angehörige nicht-christlicher Bekenntnisse grundsätzlich die Möglichkeit, eigene Schulen zu führen.

In *Deutschland* gewährleistet Art. 7 Abs. 4 GG ausdrücklich das „Recht zur Errichtung von privaten Schulen“, wobei darunter schulische Einrichtungen verstanden werden, die nicht auf der Stufe der Volksschule stehen. Solche Schulen sind genehmigungspflichtig, wenn ihr Unterricht jenen an einer öffentlichen Schule zu ersetzen vermag (Abs. 4 Satz 2; sog. Ersatzschule). Sie dürfen u.a. „in ihren Lehrzielen (...) nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen“ (Abs. 4 Satz 3), was Gleichwertigkeit, nicht aber Gleichartigkeit bedeutet.<sup>218</sup>

<sup>208</sup>Siehe dazu das Urteil des Supreme Court im Fall *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Vgl. auch die Hinweise auf dieses Urteil vorne, 3. Kapitel, S. 120.

<sup>209</sup>Modeen, S. 68, erwähnt eine jüdische und eine adventistische Schule.

<sup>210</sup>Bell, S. 76f.

<sup>211</sup>Insbesondere seit der *loi Debré*, 1959. Siehe dazu Charvin/Sueur, S. 145ff.

<sup>212</sup>Borghi, Rz 50 und 42; Tobias Jaag/Georg Müller/Peter Saladin/Ulrich Zimmerli, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, Basel und Frankfurt a.M. 1995, S. 149; Bruno Mascello, *Elternrecht und Privatschulfreiheit*, St. Gallen 1995, S. 127f.

<sup>213</sup>Gemäss Mascello, S. 148f, gewähren aber nur vier Kantone die Unterrichtsfreiheit uneingeschränkt in ihren Verfassungen, während die übrigen sie im Rahmen der Gesetzgebung zulassen oder keine Bestimmungen zu diesem Themenbereich erlassen haben.

<sup>214</sup>Art. 62 Abs. 2 Satz 2 und 3 nBV: „Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich“. Mit dieser Formulierung sollte gemäss der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BB1 1997 I, S. 277) klargestellt werden, dass „kein staatliches Schulmonopol“ besteht.

<sup>215</sup>Hierzu und zum Folgenden ders., S. 151ff.

<sup>216</sup>Ders., S. 154 und 159f.

<sup>217</sup>Borghi, Rz 67; Mascello, S. 162.

stehen“ (Abs. 4 Satz 3), was Gleichwertigkeit, nicht aber Gleichartigkeit bedeutet.<sup>218</sup> Keiner Genehmigung bedürfen die sog. Ergänzungsschulen, welche das Angebot der öffentlichen Schulen bloss in Teilbereichen ergänzen; sie unterstehen aber ebenfalls staatlicher Aufsicht.<sup>219</sup> Strengere Regeln gelten laut Art. 7 Abs. 5 GG für private Volksschulen. Eine solche Schule wird nur zugelassen, wenn daran „ein besonderes pädagogisches Interesse“ besteht, oder wenn Eltern sie als „Gemeinschaftsschulen, Bekenntnisschulen und Weltanschauungsschulen“<sup>220</sup> errichten wollen und „eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.“ Diese drei Schultypen sind religiös nicht neutral,<sup>221</sup> und sie können auch von nicht-christlichen Religionsgemeinschaften betrieben werden.<sup>222</sup> Ein Anspruch auf Bewilligung besteht hier aber nur unter qualifizierten Voraussetzungen.<sup>223</sup> Was den Inhalt der Ausbildung und Erziehung an einer solchen Schule betrifft, kann gemäss einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes aus dem Jahre 1992<sup>224</sup> verlangt werden, dass sich „voraussichtlich gegenüber den Lehrzielen der entsprechenden öffentlichen Schulen keine erheblichen Defizite ergeben werden“.<sup>225</sup> Im konkreten Fall war einer evangelikalen Schule die Bewilligung mit der Begründung versagt worden, ihre bekenntnisbedingten Lehrziele würden nicht jenen der öffentlichen Schulen entsprechen. Das Gericht entschied, der Mindeststandard, der von jeder Schule verlangt werden dürfe, umfasse im Einzelnen das Gebot der Achtung der Menschenwürde und verbunden damit das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz sowie die Verfassungsgrundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaates. Die Länder könnten in ihrer Gesetzgebung über diesen Mindeststandard hinausgehen, solange den Bekenntnisschulen ein ausreichender Spielraum für die Verwirklichung legitimer eigener Erziehungsziele gelassen werde. Die Kernaussagen fasste das Gericht in folgendem Leitsatz zusammen:

„Auch von einer Bekenntnisschule sind als Erziehungsziele ein Mindestmass an Toleranz im Sinne von Duldsamkeit gegenüber abweichenden Überzeugungen anderer sowie die Achtung und Förderung der individuellen Wahrnehmungs- und Urteilsfähigkeit der Schüler zu verlangen, nicht aber Neutralität und Offenheit in dem Sinne, dass am Ende der schulischen Erziehung nicht ein eindeutiges Bekenntnis zu bestimmten Glaubensinhalten und eine Bindung an bestimmte Werte stehen dürften; in diesem Rahmen ist auch das Werben für das eigene Bekenntnis zulässig.“<sup>226</sup>

<sup>218</sup>Rolf Gröschner, Art. 7 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Tübingen 1996, Rz 92, S. 576.

<sup>219</sup>Ders., Rz 105, S. 579.

<sup>220</sup>Vgl. dazu Bayer, S. 128ff: Gemeinschaftsschulen sind die nach Bekenntnissen nicht getrennten christlichen Schulen, Bekenntnisschulen folgen einer bestimmten Konfession oder Religion und Weltanschauungsschulen beruhen auf einer bestimmten nicht religiös festgelegten Weltanschauung (z.B. Waldorfschulen).

<sup>221</sup>Gemäss Art. 7 Abs. 5 GG werden solche Schulen nur dann zugelassen, wenn in der Gemeinde keine öffentliche Volksschule dieser Prägung vorhanden ist und die Schule den üblichen Anforderungen für die Erteilung einer Privatschulbewilligung genügt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, haben die Gesuchsteller einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung. Vgl. dazu Bayer, S. 132 und Mascello, S. 258f.

<sup>222</sup>BVerwGE 90, 1 (4).

<sup>223</sup>Dazu grundlegend das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes 90, 1ff. Aus der Literatur siehe etwa Bayer, S. 126ff; Mascello, S. 248ff; Gröschner, Rz 92ff je mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>224</sup>BVerwGE 90, 1ff. Siehe dazu auch Ingo Richter, Privatschulfreiheit für die Grundschulen von Sekten?, In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 1162ff.

<sup>225</sup>BVerwGE 90, 1 (Leitsatz 4).

<sup>226</sup>A.gl.O., S. 2.

Dieser Entscheid liefert konkrete Hinweise für die in Europa strittige Frage,<sup>227</sup> ob islamische Privatschulen auf Volksschulstufe zugelassen werden müssten.<sup>228</sup> Solche Schulen können angesichts der Freiheit, Privatschulen zu gründen bzw. die Kinder im eigenen Glauben erziehen zu lassen, nicht grundsätzlich verboten werden. Soweit es um den in allen Ländern obligatorisch ausgestalteten Volksschulunterricht geht, können sie aber an den allgemeinen Erziehungszielen gemessen werden, welche für die öffentlichen Schulen gelten; ein Zurückbleiben hinter diesen Zielen kann nicht mit religiösen Argumenten gerechtfertigt werden.<sup>229</sup> Die Religionsfreiheit wird nicht verletzt, wenn eine Privatschule nicht ausschliesslich an den Wertvorstellungen der entsprechenden Religion, sondern auch an den Erfordernissen der Rechtsordnung gemessen wird.<sup>230</sup> Dieser Massstab kann sich aus der Verfassung (wie in Deutschland) oder aus dem Gesetz ergeben (wie in der Schweiz). Entsprechende Bestimmungen sind völkerrechtskonform: Art. 13 Abs. 3 und 4 des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte stellt die Privatschulfreiheit ausdrücklich unter den Vorbehalt der „vom Staat gegebenenfalls festgesetzten Mindestnormen“, falls diese ihrerseits den Erziehungszielen von Art. 13 Abs. 1 entsprechen. Danach muss die Bildung „auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde“ bzw. auf die Stärkung der „Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten“ gerichtet sein und „Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern.“<sup>231</sup> Mit anderen Worten darf Privatschulen die Bewilligung verweigert werden, wenn sie Rassen- oder Religionshass vermitteln oder grundlegende Menschenrechte inklusive das Diskriminierungsverbot grundsätzlich in Frage stellen. Ob die nötigen Mindestanforderungen unterschritten sind, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Diese Frage lässt sich für eine Religion wie den Islam, welcher unterschiedliche Richtungen kennt, genau so wenig generell beantworten<sup>232</sup> wie für protestantische Sekten oder einen Katholizismus, der in gewissen traditionellen Varianten nicht ohne fundamentalistische Züge ist.

<sup>227</sup>In Belgien (Brüssel) führte 1989 die Eröffnung einer islamischen Schule zu einer politischen Kontroverse. Rechtlich war allerdings klar, dass auch islamische Gemeinschaften das Recht zur Führung einer Schule haben und subventioniert werden, wenn sie die gesetzlichen Anforderungen erfüllen: siehe Delpérée, S. 63. In Grossbritannien können an sich auch islamische Privatschulen bewilligt werden, in der Praxis ist es für sie aber schwierig, eine Bewilligung zu erhalten; siehe dazu Peter Cumper, Religious Liberty in the United Kingdom, in: John Witte/Johan D. van der Vyver (eds.), Religious Human Rights in Global Perspectives, Legal Perspectives, The Hague 1996, S. 235f.

<sup>228</sup>Für die Beantwortung dieser Frage ist in erster Linie auf die jeweilige nationale Gesetzgebung abzustellen. Da dabei im Einzelnen starke Unterschiede bestehen, hat sich die Diskussion im Rahmen dieses Buches auf grundsätzliche Aspekte zu beschränken.

<sup>229</sup>Richter, Privatschulfreiheit, S. 1163.

<sup>230</sup>OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 16.11.1987 – 8B 2937/87, in: Informationsbrief Ausländerrecht (InfAusLR) 1/88, S. 12ff.

<sup>231</sup>Zu diesen Zielen ausführlich Gebert, S. 605. Auf der Basis von Art. 7 GG und der dazu gehörenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betont Gröschner, Rz 15, S. 545f, das Toleranzgebot der Verfassung schliesse die „missionarische Schule“ aus; dies gelte „nicht nur für die Mission des Christentums, sondern auch für andere Religionen und erst recht für die in einigen Richtungen des Islam erhobenen fundamentalistischen Herrschaftsansprüche.“

<sup>232</sup>Richter, Privatschulfreiheit, S. 1163, sowie, in Hinblick auf Koranschulen, welche den Unterricht an öffentlichen Schulen ergänzen, Martin Stempel, Zwischen Koran und Grundgesetz – Religiöse Betätigung muslimischer Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1986, S. 239ff.



Trotzdem zeigt sich, dass die Möglichkeiten zur Einschränkung der Privatschulfreiheit weit gehen und es traditionalistisch oder gar fundamentalistisch orientierten Migrantinnen und Migranten schwer gemacht wird, eigene Schulen zu gründen. Hier stösst der Anspruch auf kulturelle Autonomie nach dem geltenden Recht schneller an Grenzen als in anderen Bereichen interkultureller Praxis. Dies lässt sich sachlich begründen: Schule hat gesellschaftlich nicht nur die Funktion, die für das Erwachsenenleben notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln und auf der Basis von Fähigkeiten und in Hinblick auf künftige berufliche Rollen zu selektionieren; sie vermittelt als wichtiger Teil des Sozialisationsprozesses auch Werte, an welchen das Gemeinwesen ein Interesse hat.<sup>233</sup> Zumindest nach kontinental-europäischem Verfassungsverständnis bildet die *öffentliche* Schule deshalb einen zentralen Integrationsfaktor:<sup>234</sup> Hier werden Kinder unterschiedlichster sozialer, aber auch ethnischer und religiöser Herkunft gemeinsam und auf der Basis der grundlegenden Werte des Verfassungsstaates sozialisiert, und hier sollen sie gegenseitige Toleranz in der pluralistischen Gesellschaft lernen. Da der Verfassungsstaat die garantierten Freiheiten nicht wirksam zu gewährleisten vermag, wenn der gesellschaftliche Konsens über zentrale Werte wie Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte zerfällt, besteht an einer auf diese Werte ausgerichteten Bildung ein hohes öffentliches Interesse, das durch entgegenstehende, religiös motivierte private Interessen nicht verdrängt werden kann. Im Verfassungsstaat braucht, wie es GRÖSCHNER treffend umschrieben hat, „niemand auf seinen ‘privaten’ Gott zu verzichten; ausserhalb des – freiwillig besuchten – Religionsunterrichts darf aber auch niemand auf einen durch das (...) Schulwesen bestimmten ‘offiziellen’ Gott verpflichtet werden“.<sup>235</sup> Umgekehrt darf der Verfassungsstaat Vorkehrungen treffen, damit seine ureigene Identität als freiheitliches, auf Nichtdiskriminierung und Toleranz beruhendes Gemeinwesen nicht durch fundamentalistische Infragestellung gefährdet wird.<sup>236</sup> Die Beachtung grundlegender Verfassungswerte bei der Bewilligung von Privatschulen rechtfertigt sich aber auch aus einer praktischen Integrationsperspektive: Kinder von Migrantinnen und Migranten, die an einer religiös ausgerichteten Privatschule erzogen worden sind, welche auf Abgrenzung und fundamentalistische Überhöhung der eigenen Identität als Erziehungsziel setzt, werden es noch viel schwerer haben, sich beruflich und gesellschaftliche integrieren zu können, als dies wegen ihrer Herkunft ohnehin der Fall ist.

#### IV. ERWERBSTÄTIGKEIT

##### 1. LADENSCHLUSSZEITEN

In *Kanada* hat sich die Frage gestellt, ob es eine Verletzung der Religionsfreiheit darstelle, wenn Ladeninhaber nicht-christlicher Religion, die aufgrund ihrer eigenen Vorschriften an einem anderen Tag als dem Sonntag nicht arbeiten dürfen, verpflichtet werden, zusätzlich an Sonntagen und christlichen Feiertagen ihre Läden zu schliessen, oder ob sie von dieser Pflicht zu befreien sind. Im ersten dieser Fälle, *R v Big M Drug Mart*,<sup>237</sup> wurde die Verfassungsmässigkeit des ‚Lords Day Act‘ von einem Ladenbesitzer in Frage gestellt, welcher sein Geschäft

<sup>233</sup>Rex, S. 21.

<sup>234</sup>In diesem Sinn auch Gröschner, Rz 11, S. 544.

<sup>235</sup>Ders., Rz 15, S. 546f.

<sup>236</sup>Zu dieser von Habermas vertretenen Ansicht hinten S. 206f.

<sup>237</sup>*R. v. Big M Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295, at 336, 37 Alta. LR (2d) 97.

aus religiösen Gründen am Samstag schloss und sich gegen die Benachteiligung wandte, die aus der für ihn zusätzlichen Schliessung am Sonntag resultierte. Der Supreme Court hiess die Beschwerde gut. Zur Begründung führte er im wesentlichen aus, der ‚Lords Day Act‘ habe, wie schon der Name zeige, eine religiöse Zielsetzung, nämlich die Bevölkerung zur Heiligung des Sonntags anzuhalten. Damit werde der christlichen Religion eine privilegierte Stellung eingeräumt, was mit dem multikulturellen Erbe Kanadas nicht vereinbar sei. Zudem zwingt das Gesetz Nichtchristen zur Teilnahme an einer christlich motivierten Praxis. Die Religionsfreiheit schütze aber vor jedem Zwang zur Unterstützung einer bestimmten religiösen Auffassung oder zur Teilnahme an einer bestimmten religiösen Praxis. In weiteren Fällen machte der Supreme Court aber deutlich, dass damit nicht alle Vorschriften über den Ladenschluss an Sonntagen hinfällig würden. So schützte er ein sozialpolitisch motiviertes Gesetz, welches an Sonntagen und gewissen weltlichen und religiösen Feiertagen die Geschäfte zum Schliessen verpflichtete, Ladenbesitzern einer Religion mit einem anderen Ruhetag pro Woche aber ausdrücklich eine Ausnahme gewährte.<sup>238</sup> In einem anderen Fall hielt der Alberta Court of Appeal ein Gesetz für zulässig, das Läden dazu verpflichtete, an *einem* frei gewählten Tag pro Woche zu schliessen.<sup>239</sup>

Weniger sensibilisiert für religiöse Anliegen zeigte sich der *amerikanische Supreme Court* in einem Entscheid aus dem Jahre 1961.<sup>240</sup> Orthodoxe Juden hatten ein gesetzliches Verbot, Läden an Sonntagen zu öffnen, wegen der für sie damit verbundenen Wettbewerbsnachteile angefochten. Der Supreme Court wies die Beschwerde mit der Begründung ab, die Regelung verbiete keine religiöse Praktiken, sondern führe bloss zu faktischen Nachteilen ökonomischer Art für jene, welche aus religiösen Gründen ihre Geschäfte auch am Samstag schliessen wollten.

In *England*<sup>241</sup> besteht demgegenüber für jüdische Geschäftsleute seit langem eine gesetzliche Ausnahme vom Verbot, am Sonntag Verkaufsgeschäfte offen zu halten;<sup>242</sup> auf diese Ausnahme können sich auch Angehörige christlicher Sekten berufen, welche dem Grundsatz der Sabbathheiligung folgen. Für Muslime besteht keine Ausnahme, weil der Islam nicht verlangt, am Freitag die Arbeit ruhen zu lassen.<sup>243</sup>

Dispensationen von gesetzlichen Pflichten erlauben Angehörigen von Minderheiten, gleichberechtigt und mit gleichen Chancen am Geschäftsleben teilzunehmen. Eine Gesetzgebung, welche für alle Ladeninhaber die Pflicht vorsieht, am Sonntag zu schliessen, ist zwar neutral, trifft aber vor allem jüdische Geschäftsinhaber und -inhaberinnen ungleich stärker als alle anderen, da sie aufgrund ihrer religiösen Pflichten gezwungen sind, ihre Läden an zwei statt nur an einem Tag zu schliessen. Solche Benachteiligungen lassen sich nur bei grösseren Betrieben rechtfertigen, wo die Möglichkeit für die Angestellten, den ordentlichen arbeitsfreien Tag mit ihren Familien verbringen zu können, ein gewichtiges sozialpolitisches Interesse darstellt. Bei Familienbetrieben und Kleinbetrieben, wo die Mehrheit der Angestellten dem glei-

<sup>238</sup>R v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713, 55 CR (3d), 193.

<sup>239</sup>London Drugs v. City of Red Deer, Alberta Court of Appeal, [1988] 52 DLR 4<sup>th</sup> 203.

<sup>240</sup>Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961).

<sup>241</sup>Poulter, English Law, S. 276ff.

<sup>242</sup>Shops Act 1950, section 53.

<sup>243</sup>Poulter, English Law, S. 277.

chen Glauben angehört, kann sich aber die Pflicht zur Schliessung am Sonntag zumindest dort unverhältnismässig erweisen, wo der Grundsatz der Sonntagsruhe bereits aus anderen Gründen nicht mehr absolut gilt.

## 2. BERUFSKLEIDUNG

Verbote, bestimmte Kleider oder Kopfbedeckungen zu tragen, sind vor allem im Zusammenhang mit der Schule akut geworden.<sup>244</sup> An dieser Stelle sind Konflikte aus der Arbeitswelt zu diskutieren, die entstehen, wenn Angehörige einer Minderheit unter Berufung auf die Religionsfreiheit vom Staat verlangen, am Tragen eines bestimmten Kleidungsstückes nicht gehindert zu werden.<sup>245</sup>

In *England* hatte der Gesetzgeber für ein solches Anliegen Verständnis, als er 1988 Sikhs aus Gründen der religiösen Toleranz von der Pflicht befreite, auf Baustellen einen Helm zu tragen.<sup>246</sup> Der Gesetzgeber anerkannte, dass eine solche Pflicht bis zu 40'000 Sikhs im Baugeerbe treffen und benachteiligen würde.<sup>247</sup> Die Regierung hielt Kritikern, die in der Befreiung von der Helmpflicht eine ungerechtfertigte Privilegierung sahen, entgegen, dies erleichtere bloss die Integration einer Minderheit in Sinne der Chance, am ökonomischen Leben voll teilnehmen zu können; Assimilation im Sinn eines Druckes auf Minderheiten, ihre Religion aufzugeben, dürfe nicht angestrebt werden.<sup>248</sup>

In *Kanada* hat sich ebenfalls wiederholt die Frage gestellt, ob Sikhs das Tragen des Turbans verboten werden könne. Im *Bhinder-Fall*<sup>249</sup> anerkannte der Supreme Court, dass das Gebot für einen Bauarbeiter, bei der Arbeit einen Helm zu tragen, eine Beschränkung der Religionsfreiheit von Sikhs darstelle; er kam allerdings zum Schluss, dieser Eingriff werde durch dringende und überwiegende Bedürfnisse der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt. Umgekehrt beschloss die Polizeibehörde von Toronto, es könne von Sikhs im ordentlichen Polizeidienst nicht verlangt werden, eine normale Polizeimütze zu tragen; sie liess deshalb Turbane zu, die in Farbe und aufgenähtem Abzeichen der Polizeimütze angenähert sind.<sup>250</sup> Im Fall *Grant* hielt der Federal Court of Appeal fest, diese Praxis verpflichte das Publikum nicht zur Teilnahme an einer religiösen Handlung, weshalb die Religionsfreiheit von Nicht-Sikhs nicht verletzt sei,

<sup>244</sup>Dazu ausführlich S. 128ff und 131ff.

<sup>245</sup>Zur Kleiderproblematik in der Armee siehe vorne, S. 98f, zu jener in der Schule S. 128 (Lehrkräfte) und S. 131 (Schülerschaft).

<sup>246</sup>Construction (Head Protection) Regulations 1989: hierzu Poulter, *Ethnicity*, S. 314ff.

<sup>247</sup>Ders., S. 314.

<sup>248</sup>Ders., S. 317, mit einem Zitat von Lord Strathclyde, welcher die Regierungsposition verteidigte: „On the question of how far we should bend our laws to take account of non-Christian religions (...), the Government have [sic!] made it clear that integration is our aim, in the real sense of participation in the economy and life of this country. It is not an aim of assimilation. We have emphasised that it does not imply for those of different cultures and religions any forfeiting of their faith.“

<sup>249</sup>*K.S. Bhinder and The Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Company* [1985], 2 Supreme Court Reports 561.

<sup>250</sup>Evelyn Kallen, *Ethnicity and Human Rights in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto/Oxford/New York 1995, S. 263; Will Kymlicka, *Finding Our Way – Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto/Oxford/New York 1998, S. 42.

wenn sie mit einem Turban-tragenden Polizisten zu tun hätten.<sup>251</sup> In einem andern Fall war zu beurteilen, ob einem angeklagten Sikh verboten werden könne, während des Prozesses den *kirpan*, einen zeremoniellen Dolch, den getaufte Sikhs als religiöses Symbol tragen, auf sich zu haben: Auch hier wurde ein Eingriff in die Religionsfreiheit bejaht, aber aus gerichtspolitischen Gründen für zulässig erachtet.<sup>252</sup>

Ein gutes Beispiel für die Umsetzung so verstandener Minderheitsinteressen gibt ein privatrechtlicher Fall aus der *Schweiz*: Unter Berufung auf die Religionsfreiheit entschied das Bezirksgericht Arbon<sup>253</sup> 1990, es sei im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich, einer Türkin zu kündigen, weil sie entgegen mündlicher Weisung der Betriebsleitung bei Fabrikarbeiten aus religiösen Gründen ein Kopftuch trägt. Die Arbeitnehmerin habe ein verfassungsmässiges Recht in einer Art und Weise ausgeübt, welches nicht zu einer Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb geführt habe.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass im Allgemeinen anerkannt wird, dass das Verbot des religiös motivierten Tragens von Kleidungsstücken und Symbolen im Berufsleben ohne weiteres einen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellt; diese Freiheit kann aber auf der Basis einer Güterabwägung eingeschränkt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies in einer bestimmten Situation verlangen. Von solchen Beschränkungen ist zurückhaltend Gebrauch zu machen, weil fehlende Toleranz den Zugang gewisser religiöser Minderheiten zu bestimmten Berufsfeldern erschwert. Ausnahmeregelungen sind demgegenüber in besonderem Masse geeignet, die Integration von Minderheiten zu fördern, weil sie ihren Angehörigen erlauben, voll am öffentlichen Leben teilzunehmen, ohne ihren Glauben und ihre Identität aufgeben zu müssen.

### 3. DISPENSATIONEN IM ARBEITSLEBEN

Dispensationen im öffentlichen Dienstverhältnis sind bereits behandelt worden.<sup>254</sup> Hier rechtfertigen sich einige kurze Hinweise *auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse*, obwohl interkulturelle Konflikte in rein privaten Verhältnissen nicht Gegenstand dieser Arbeit sind. In *Frankreich* wird den religiösen Anliegen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern offenbar wenig Verständnis entgegengebracht. So wurden etwa Entlassungen geschützt, die erfolgten, weil ein Angestellter am Freitag Abend aus religiösen Gründen seine Arbeit etwas früher beendete<sup>255</sup> und ein anderer am islamischen Opferfest trotz gegenteiliger Anweisung seines

<sup>251</sup>Grant v. Attorney General of Canada et al, 125 DLR 4th 556 (558).

<sup>252</sup>Hothi et. al. v. The Queen et al., [1985] 3 W.W.R. 256, 33 Man. R. (2d) 180 (Q.B.), zusammengefasst bei Kallen (Anm. 250), S. 275.

<sup>253</sup>Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 17.12.1990, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1991, S. 176ff. Zu missbräuchlichen Kündigungen aufgrund persönlicher Merkmale oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte siehe z.B. Marie-Gisèle Zoss, *La résiliation abusive du contrat de travail*, Lausanne 1997, S. 186f und S. 163ff, sowie allgemein Philipp Gremper, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*, Basel 1993.

<sup>254</sup>Vorne, 2. Kapitel, S. 101f.

<sup>255</sup>CA Paris, 10 janv. 1989, Hassoun c/SA Luc Durand, RJS 1989 4/9, no 3100; erwähnt bei Yann Aguila, S. 587.

Chefs der Arbeit fernblieb.<sup>256</sup> In *Deutschland* urteilte ein unterinstanzliches Gericht<sup>257</sup> 1963, die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers, der während eines islamischen Festes drei Tage unerlaubt der Arbeit ferngeblieben war, sei trotz eines allfälligen echten Gewissenskonfliktes zulässig, da die Religionsfreiheit ihre Grenze an den Rechten Dritter – hier des Arbeitgebers – finde. Ob heute noch so entschieden würde, ist fraglich. In neueren Entscheiden hat das Bundesarbeitsgericht<sup>258</sup> betont, dass im Licht einer verfassungskonformen Auslegung des Arbeitsrechts bei der Zuteilung unzumutbarer Arbeit echte Gewissenskonflikte vom Arbeitgeber zu berücksichtigen seien und deshalb bei Kündigungen wegen der Weigerung, gewisse Arbeiten auszuführen, eine Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Arbeitnehmers und jenen des Arbeitgebers vorzunehmen sei. Dieser Praxis ist zuzustimmen. Die verfassungskonforme Auslegung arbeitsrechtlicher Bestimmungen ist durchaus geeignet, in interkulturellen Spannungsfeldern zu sachgerechten Lösungen zu finden. Letztlich muss auch auf dem Arbeitsmarkt, einem weiteren Bereich des Öffentlichen, wo unterschiedliche Interessen aufeinanderprallen, ein grundrechtsgesteuerter Interessenausgleich stattfinden.

## V. ERGEBNISSE

Der Bereich der Öffentlichkeit zeigt deutlich, wie komplex das Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Gleichheit und dem Prinzip der Autonomie ist. Schule, Arbeit und andere Teile des öffentlichen Raums sind so zu organisieren, dass alle gleichberechtigt daran teilnehmen können. Dies ruft nach Ausgleich sich widersprechender Interessen und verlangt gegenseitige Toleranz.

Soweit der Staat – wie in der öffentlichen Schule – selbst als Akteur auftritt, muss er sich grösste religiöse und weltanschauliche Neutralität auferlegen und solche Neutralität auch von seinen Vertretern – vor allem den Lehrkräften – verlangen. Nur so lässt sich in Situationen zunehmender Pluralisierung und religiöser Spannungen, wie sie in Einwanderungsgesellschaften häufig vorkommen, der Rechtsfriede wahren und erreichen, dass alle Menschen ungeachtet ihrer religiös-kulturellen Ausrichtung am öffentlichen Leben partizipieren können.

Der Schutz autonomer Lebensgestaltung hat dort seinen Platz, wo die Anerkennung der Identität Angehörigen von Minderheiten die Teilhabe an Schule, Arbeit und anderen Institutionen des öffentlichen Raums erleichtert. Die Gewährung von Autonomie reduziert in solchen Fällen Marginalisierung und Ausgrenzung, weil sie Angehörige von Minderheiten vom Zwang befreit, zwischen der Treue zum eigenen Glauben und zur eigenen Tradition und der Wahrnehmung schulischer und beruflicher Chancen wählen zu müssen.

Diese Anerkennung kann allerdings zu Spannungen im Innern von Familien führen. Soweit Kinder von den Eltern gegen ihren Willen zu traditionellen Verhaltensweisen gezwungen werden, die sie selbst ablehnen, geht in religiösen Fragen das Erziehungsrecht der Eltern solange vor, als Kinder die Religionsmündigkeit nicht erreicht haben; dieser Grundsatz findet

<sup>256</sup>Cass.soc., 16 déc. 1981, Affaire Bakli c/SARL „Le Poulet du Roi“, erwähnt bei Aguila, S. 587.

<sup>257</sup>LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.2.1963 – 7 Sa 581/62, in: Juristenzeitung (JZ) 1964, S. 258f.

<sup>258</sup>BAG, Urteil vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1986, S. 85f.; BAG, Urteil vom 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, in: Juristenzeitung (JZ) 1990, S. 139ff.

allerdings am Kindeswohl eine deutliche Schranke. Die Verpflichtung zur Anhörung der Kinder in allen sie betreffenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gemäss der Kinderrechtskonvention vermag solche Spannungen zu mindern.

## VIERTES KAPITEL

### DIE PRIVATE SPHÄRE: GRENZEN DER TOLERANZ

#### I. AUTONOMIE UND IHRE GRENZEN

##### 1. AUTONOMIE NACH AUSSEN

In der privaten Sphäre,<sup>1</sup> d.h. im *Binnenverhältnis* von ethnischen Gruppierungen, Religionsgemeinschaften oder Familien, gilt der Grundsatz der Autonomie. Der moderne Verfassungsstaat darf nicht für sich beanspruchen, für Private zu entscheiden, was ein richtiges und ‚gutes‘ Leben darstellt, und muss sich deshalb bei Eingriffen in die geschützten Freiheiten grösste Zurückhaltung auferlegen. Die Menschen müssen ohne Einmischung des Staates ihre persönliche Lebensweise bestimmen können. Sie sollen z.B. selbst entscheiden, auf welche Weise sie ihre Kinder erziehen oder ihre Freizeit gestalten wollen, wie sie wohnen, welche sozialen Kontakte und Sexualbeziehungen sie eingehen, welche Kleidung sie tragen oder wie sie sich ernähren möchten.

Die grundrechtlichen Freiheiten gelten allerdings nicht absolut. Religions- und Ehefreiheit können ebenso gut im öffentlichen Interesse bzw. zum Schutz Dritter eingeschränkt werden wie der Anspruch auf Schutz des Familienlebens. Solche Einschränkungen sind relativ häufig, wo eingewanderte Gläubige, Ehepaare oder Familien direkt mit dem Staat in Kontakt kommen oder sich in einer weiteren Öffentlichkeit bewegen, und sie beruhen im Kern auf Argumenten der Güterabwägung und Verhältnismässigkeit. Im rein privaten Bereich kommen sie seltener vor. Wenn der Staat hier eingreift, dann meist deshalb, weil Grenzen erreicht sind, welche unter keinen Umständen überschritten werden dürfen.

Diese Grenzen der Toleranz sind Inhalt der folgenden Ausführungen. Die Diskussion der verschiedenen, in Theorie und Praxis entwickelten grundrechtspolitischen Konzepte hat bereits gezeigt, dass solche Grenzen relevant werden, wo kulturelle Werte und Praktiken der Minderheit in klarem Widerspruch zu Grundwerten des Verfassungsstaates oder des internationalen Menschenrechtsschutzes stehen, kulturelle Traditionen anderen gut verankerten ordre public-Vorstellungen widersprechen oder dissidenten Gruppenmitgliedern, die sich gruppeninternen Freiheitsbeschränkungen nicht freiwillig unterwerfen, der Ausstieg verunmöglicht wird.

Die folgende Diskussion der Religionsfreiheit, der Ehefreiheit und des Erziehungsrechts der Eltern wird zeigen, wie weit sich bei kulturell begründeten Auseinandersetzungen im Migrationskontext die Praxis in modernen Verfassungsstaaten an diese Grundsätze angenähert hat und inwiefern sie weiter konkretisiert werden können. Vorher ist allerdings auf die Problematik der Unterdrückung im Innenverhältnis einzugehen, welche die Gewährung weitreichender Autonomie in der privaten Sphäre an sich möglich macht.

<sup>1</sup>Zu diesem Begriff vorne, 1. Kapitel, S. 72ff.

## 2. SCHUTZ GEGEN UNTERDRÜCKUNG IM INNENVERHÄLTNIS

Besonders komplex ist die Frage nach den Grenzen der Toleranz bei Unterdrückung im Innenverhältnis. Die klassisch-liberale Antwort, dass der Staat sich nur in rein private Verhältnisse einmischen soll, um strafrechtliche Delikte zu ahnden oder privatrechtliche Streitigkeiten beizulegen, greift angesichts der Gefahr verfestigter Machtstrukturen und Diskriminierungen im Innenverhältnis zu kurz.<sup>2</sup> Aus feministischer Sicht ist überzeugend kritisiert worden, dass dieses Konzept mit seiner strengen Trennung von öffentlichem und privatem Bereich letztlich der Erhaltung traditioneller Privilegien und Machtstrukturen dient, welche regelmäßig die Frauen benachteiligen.<sup>3</sup> Während diese Kritik einen traditionellen Liberalismus im Visier hat, betont KYMLICKA, dass privater Machtmissbrauch auch aus der Sicht eines richtig verstandenen Liberalismus, welcher das Konzept individueller Rechte wirklich ernst nimmt, nicht hingenommen werden kann.<sup>4</sup>

Während diese Diskussionen stark von einer immer noch lebendigen amerikanischen Tradition geprägt sind, welche von einer eigentlichen Dichotomie zwischen öffentlicher (bzw. staatlich regulierter) und privater Sphäre ausgeht, wird in der europäischen Grundrechtsdiskussion bereits seit längerem anerkannt, dass Grundrechte auch im privaten Raum für die Beziehungen zwischen Individuen relevant sind. Allerdings bleibt unklar, wie diese Geltung dogmatisch zu erfassen ist.

Die im deutschsprachigen Raum verbreitete Lehre der *Drittwirkung* der Grundrechte<sup>5</sup> ist ein möglicher Ansatzpunkt. Als *indirekte* Drittwirkung bezeichnet diese Doktrin den Grundsatz, Straf- und Privatrecht grundrechtskonform auszulegen. Dieses zweifellos sachgerechte und in der Gerichtspraxis weitgehend akzeptierte<sup>6</sup> Postulat vermag aber schon im Ansatz nicht Antwort auf die im Einwanderungskontext besonders relevante Frage zu geben, ob grundrechtliche Ansprüche auf die Weiterführung kultureller Traditionen die Geltung bestimmter Gesetze relativieren kann. Mit der Dogmatik der indirekten Drittwirkung lässt sich beispielsweise nicht klären, ob das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit einer Frau gegenüber ihrem Ehemann das Recht auf ausserhäusliche Erwerbsarbeit gibt oder ob die Ehefreiheit erwachsene Kinder gegenüber ihren Eltern davor schützt, einer arrangierten Ehe unterworfen zu werden.

<sup>2</sup>Vgl. zu dieser Problematik vorne S. 33ff.

<sup>3</sup>Siehe z.B. Charlotte Bunch, Transforming Human Rights from a Feminist Perspective, in: Julie Peters/Andrea Wolper (eds.), Women's Rights – Human Rights, New York/London 1995, S. 14, sowie Donna Sullivan, The Public/Private Distinction in International Human Rights Law, in: Julie Peters/Andrea Wolper (eds.), Women's Rights – Human Rights, New York/London 1995, S. 127ff.

<sup>4</sup>Vorne S. 57f.

<sup>5</sup>Siehe aus der schweizerischen Literatur etwa Andreas Auer, Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 94 (1993), S. 2ff; Georg Müller, Gutachten zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien vom 20.8.1992, abgedruckt in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 129 (1993), S. 153ff; J.P. Müller, Einleitung, Rz 58ff; ders., Elemente, S. 79ff; Peter Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 84 (1988), S. 373ff.

<sup>6</sup>Vgl. statt vieler BGE 111 II 245, 253ff und 120 V 312, 316f sowie BVerfGE 7, 198 (Leitsätze 1 und 2) und 89, 1 (Leitsatz).



Die Lehre von der *direkten* Drittwirkung, welche die Geltung wenigstens einzelner Grundrechte zwischen Privaten bejaht,<sup>7</sup> ist etwa für die Frage der Grenzen des Erziehungsrechts der Eltern in religiösen Fragen sinnvoll, da die religiöse Grundrechtsmündigkeit der Jugendlichen auch von den Eltern zu beachten ist.<sup>8</sup> Darüber hinaus vermag sie aber kaum Leitlinien für die Beurteilung praktischer Probleme abzugeben: Einerseits ist weithin unklar, welche Grundrechte sich unter welchen Voraussetzungen für die horizontale Anwendung zwischen Privaten eignen; deshalb spielt die direkte Drittwirkung abgesehen von der Anwendung ausdrücklicher Verfassungsgebote<sup>9</sup> in der Rechtswirklichkeit nur eine marginale Rolle. Im Einwanderungskontext entfaltet die direkte Drittwirkungslehre einen Assimilationsdruck mit paradoxen Auswirkungen: Ausgerechnet von Angehörigen unliberaler und fundamentalistisch ausgerichteter Minderheiten, welche von der Grundrechtsidee selbst nicht überzeugt sind, verlangt sie eine Selbstbeschränkung, welche – wie etwa die fehlende Akzeptanz einer allgemeinen direkten Drittwirkung im schweizerischen Verfassungsrecht zeigt<sup>10</sup> – weite Teile der Mehrheitsgesellschaft ablehnen. Traditionalistisch eingestellte Eltern aus Asien z.B. werden sich kaum vom Argument überzeugen lassen, sie würden mit einer arrangierten Ehe die Ehefreiheit ihrer Kinder verletzen.

Bei genauerer Betrachtung trägt die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte im Einwanderungskontext zur Lösung der angesprochenen Probleme wenig bei. Einen fruchtbareren Ansatz haben die Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes mit ihrer *Theorie staatlicher Schutzpflichten* entwickelt. Sowohl der Menschenrechtsausschuss des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennen in ständiger Praxis, dass sich aus der Pflicht der Staaten zur „Gewährleistung der Menschenrechte“<sup>11</sup> nicht nur die Verpflichtung ergibt, Eingriffe in die

<sup>7</sup>Hierzu J.P. Müller, *Elemente*, S.81f. Auf völkerrechtlicher Ebene postuliert vor allem Clapham (allerdings ohne den Begriff direkte Drittwirkung zu verwenden) in gewissen Bereichen die direkte Anwendung und Bindungswirkung der Grundrechte für Private: Siehe Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993; ders., *The Privatisation of Human Rights*, in: *European Human Rights Law Review*, Launch Issue 1995, S. 20 -32.

<sup>8</sup>Vgl. hinten, S. 185ff.

<sup>9</sup>In der Schweiz Art. 4 Abs. 2 aBV resp. Art. 8 Abs. 3 nBV (Anspruch auf gleichen Lohn für Mann und Frau), sowie Art. 49 Abs. 3 aBV (Religionsmündigkeit der Kinder mit vollendetem 16. Altersjahr. Diese Bestimmung ist in Art. 15 nBV nicht mehr enthalten; die Grundrechtsqualität der Religionsmündigkeit ist jedoch weiterhin unbestritten).

<sup>10</sup>Anlässlich der Totalrevision der Verfassung des Kantons Bern hatte die Verfassungskommission des kantonalen Parlaments (Grosser Rat) folgende Bestimmung beantragt: "Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer achten. Niemand darf zudem Grundrechte anderer durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen." In zweiter Lesung strich der Grosse Rat diese Bestimmung. Die Verfassung vom 6. Juni 1993 bestimmt nun in Art. 27 Abs. 1: "Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen" und spricht damit neben der konstitutiven Bedeutung der Grundrechte deren indirekte Drittwirkung an (hierzu Urs Bolz, *Materialien und Kommentare*, Art. 27, in: Walter Kälin/Urs Bolz, *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Bern 1995, S. 303ff). Auf Bundesebene übernahm der Bundesrat im Verfassungsentwurf 1995 im Artikel über die "Wirkung der Grundrechte" (Art. 29 Abs. 1) die Berner Regelung und wies im Begleitbericht (Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen des Bundesrates zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, S. 64, darauf hin, dass die Grundrechte direkte Drittwirkung nur entfalten würden, wo der Verfassungstext dies ausdrücklich anordne. Der dem Parlament unterbreitete Verfassungsentwurf 1996 sprach in einem neuen Abs. 3 der Bestimmung bloss von der indirekten Drittwirkung: "Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden." Diese Bestimmung fand schliesslich Eingang in Art. 35 Abs. 3 nBV.

tion der Menschenrechte“<sup>11</sup> nicht nur die Verpflichtung ergibt, Eingriffe in die Freiheit der Privaten zu unterlassen, sondern u.U. auch eine Pflicht, zum Schutz der Menschenrechte bestimmter Individuen gegen Übergriffe Dritter aktiv zu werden. Aus dieser reichen Praxis sind für unsere Diskussion zwei Aspekte besonders interessant:

Eine solche Schutzpflicht besteht im Bereich von *Familie und Privatsphäre*. Der Pakt über bürgerliche und politische Rechte verbietet in Art. 17 willkürliche und rechtswidrige Eingriffe in Privatleben und Familie und bestimmt in Abs. 2: „Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen“. Wie der Menschenrechtsausschuss betont hat, muss dieser Schutz unabhängig davon gewährleistet sein, ob die Beeinträchtigung „von der öffentlichen Gewalt oder von natürlichen oder juristischen Personen“ ausgeht.<sup>12</sup> Während hier vor allem der Schutz nach aussen angesprochen wird, ergibt sich aus dem Gebot von Abs. 3 dieser Bestimmung, dass eine Ehe nur im freien und vollen Einverständnis der Ehegatten geschlossen werden darf. Dies bedeutet, dass Zwangsehen nicht anerkannt werden dürfen und Kinder vor entsprechenden Eingriffen ihrer Eltern zu schützen sind.<sup>13</sup> Im Rahmen der EMRK anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seit dem Fall *Marckx*<sup>14</sup> eine Schutzpflicht im Bereich des Anspruchs auf Privatheit und Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK.<sup>15</sup> Im Fall *Airey*<sup>16</sup> hat der Gerichtshof z.B. entschieden, dass die Staaten verpflichtet sind, Frauen, die von ihrem Gatten getrennt leben wollen, ein entsprechendes Verfahren zur Verfügung zu stellen. Damit hat das Gericht praktisch ein (wenn auch nicht unbeschränktes) Ausstiegsrecht aus oppressiven privaten Verhältnissen anerkannt und die Staaten verpflichtet, dafür entsprechende Verfahren zu schaffen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in neueren Fällen diese Praxis auf Übergriffe Dritter auf die *körperliche Integrität* von Privatpersonen ausgedehnt. Im Urteil *X. und Y. gegen die Niederlande*<sup>17</sup> stufte der Gerichtshof eine holländische Regelung, wonach die Vergewaltigung einer geistig behinderten Frau straflos blieb, als Verletzung von Art. 8 ein,

<sup>11</sup>Art. 2 Abs. 1 des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 und Art. 2 Abs. 1 der Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989. Gemäss Art. 1 EMRK "sichern" ("secure" und "reconnaître" in der englischen und französischen Version) die Vertragsstaaten den ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die Garantien der Konvention zu. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention von 1996 spricht von "respect" und "ensure" und macht damit besonders deutlich, dass die Verpflichtung aus den Menschenrechten über das bloss Respektieren privater Freiheit im Sinne einer blossen Unterlassungspflicht weit hinausgeht.

<sup>12</sup>Allgemeine Bemerkung des Ausschusses für Menschenrechte zu Art. 17 des UNO-Paktes II, 16[32] (1988), Ziff. 1; zitiert nach der deutschen Übersetzung in Kälin/Malinverni/Nowak, S. 377. Art. 23 Abs. 1 bestätigt, dass die Familie "Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat" hat, wobei es allerdings um den Schutz der Familie im Aussenverhältnis geht.

<sup>13</sup>Nowak, CCPR Commentary, S. 414f, Rz 31.

<sup>14</sup>*Marckx c. Belgium*, Entscheid vom 13.6.1979, Serie A, Nr. 31, 15.

<sup>15</sup>Vgl. dazu statt vieler Frowein/Peukert, S. 342ff, 349f.

<sup>16</sup>*Airey v. Ireland*, Entscheid vom 9.10.1979, Serie A, Nr. 32, para. 32/33: "The Court does not consider that Ireland can be said to have 'interfered' with Mrs. Airey's private or family life: the substance of her complaint is not that the State has acted but that it has failed to act. However, although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (...)."

<sup>17</sup>*X. and Y. c. Netherlands*, Entscheid vom 26. März 1985, Serie A, Nr. 91, 12.

ein, weil der Staat der betroffenen Frau den notwendigen Schutz ihrer Integrität als Kernbereich des Privatlebens versagt hatte. Innerfamiliäre Gewalt war das Thema im Beschwerdefall A. v. UK:<sup>18</sup> Der Beschwerdeführer war im Alter von 9 Jahren von seinem Stiefvater mit einem Stock mehrmals derart stark gezüchtigt worden, dass sichtbare Verletzungen resultierten. Eine Anzeige der Mutter führte zwar zu einer strafrechtlichen Anklage, der Angeschuldigte wurde aber freigesprochen, weil das englische Recht ihm erlaubte, sich auf den Rechtfertigungsgrund der „vernünftigen Züchtigung“ von Kindern zu berufen. Der Gerichtshof anerkannte, dass die Schläge die Schwelle unmenschlicher Behandlung überschritten hatten, und deshalb die Verpflichtung zur Sicherung der Menschenrechte gemäss Art. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 3 EMRK die Schutzpflicht des Staates auslöste. In diesem Zusammenhang unterstrich der Gerichtshof, dass Kinder und andere verletzbare Personen Anspruch auf Schutz vor derart schweren Verstössen gegen ihre persönliche Integrität hätten.<sup>19</sup> Das Gericht bejahte eine Verletzung von Art. 3 EMRK, weil das englische Strafrecht bei körperlichen Übergriffen auf Kinder durch den Erziehungsberechtigten die Opfer nicht genügend schütze.<sup>20</sup> Im Fall Osman machte eine Mutter geltend, die Polizei hätte die Ermordung ihres Kindes durch seinen geisteskranken ehemaligen Lehrer verhindern können. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Verpflichtung zum Schutz des Lebens gemäss Art. 2 EMRK u.U. tatsächlich eine positive Verpflichtung der Behörden beinhalten könne, Private gegen gefährliche Dritte zu schützen, weshalb zu untersuchen sei, ob die Polizei bei genügender Sorgfalt das Verbrechen hätte verhindern können.<sup>21</sup> Diese Sorgfaltspflicht dürfe nicht überspannt werden, sie sei aber verletzt, wo die Behörden die Existenz einer realen und unmittelbaren Gefahr eines kriminellen Übergriffs auf das Leben einer bestimmten Person kannten oder hätten kennen müssen, es aber unterliessen, geeignete Schutzmassnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich zu ergreifen, von welchen vernünftigerweise eine Abwendung der Gefahr hätte erwartet werden können.<sup>22</sup> Dieser Massstab konkretisiert das vom Gerichtshof bereits früher anerkannte Kriterium der ver-

<sup>18</sup>Case of A. v. The United Kingdom, Entscheid vom 23. September 1998, Reports 1998-VI, S. 2692ff.

<sup>19</sup>A.g.l.O., Ziff. 22: "The Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, mutatis mutandis, the H.L.R. v. France judgment of 29 April 1997, Reports 1997-III, p. 758, § 40). Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see, mutatis mutandis, the X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11-13, §§ 21-27, the Stubbings and Others v. the United Kingdom judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, p. 1505, §§ 62-64 and also the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 19 and 37)."

<sup>20</sup>A.g.l.O., Ziff. 23f.

<sup>21</sup>Osman v. United Kingdom, Entscheid vom 28. Oktober 1998, Reports 1998-VIII, S. 3124ff, Ziff. 115. Die Frage wurde im konkreten Fall verneint.

<sup>22</sup>A.g.l.O., Ziff. 116: "In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk."

nünftigen und angemessenen Massnahmen („reasonable and appropriate measures“) für das Recht auf Leben.<sup>23</sup>

Damit ist im Völkerrecht weitgehend anerkannt, dass der Staat verpflichtet sein kann, in Beziehungen zwischen Privaten einzugreifen, um die Menschenrechte gegen private Beeinträchtigungen zu schützen. Soweit solche Beeinträchtigungen nicht in der staatlichen<sup>24</sup> oder öffentlichen<sup>25</sup> Sphäre drohen, sondern im Binnenverhältnis von Familien, Religionsgemeinschaften und anderen privaten Kollektiven stattfinden, sind wir allerdings mit einem Paradox konfrontiert: Umfassender Schutz bedingt umfassende staatliche Kontrolle privater Bereiche; gerade sie wird aber durch die Pflicht zur Respektierung menschenrechtlich geschützter Freiheiten verboten.<sup>26</sup> Schutzpflichten dürfen nicht derart überdehnt werden, dass der Staat im Namen der Grundrechte private Bereiche kolonisiert und seine Kontrolle soweit ausdehnt, dass schliesslich die Grundrechtsidee selbst Schaden erleidet. Gerade im Kontext der Einwanderungsgesellschaft lässt sich die Gefahr nicht von der Hand weisen, dass zuallererst jene Minderheiten Opfer einer solchen Schutzpolitik würden, denen gegenüber die Mehrheit tiefe Vorurteile hegt. Zu solchen Vorurteilen gehört nicht zuletzt die Ansicht, in gewissen Kulturen seien z.B. die Frauen generell unterdrückt und schutzbedürftig. Menschen wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kategorie in eine Opferrolle zu drängen, lässt sich ebenso wenig mit der Grundidee individueller Würde vereinbaren wie umgekehrt das Wegwenden des Blickes, wo im Einzelfall konkrete Indizien auf Unterdrückung und Missachtung hinweisen.

In diesem Spannungsfeld zwischen Unterlassungs- und Schutzpflichten hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte m.E. eine sachgerechte mittlere Linie gefunden. Auch wenn die Praxis nicht bis ins Letzte gefestigt ist, lassen sich auf der Grundlage der eben dargestellten Urteile weiterführende Grundsätze entwickeln:

- Der Staat hat Privaten, deren menschenrechtlich geschützte Positionen von anderen Privaten beeinträchtigt werden, Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Verfügung zu stellen, um ihre Interessen durchzusetzen. Hier wird das Recht zum Ausstieg aus oppressiven privaten Verhältnissen, welchen sich die Betroffenen nicht mehr freiwillig unterziehen wollen, verfahrensrechtlich abgesichert. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Ausstieg gerade für die schwächsten Opfer oft kaum zu leisten ist. Deshalb hat der Staat u.U. Austrittswilligen mit geeigneten Massnahmen wie Beratung oder, falls nötig, materieller Unterstützung beizustehen.<sup>27</sup>
- Dies genügt allerdings nicht, weil Menschen nicht immer die Kraft finden, gegen ihre Unterdrücker zu kämpfen. Wo die physische oder psychische Integrität ernsthaft gefährdet

<sup>23</sup>Ärzte für das Leben v. Austria, Entscheid vom 21.6.1988, Serie A, Nr. 139, para. 34. In diesem Urteil entschied der Gerichtshof, die Staaten hätten gemäss Art. 11 EMRK die Pflicht, Demonstrationen mit "reasonable and appropriate measures" polizeilicher Art gegen private Störer zu schützen.

<sup>24</sup>Z.B. Schutz Gefangener gegen sexuelle Übergriffe anderer Gefangener.

<sup>25</sup>Z.B. Schutz der Privatheit von Anwohnern vor gesundheitsgefährdenden Stoffen eines Industriebetriebs (so der Sachverhalt in Guerra and Others v. Italy, Entscheid vom 19. Februar 1998, Reports 1998-I, S. 210ff.

<sup>26</sup>Hier zeigt sich ein weiterer Aspekt des komplexen Themas der Toleranz gegenüber Intoleranten (vorne S. 26ff).

<sup>27</sup>Siehe zu dieser Problematik Leslie Green, Internal Minorities and their Rights, in: Will Kymlicka (ed.), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995, S. 265f.

oder verletzt wird, darf der Staat entsprechendes Verhalten nicht straflos lassen, sondern muss es aus Gründen der Prävention unter Strafe stellen.

- Der Staat muss schliesslich im Einzelfall konkrete Schutzmassnahmen ergreifen, wo er von einer ernsthaften und unmittelbaren Gefahr für besonders hochwertige Rechtsgüter weiss oder wissen könnte und Mittel zur Verfügung hat, welche geeignet sind, die Gefahr abzuwenden (z.B. polizeiliches Eingreifen oder Massnahmen des Jugend- und Vormundschaftsrechts). In diesen Fällen rechtfertigt sich ein Eindringen in die Privatsphäre Dritter.

Diese Grundsätze erlauben es, das Problem der Grenzen der Toleranz gegenüber privater Unterdrückung differenziert anzugehen. Sie dienen dem Schutz wichtiger Grundrechtsanliegen auch in privaten Beziehungen, ohne die staatliche Kontrolle privater Bereiche ausufern zu lassen.

## II. SCHRANKEN DER RELIGIONSFREIHEIT

### 1. SITTLICHKEIT ALS SCHRANKE?

Die Frage nach den Grenzen der Toleranz stellt sich in Situationen kulturellen Pluralismus in der Praxis wiederum häufig im Bereich der Religionsfreiheit. Im vorangehenden Kapitel ist deutlich geworden, wie umfassend der Schutzbereich dieses Grundrechts ist.<sup>28</sup> Hier stellt sich nun die Frage, ob diese Freiheit ihre Schranke an der Sittlichkeit findet und ob es dabei grundrechtsdogmatisch um ein Problem des sachlichen Geltungsbereichs der Religionsfreiheit oder der Beschränkbarkeit dieses Grundrechts geht. Mit anderen Worten: Steht *jede* religiöse Überzeugung – auch wenn sie z.B. unsittliche oder widerrechtliche Praktiken beinhaltet – grundsätzlich unter dem Schutz der Religionsfreiheit? Dies hätte zur Folge, dass trotz Sittenwidrigkeit jeder staatliche Eingriff die Voraussetzungen für eine Grundrechtsbeschränkung (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) erfüllen müsste. Oder gibt es religiöse Auffassungen und Praktiken, die von vornherein den Schutz der Religionsfreiheit nicht beanspruchen können und somit ohne weiteres eingeschränkt bzw. verboten werden dürfen?

Das *deutsche Bundesverfassungsgericht* hat solche Grenzen bejaht, als es festhielt, dass die Religionsfreiheit religiöse Auffassungen nur solange erfasse, als diese sich „im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker“ hielten.<sup>29</sup> Daraus ist in der Lehre beispielsweise abgeleitet worden, dem Kastensystem des Hinduismus sei die grundrechtliche Anerkennung zu versagen, weil sie der Menschenwürde widerspreche.<sup>30</sup> Das Beispiel zeigt die ganze Problematik des Kriteriums: Was sind die heutigen Kul-

<sup>28</sup>Vorne im 3. Kapitel, S. 112ff.

<sup>29</sup>BVerfGE 24, 246; 12, 4. Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang der Fall einer Religion genannt, welche Menschenopfer propagiere. In einem späteren Entscheid betonte das Bundesverfassungsgericht allerdings, entscheidend sei der sittliche Standard des Grundgesetzes, und dieser bestehe in der Offenheit gegenüber dem Pluralismus religiös-weltanschaulicher Auffassungen: BVerfGE 41, 29 (50); hierzu Hellermann, S. 133.

<sup>30</sup>Karlen, S. 205 mit Hinweisen auf Scheuner und Campenhausen.

turvölker, wenn die indische Hochkultur des Hinduismus davon ausgeschlossen ist? Gehören dazu nur die monotheistischen Religionen? Lassen sich wörtliche Auslegungen der Bibel, die – wie im Fall der Zeugen Jehovas Bluttransfusionen auch bei Todesgefahr verbieten – eher mit der Menschenwürde vereinbaren<sup>31</sup> als die Weigerung eines traditionellen Brahmanen, mit einem Kastenlosen aus der gleichen Schüssel Reis zu essen? Und wie steht es mit dem Ausschluss der Frauen vom Priesteramt in der katholischen Kirche? Die Abgrenzungen zwischen sittlich Untragbarem und dem, was noch hinzunehmen ist, sind historisch bedingt und müssen zufällig bleiben. Dies gilt auch für Einwanderungsgesellschaften. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts verkennt zudem ein zentrales Merkmal vieler Religionen: Wie ALBERTS betont, nehmen Gläubige immer wieder „für sich ein *Anderssein* in Anspruch“, und die Religionsfreiheit garantiert gerade „dieses Anderssein, diese Abkehr von der Welt und auch von deren Wertmassstäben“.<sup>32</sup>

Selbstverständlich können nicht alle religiös motivierten Aktivitäten Schutz finden; dies ist aber eine Frage der Schranken der Religionsfreiheit und nicht des Schutzbereiches. Zur Frage der Schranken existiert eine differenzierte Dogmatik, welche innerhalb gewisser Grenzen ein Minimum an Rechtssicherheit garantiert; ein entsprechendes Instrumentarium fehlt bei der Abgrenzung des Geltungsbereichs von Grundrechten weitgehend, weshalb die Gefahr grösser ist, dass missliebige Religionsgemeinschaften vorschnell und ohne umfassende Güterabwägung vom Schutz der Religionsfreiheit ausgeschlossen werden.

## 2. VERBOT VON RELIGIONSGEMEINSCHAFTEN UND IHREN KULTHANDLUNGEN

Das Verbot von Religionsgemeinschaften, die als fundamentalistisch, sittenwidrig oder aus anderen Gründen als gefährlich empfunden werden, steht heute – abgesehen von der deutschen Diskussion über Scientology<sup>33</sup> – kaum zur Debatte. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Zug einer Verschärfung gesellschaftlicher Konflikte solche Forderungen aktuell werden könnten. Deshalb mag es hilfreich sein, sich der schweizerischen Praxis im 19. Jahrhundert zu erinnern: Diese erlag im Fall der Heilsarmee nicht der Versuchung, fremdartig, ja anstössig wirkendes Verhalten vorschnell als sittenwidrig einzustufen.

Der Bundesrat hatte sich in den Jahren nach 1883 wiederholt mit kantonalen Verboten auseinandersetzen, die gegen die *Heilsarmee* gerichtet waren.<sup>34</sup> Ihr Auftreten hatte in verschie-

<sup>31</sup>Der Schutz der Religionsfreiheit wurde den Zeugen Jehovas in der Schweiz schon in BGE 50 I 369ff, 54 I 98ff, 56 I 431ff und 57 I 112ff zugesprochen.

<sup>32</sup>Alberts, S. 1152. Diesen Gedanken hatte der amerikanische Supreme Court im Fall *Yoder v. Wisconsin* 406 U.S. 205 (1972) besonders deutlich hervorgehoben: Vgl. vorne im 1. Kapitel, S. 50ff. Vgl. auch den Hinweis bei Tribe, S. 1181, auf den Theologen Harvey Cox, der meint, die Bezugnahme auf anerkannte Sittlichkeit hätte die Anerkennung des Urchristentums als Religion zur Zeit des römischen Reiches angesichts seiner radikalen Ablehnung zentraler Gehalte römischer Religiosität ausgeschlossen. In der Tat musste etwa der Monotheismus damals als intolerant und die Ablehnung der Kaiserverehrung als anarchistisch erscheinen.

<sup>33</sup>Diese Diskussion trägt zum Thema Multikulturalität kaum etwas bei und soll deshalb hier nicht aufgerollt werden.

<sup>34</sup>Siehe dazu die umfassende Dokumentation mit Ausschnitten aus kantonalen Beschlüssen und bundesrätlichen Entscheiden in: Rudolf Ludwig von Salis, Schweizerisches Bundesrecht. Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29.5.1894, Bd. III, Bern 1903, No. 690, S. 365ff. Einen guten Überblick über die zeitgenössische Kritik an der Heilsarmee gibt Jean-François Mayer,

denen Kantonen zu öffentlichen Ruhestörungen und Aufruhr geführt. Im Kanton Neuenburg nahmen laut SALIS die Wirren trotz eines Aufrufs des Staatsrats an die Bevölkerung, ruhig und tolerant zu bleiben, „in beunruhigender Weise“ zu: „Zwischen die Alternative gestellt, entweder Truppen aufzubieten oder einstweilen solche Zusammenkünfte der Heilsarmee zu verbieten, welche Ruhestörungen veranlassen könnten, wählte der Staatsrath den letzteren Ausweg, er verbot provisorisch die Abendversammlungen der Heilsarmee“.<sup>35</sup> Der Kanton Bern ging nach Unruhen in Biel einen Schritt weiter und untersagte auf dem Kantonsgebiet jegliche „Übungen der Heilsarmee, sowie jede propagandistische Tätigkeit“.<sup>36</sup> Andere Kantone folgten mit ähnlichen Verboten.<sup>37</sup> Aus diesen Beschlüssen geht deutlich hervor, wie sehr das Verhalten der Heilsarmee als eigentliche Bedrohung der Mehrheitskultur erlebt wurde. So erblickte man „in dem ganzen Gebahren der Heilsarmee eine Verhöhnung nicht nur der christlichen Religion, sondern jeder wahren Religiosität überhaupt“.<sup>38</sup> Der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden führte aus, die Heilsarmee verstosse u.a. dadurch gegen die öffentliche Ordnung, dass „sich deren angeblicher Gottesdienst als hauptsächlich in ‘Schreien und Lärmen’ bestehend qualifiziert“; überhaupt

„stehe das ganze Auftreten der sog. Heilsarmee, so die äussere Erscheinung ihrer Mitglieder durch auffallende Uniformierung, die Abhaltung lärmender Versammlungen bis spät in die Nacht hinein, die zudringliche Propagandatreiberei durch Austeilen ihrer Druckschriften und durch Hausbesuche, das Sammeln von Geldern zu Gunsten der auswärtigen Leiter der Genossenschaft, in grellem Widerspruche mit den Anschauungen unseres Volkes über das, was für religiöse Genossenschaften und gottesdienstähnliche Handlungen sich schickt (...)“.<sup>39</sup>

Mitglieder der Heilsarmee führten gegen die Verbote oder darauf gestützte strafrechtliche Verurteilungen Beschwerde beim Bundesrat. Der Bundesrat hiess die Beschwerden gut, soweit private Versammlungen betroffen waren, und wies sie ab, wo öffentliche Versammlungen tatsächlich zu Ruhestörungen führten, wobei er daran erinnerte, dass die Kultusfreiheit gemäss Art. 50 aBV nur innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung ausgeübt werden dürfe.<sup>40</sup> 1890 nahm der Bundesrat zu Petitionen Stellung, welche ein Verbot der Heilsarmee forderten. Hier vertrat er,<sup>41</sup> wie schon in den Beschwerdeentscheiden, die Ansicht, die Heilsarmee sei unzweifelhaft eine religiöse Vereinigung und geniesse als solche den Schutz der Glaubens-, Gewissens- und der Kultusfreiheit. Von einer eigentlichen Staatsgefährlichkeit der Heilsarmee oder von einer Störung des konfessionellen Friedens könne keine Rede sein, höchstens von einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, die sich jedoch durch polizeiliche Massnahmen verhindern lasse. Wegen des auffälligen Auftretens der Heilsarmee bekunde zwar die Mehrheit der Bevölkerung Mühe, dieser ihre Freiheit

Religiöse Polemiken gegen die Heilsarmee in der Schweiz des 19. Jahrhunderts, in: Johannes Neumann/Michael W. Fischer (Hrsg.), *Toleranz und Repression*, Frankfurt a. Main 1987, S. 198ff.

<sup>35</sup>Salis, S. 368.

<sup>36</sup>Beschluss der Berner Regierung vom 27. August 1884, abgedruckt bei Salis, S. 370.

<sup>37</sup>Salis., S. 371ff, dokumentiert die Kantone Zürich, Appenzell A.Rh. und Basel-Stadt.

<sup>38</sup>Ders., S. 372, Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 12. August 1885.

<sup>39</sup>Ders., S. 373f, Beschluss des Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden. vom 17. Juli 1888. Ähnlich lautete die Begründung auch in Bern (ders., S. 370) und Zürich (ders., S. 372).

<sup>40</sup>Vgl. die Zusammenfassung der Entscheidungspraxis bei demselben, S. 376ff.

<sup>41</sup>Bericht des Bundesrates vom 2. Juni 1890, BBl 1890 III 289.

zuzugestehen. Das ändere aber nichts am religiösen Charakter der Heilsarmee. Es sei daher unzulässig, das öffentliche Auftreten der Heilsarmee ganz zu unterdrücken; Beschränkungen kämen nur in Frage, wenn der Schutz der öffentlichen Ordnung diese gebieterisch verlange. Der Bundesrat interpretierte hier die Glaubens- und Gewissens- bzw. Kultusfreiheit als Abwehrrecht zum Schutz von Minderheiten, die von der Mehrheit als provokativ und radikal anders abgelehnt werden. Er anerkannte, dass auch missionarische Tätigkeiten vom Schutz der Kultusfreiheit erfasst sind. Zwar stellte er diese Rechte unter den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, setzte aber die Eingriffsschranke (im Gegensatz zu den Kantonen) relativ hoch an. So verzichtete er darauf, Argumente der Sittlichkeit für die Zulässigkeit der Grundrechtsbeschränkung heranzuziehen, obwohl die Kantone entsprechendes vorgebracht hatten.<sup>42</sup>

Eigentliche Verbote religiöser Gruppierungen in Einwanderungsgesellschaften existieren kaum. Hingegen sind Versuche denkbar, sie mit anderen Mitteln an ihrer Tätigkeit zu hindern. Ein illustratives Beispiel stammt aus den USA: Im Entscheid *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*<sup>43</sup> hatte der amerikanische Supreme Court über die Verfassungsmässigkeit einer kommunalen Verordnung zu entscheiden, welche das Schlachten von Tieren auf Gemeindegebiet verbot. Das Verbot war zwar neutral formuliert;<sup>44</sup> es galt aber nicht absolut, sondern erfasste faktisch bloss die rituelle Tötung von Tieren, wie sie Teil des Rituals der haitianischen Santeria-Religion<sup>45</sup> ist. Das Gesetz entstand überdies erst, nachdem Anhänger von Santeria auf Gemeindegebiet einen Tempel errichtet hatten. Das Gericht kam zum Schluss, trotz neutraler Formulierung sei das Gesetz nicht allgemein anwendbar; vielmehr benachteilige es einseitig eine bestimmte religiöse Sekte. Ein solches Gesetz unterliege einer besonders strengen Prüfung (‘strict scrutiny’) und sei nur verfassungskonform, wenn es durch ein zwingendes öffentliches Interesse (‘compelling governmental interest’) gerechtfertigt werde und nicht weiter als für die Verwirklichung dieses Interesses notwendig gefasst sei.<sup>46</sup> Im konkreten Fall habe die Gemeinde keine zwingenden Gründe dafür nachweisen kön-

<sup>42</sup>Noch fehlten positive Elemente: Eine Verpflichtung der Kantone, positive Massnahmen zu ergreifen, damit die Versammlungen in Ruhe durchgeführt werden können, wurde nicht statuiert. Erst in BGE 20, 274 (siehe auch BGE 97 Ia 230) leitete das Bundesgericht aus der Kultusfreiheit eine positive Schutzpflicht für religiöse Veranstaltungen ab, welche die Behörden verpflichtet, mit polizeilichen Mitteln gegen die Störer vorzugehen. Siehe dazu Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 315ff.

<sup>43</sup>*Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993), S.Ct. 2217 (1993).

<sup>44</sup>Die Verordnung der betreffenden Stadt verbot das grausame oder unnötige rituelle Töten von Tieren, das nicht in erster Linie der Nahrungsmittelgewinnung dient; das Schlachten war ausserdem nur innerhalb von bewilligungspflichtigen Schlachthäusern erlaubt.

<sup>45</sup>Der afro-amerikanische Santeria-Glaube lehrt, dass ein Gott das Schicksal der Menschen vorbestimmt. Jeder Mensch muss seine göttlich vorgegebene Bestimmung mit der Hilfe und der Energie eines ihm zugeordneten *orishas*, einer spirituellen Kraft (Geist), erfüllen. Das *orisha* ist zwar mächtig, aber nicht unsterblich, und zu seiner Erhaltung sind Tieropfer notwendig. Das rituelle Schlachten stellt somit eine zentrale Kultushandlung der Santeria-Religion dar; Tieropfer werden anlässlich von Geburten, Heiraten, Todesfällen, religiösen Festen und ähnlichen Anlässen vorgenommen. Weiterführende Angaben über Santeria finden sich z.B. bei Migene González-Wippler, *Santería: the religion: faith, rites, magic*, St. Paul 1994, oder Luis Manuel Núñez, *Santeria: a practical guide to Afro-Caribbean Magic*, Woodstock 1993.

<sup>46</sup>508 U.S. 520 (1993), S. 531f: „[A] law that is neutral and of general applicability needs not to be justified by a compelling government interest even if the law has the incidental effect of burdening a particular religious practice. (...) A law failing to satisfy these requirements [neutrality and general applicability] must be justified by a compelling governmental interest and must be narrowly tailored to advance that interest.“



nen, weshalb genau jene Art der Tötung von Tieren verboten werden müsse, wie sie Bestandteil des Rituals der Santeria Religion sei.

Der Gerichtshof hat damit ein deutliches Zeichen gegen Versuche gesetzt, unter dem Deckmantel von Gesetzen, die säkularen Zwecken (hier: Tierschutz) dienen, gegen missliebige Religionen und ihre Anhänger vorzugehen. Dies bedeutet nicht, dass Verbote bestimmter religiöser Praktiken immer unzulässig sind, die Anforderungen daran sind jedoch sehr hoch. In einem früheren Entscheid hatte der Supreme Court betont, dass nur die schwersten Missbräuche, welche besonders wichtige Interessen gefährden, Beschränkungen religiöser Tätigkeiten rechtfertigen könnten.<sup>47</sup> Ähnlich ging der Supreme Court von Tennessee in einem Urteil<sup>48</sup> vor, welches das Verbot, bei religiösen Ritualen einer Sekte Giftschlangen zu verwenden und Schlangengift zu konsumieren, im Wesentlichen mit dem Argument schützte, die Gefahr für teilnehmende Kinder sei zu gross. Der Gerichtshof ging davon aus, dass ein Verbot religiöser Praktiken zulässig sei, wenn eine klare und aktuelle Gefährdung öffentlicher Interessen („clear and present danger to the interests of society“) vorliege. In diesem Fall müsse zwischen den Anliegen der öffentlichen Gesundheit und Moral und den religiösen Interessen der Betroffenen abgewogen werden; religiöse Praktiken würden auch dann, wenn sie den Werten der Mehrheit radikal widersprechen, den Schutz der Religionsfreiheit geniessen; dieser Schutz umfasse aber nicht die Befugnis, Kinder zu gefährden.<sup>49</sup>

Diese Aussagen sind verallgemeinerungsfähig. Während die Schranken für spezifische Akte von Religionsgemeinschaften relativ schnell greifen können,<sup>50</sup> dürfen religiöse Gemeinschaften und ihre Kultushandlungen als solche angesichts des hochwertigen Schutzobjektes der freien Religionsausübung nur in Extremfällen verboten werden. Dabei genügen weder Prinzipien einer wie auch immer verstandenen Sittlichkeit noch allgemeine Gefährdungen der öffentlichen Ordnung, sondern es braucht konkrete Gefahren für hochwertige Rechtsgüter wie beispielsweise Leib und Leben oder der Schutz von Kindern.

### 3. SCHÄCHTVERBOTE

#### a) *Rechtslage*

Das Schächtverbot, d.h. das Verbot, Tiere ohne vorherige Betäubung durch Halsschnitt zu schlachten und ausbluten zu lassen,<sup>51</sup> ist der klassische Fall eines Verbotes, das mit allgemeinen Interessen – konkret dem Tierschutz – begründet wird, sich aber gegen die Praktiken bestimmter Religionen richtet. Während es im 19. Jahrhundert um die Schlachtvorschriften der jüdischen Religion ging, stehen heute Auseinandersetzungen mit dem Islam im Vordergrund.

<sup>47</sup>Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963), S. 406: „(...) only the gravest abuses endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation“.

<sup>48</sup>State of Tennessee v. Pack, 527 SW2d 99 (1975), Supreme Court of Tennessee, zit in: South Western Reporter, 2<sup>nd</sup> series 527, S. 99ff.

<sup>49</sup>A.g.l.O., S. 111.

<sup>50</sup>Z.B. Verbot einer katholischen Prozession im Fall einer konkreten Gefahr für den religiösen Frieden; vgl. BGE 108 Ia 41ff.

<sup>51</sup>Albert Lorz, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1992, Rz 8. S. 164f.

Dieser Problembereich ist bisher in der Öffentlichkeit kaum diskutiert worden; er wirft aber grundsätzliche Fragen auf, die eine vertiefte Darstellung rechtfertigen.

Absolute Schächtverbote existieren in der *Schweiz*, in *Schweden*, *Norwegen* und *Island*.<sup>52</sup> Die *EU-Mitgliedstaaten* kennen alle Vorschriften über das Betäuben von Schlachttieren, sehen aber – abgesehen von Schweden – für Juden und Moslems Ausnahmen vom Schächtverbot vor; das Gleiche gilt für die *USA* und *Kanada*.<sup>53</sup> Auf internationaler Ebene erlaubt Art. 17 des Europäischen Übereinkommens über den Schutz der Schlachttiere vom 10.5.1979<sup>54</sup> den Vertragsstaaten, für rituelles Schlachten Ausnahmen vom Betäubungsgebot zu gewähren, verpflichtet sie aber nicht dazu.

In der *Schweiz* führte die Frage im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts zu Auseinandersetzungen zwischen kantonalen Behörden und dem Bundesrat.<sup>55</sup> Eine Reihe von Beschwerden<sup>56</sup> und Petitionen veranlassten 1890 den Bundesrat, zur Frage grundsätzlich Stellung zu nehmen.<sup>57</sup> Er kam zum Schluss, dass das Schächten für die Juden eine gottesdienstliche Handlung darstelle. Für diese Feststellung genüge der Hinweis, dass „mit ganz verschwindend geringen Ausnahmen“ die Juden überall auf der Welt das Schächten für eine religiöse Pflicht hielten. Art. 50 gewährleiste die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung. Da das Schächten eine gottesdienstliche Handlung darstelle, könne der Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit angerufen werden, wenn es nicht als Tierquälerei gegen die Gebote der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit verstos-

<sup>52</sup>Ders., Rz 18, S. 169f. und Poulter, *Ethnicity*, S. 141. Zur britischen Regelung (Slaughterhouse Act 1974) ausführlich Poulter, *Ethnicity*, S. 131ff.: Die Ausnahmen für religiös vorgeschriebene Schlachtmethode gehen in Grossbritannien auf das 19. Jh. zurück. Obwohl immer wieder verlangt wurde, dieses „Privileg“ abzuschaffen, betonte der Gesetzgeber wiederholt, das Schächten sei für Juden und Muslime ein zentraler Bestandteil ihrer Religion, den es zu achten gelte. Gemäss Poulter, *Ethnicity*, S. 142, geht die norwegische Gesetzgebung von 1930 auf Quisling zurück.

<sup>53</sup>Hinweise bei Poulter, *Ethnicity*, S. 142. Poulter erwähnt im weiteren Australien und Neuseeland als Länder, die für Juden und Muslime eine Ausnahme vom Schächtverbot vorsehen.

<sup>54</sup>SR 0.458, für die Schweiz in Kraft seit dem 4.5.1994.

<sup>55</sup>Vgl. BR 1875, No. 6125, und BR den 21.1.1876, No. 998, in Salis, S. 429f. Der Bundesrat hiess darin Beschwerden gegen ein Verbot des Schächtens durch den Gemeinderat St. Gallen mit dem Argument gut, der Kanton habe die Statuten der israelischen Religionsgemeinschaft der Stadt St. Gallen mit den darin enthaltenen Bestimmungen über das Schächten genehmigt.

<sup>56</sup>Laut Sachverhaltsdarstellung (BBl 1890, S. 640f) ging es um Folgendes: Das aargauische Gesetz vom 23. Wintermonat 1854 über Tierquälerei schrieb vor, dass grosse und kleine Schlachttiere und Pferde durch Schlag auf den Kopf getötet werden müssten. Ein Gesetz vom 13. Wintermonat 1855 bestimmte dagegen, dass den aargauischen Juden das Töten von Schlachtvieh nach den Vorschriften ihres Kultus gestattet sei (allerdings auf die Gemeinden Oberendingen und Lengnau beschränkt). Auch in anderen Gemeinden des Kantons hatten sich jüdische Gemeinden gebildet, und von diesen wurde jahrelang ungehindert nach israelitischem Ritus geschlachtet. Im November 1886 wurden drei Metzger wegen Tierquälerei angezeigt und zu einer Busse verurteilt. Die Beschwerden richteten sich gegen die Bestätigung der Busse durch das Aargauische Obergericht. Gleichzeitig wurde vom Grossen Rat beschlossen, die Aufhebung des Ausnahmegesetzes an die Hand zu nehmen. Ein weiterer Rekurs der israelitischen Kultusvereine des Kantons Bern richtete sich gegen Art. 13 der bernischen Verordnung vom 14. August 1889 über das Schlachten von Vieh, in dem das Schächten ohne vorherige Betäubung verboten wurde.

<sup>57</sup>Bundesratsbeschluss vom 17. März 1890, BBl 1890, S. 639ff. Der Bundesrat hatte vorher etliche Gutachten und Stellungnahmen eingeholt.

se. Gemäss Praxis der „verschiedenen Kulturstaaten Europa’s und Nordamerika’s“<sup>58</sup> und der Meinung von Fachleuten erfülle das Schächten für sich jedoch nicht den Tatbestand der Tierquälerei; unnötige Qualen würden aber oft durch unsorgfältiges Vorgehen des Schlächters verursacht. Ein absolutes Verbot des Schächtens stehe deshalb mit der Bundesverfassung im Widerspruch. Hingegen seien gesetzliche Massnahmen zur Schonung der Tiere zulässig.<sup>59</sup> Modern ausgedrückt wurde hier der Tierschutz als legitimes öffentliches Interesse betrachtet, das einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit jedenfalls in einem gewissen Mass rechtfertigte, aber als Ergebnis einer Güterabwägung hinter die Anliegen der Religionsfreiheit zurückzutreten hatte, weil gesetzliche Auflagen unnötige Leiden für das Tier zu reduzieren vermochten.

Der Beschluss des Bundesrates stiess auf heftige Opposition. 1892 kam eine Verfassungsinitiative gegen das Schächten zustande. 1893 wurde Art. 25bis BV in der Volksabstimmung angenommen<sup>60</sup> und damit ein absolutes Schächtverbot in der Verfassung verankert. 1907 entschied das Bundesgericht, die Vorschrift sei als Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit restriktiv auszulegen, weshalb das betäubungslose Schlachten von Hühnern nicht darunter falle.<sup>61</sup> 1973 löste ein neuer Art. 25bis aBV als allgemeiner Tierschutzartikel das Schächtverbot ab. Der Bundesrat erklärte, das Schächtverbot solle damit nicht aufgehoben, sondern auf Gesetzesebene herabgestuft werden.<sup>62</sup> Dies geschah in Artikel 20 des Tierschutzgesetzes vom 9. März 1978. In der Botschaft führte der Bundesrat wenig differenziert aus, darin liege zwar eine Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit, diese unterliege aber den von Verfassung und Gesetzen gezogenen Grenzen und erscheine angesichts der klaren Ablehnung des Schächtens durch die Bevölkerung gerechtfertigt.<sup>63</sup> <sup>64</sup> Damit liegt die Begründung für das Schächtverbot in der Schweiz heute allein im Hinweis auf den Willen der demokratischen Mehrheit. Wegen des Ausschlusses der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen durch Art. 113 Abs. 3 aBV bzw. Art. 191 nBV kann die Frage der Vereinbarkeit des absoluten Schächtverbotes mit der Religionsfreiheit in der Schweiz gerichtlich nicht thematisiert werden.

In *Deutschland*<sup>65</sup> untersagte eine Reichsverordnung aus dem Jahre 1917 das Schächten, die allerdings für rituelles Schächten eine Ausnahme vorsah. Das Reichsgesetz über das Schlach-

<sup>58</sup>Eine Umfrage bei den schweizerischen Botschaften und Konsulaten hatte ergeben, dass kein Staat das Schächten verbot. Einzig in Deutschland waren an verschiedenen Orten Bestimmungen über den schonenden Umgang mit den Schlachttieren erlassen worden; vgl. BBl 1890, S. 647-651.

<sup>59</sup>Der Bundesrat verwies hier auf die in Preussen entwickelten Richtlinien, die im Bundesratsbeschluss wiedergegeben sind (BBl 1890, S. 649).

<sup>60</sup>Art. 25bis (alt) lautete: „Das Schlachten der Tiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzug ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt.“

<sup>61</sup>BGE 33 I 723.

<sup>62</sup>Botschaft des Bundesrates über die Ersetzung des Schächtartikels, BBl 1972 II 1484.

<sup>63</sup>Botschaft des Bundesrates zum Tierschutzgesetz, BBl 1977 I 1092.

<sup>64</sup>Art. 64g Abs. 3 Tierschutzverordnung vom 27.5.1998 (SR 455.1) in der Fassung vom 3.6.1997 erlaubt immerhin das betäubungslose rituelle Schlachten von Geflügel.

<sup>65</sup>Die folgenden Angaben sind Ingo von Münch, Religionsausübung nach islamischem Ritus in einem christlichen Land, in: *Gewissen und Freiheit* 21 (1993), S. 28f, entnommen. Siehe auch Thomas Kuhl/Peter Unruh, Tierschutz und Religionsfreiheit am Beispiel des Schächtens, in: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1991, S. 94ff.

ten von Tieren vom 21. April 1933 verbot das Schächten aus klar antisemitischen Gründen vollständig. Nach dem Krieg erlaubten die amerikanischen und britischen Besatzungsbehörden religiös motivierte Ausnahmen vom Betäubungszwang. Im Übrigen blieb das Gesetz nach dem Krieg in Kraft, wurde aber neu als tierschützerisch motiviert verstanden. Einige Gerichte kamen zum Schluss, das Schächten falle in den Geltungsbereich der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG, weshalb einen Rechtfertigungsgrund besitze, wer in Erfüllung religiöser Gebote das Schächtverbot missachte.<sup>66</sup> 1986 wurde das Tierschutzgesetz revidiert und ein § 4a aufgenommen, der das Schlachten warmblütiger Tiere nur nach vorgängiger Betäubung erlaubt. Abs. 2 sieht vor, dass eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, um „den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften (...) zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft (...) den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen“. Man möchte meinen, damit sei die Rückkehr zur grosszügigeren Rechtslage vor dem Zweiten Weltkrieg wiederhergestellt worden. Das Gegenteil ist der Fall: Mit verschiedenen Begründungen haben die Gerichte diese Bestimmung eng ausgelegt.

Die Verwaltungsgerichte Gelsenkirchen und Koblenz kamen zum Schluss, das Gebot der Betäubungslosigkeit der Schlachttiere beim Schächten entspreche nicht mehr allgemeingültigen zwingenden Religionsvorschriften. Sie stützten sich dabei auf entsprechende Aussagen islamischer Würdenträger und auf eine Berliner Praxis, wonach die Schlachttiere mittels Elektroschock kurzzeitig betäubt werden.<sup>67</sup> Grundsätzlicher ging das Oberverwaltungsgericht Hamburg<sup>68</sup> das Problem an. Die Klägerin hatte erfolglos eine Ausnahmegewilligung für das betäubungslose Schlachten beantragt, um in der Kantine einer Moschee entsprechende Fleischwaren anbieten zu können. Das Gericht betonte, dass Art. 4 GG alle Äusserungen des religiösen oder weltanschaulichen Lebens schütze, wobei für die Beantwortung der Frage, was im Einzelnen darunter falle, das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften zu berücksichtigen sei. § 4a TierSchG sehe u.a. eine Ausnahme für Personen vor, denen der Verzehr von Fleisch ungeschächteter Tiere verboten sei. Im konkreten Fall stehe bloss die Gewinnung eines einwandfreien – aber verzichtbaren – Lebensmittels zur Diskussion; für die betroffenen Moslems sei der Verzehr von geschächtetem Fleisch nicht Teil der Religionsausübung. Der sachliche Geltungsbereich der Religionsfreiheit sei damit gar nicht berührt. Die Gläubigen würden durch das Gesetz nicht unmittelbar gehindert, das Verbot einzuhalten; vielmehr müssten sie auf den Fleischkonsum verzichten oder geschächtetes Fleisch importieren. Beides erscheine angesichts der Bedeutung des Tierschutzes nicht unverhältnismässig.

<sup>66</sup>Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 19.3.1979, zusammengefasst und besprochen bei Thomas Kuhl/Peter Unruh, S. 96; Amtsgericht Balingen Urteil v. 14.1.1981 – 1 OWi 291/80, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, S. 1006f: Das islamischem Ritus entsprechende vorschriftsmässige Schlachten der Opfertiere – das Schächten – ist Bestandteil der durch Art. 4 I, II GG gewährleisteten freien Religionsausübung, so dass das religiös gebotene Schlachten durch den Rechtfertigungsgrund der rechtfertigenden Pflichtenkollision gedeckt ist.

<sup>67</sup>Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Urteil vom 25.5.1992, 7K 5738/91, abgedruckt in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBL) 3/1993, S. 116f; Verwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 16.3.1993, 2K 1874/92, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 615ff.

<sup>68</sup>OVG Hamburg, Urteil v. 14.9.1992 – Bf III 42/90, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 592ff.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht bestätigte das Urteil 1995 ausdrücklich nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung.<sup>69</sup> Es betonte überdies, dass eine individuelle Überzeugung über den zwingenden Charakter von Schächtvorschriften irrelevant sei, solange sie nicht von einer abgrenzbaren Glaubensgemeinschaft – hier der sunnitische Zweig des Islam – geteilt werde. Das Gericht kam zum Schluss, die Religionsfreiheit sei nicht tangiert, „wenn die religiöse Überzeugung dem Betroffenen lediglich den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere verbietet“.<sup>70</sup> Das Verbot des betäubungslosen Schächtens hindere die Betroffenen nicht an einer Lebensweise im Einklang mit ihren religiösen Geboten, da niemand gezwungen werde, Fleisch nicht geschächteter Tiere zu verzehren; vielmehr stelle das Verbot lediglich eine Erschwernis in der Gestaltung des Speiseplans dar. Eine Ausnahmegenehmigung sei nach der gesetzlichen Regelung allenfalls zu gewähren, wenn eine Religionsgemeinschaft den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersage; solche zwingenden Vorschriften gebe es aber in diesem Fall gemäss der Meinung wichtiger Vertreter des Islam nicht, und die individuelle Überzeugung der Betroffenen sei nicht ausschlaggebend.

Eine grosszügige Haltung nimmt demgegenüber der *österreichische* Verfassungsgerichtshof ein. In einem Urteil vom 17. Dezember 1998 kam er zum Schluss, das Schächtverbot des Tierschutzgesetzes verletze die Glaubens- und Gewissensfreiheit des österreichischen Verfassungsrechts und der EMRK. Das Schächten falle „als religiöser Brauch und damit als Teil der Religionsausübung“ in den Schutzbereich dieser Rechte.<sup>71</sup> Daran ändere nichts, dass es innerhalb des Islam Strömungen gebe, welche die Schlachtung betäubter Tiere zulassen würden. Allein entscheidend sei, „dass es sich nicht bloss um eine von einer Einzelperson behauptete oder vorgeschobene, sondern um die tatsächliche Übung eines bestimmten Glaubens oder eines Bekenntnisses handelt“.<sup>72</sup> Weil das Schächten, wie seine Zulassung in anderen Staaten und in der (hier bereits erwähnten) EU-Richtlinie zeige, nicht eine „für das Funktionieren des Zusammenlebens der Menschen im Staat“ wesentliche Regelung darstelle<sup>73</sup> und auch nicht gegen die guten Sitten verstosse<sup>74</sup>, erweise sich das Verbot als unzulässig.

### *b) Beurteilung*

Diesen Urteilen, welche im Endeffekt die gesetzlichen Ausnahmen vom Schächtverbot weitestgehend abgeschafft haben, liegt strukturell ein einfacher Konflikt zwischen (öffentlichen) Tierschutzinteressen und dem (grundrechtlich gesehen privaten) Interesse von Juden oder Moslems an der Ausübung einer religiös gebotenen Tradition zugrunde. Die Entscheide deutscher Gerichte stiessen teilweise auf Zustimmung,<sup>75</sup> teilweise wurden sie heftig kritisiert.<sup>76</sup> Wie sind sie zu beurteilen?

<sup>69</sup>BVerwGE 99,1 (1995), auch abgedruckt in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1996, S. 61f.

<sup>70</sup>BVerwGE 99,1 (1995), S. 7.

<sup>71</sup>Urteil des VfGH vom 17. Dezember 1998, Geschäftszahl B3028/97.

<sup>72</sup>A.g.l.O., Ziff. 2.3.

<sup>73</sup>Ziff. 2.6.2.

<sup>74</sup>Ziff. 2.8.

<sup>75</sup>Klaus Brandhuber, Die Problematik des Schächtens im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 561ff; zustimmend im Ergebnis, nicht aber der Begründung Matthias Mayer, Religionsfreiheit und Schächtverbot, NVwZ 1997, S. 561ff.

Zunächst sind alle Versuche zurückzuweisen, die Religionsfreiheit auf einen eigentlichen Kernbereich zu begrenzen, also nur Verhalten zu schützen, das einen ‚engen‘ Bezug zur Religion hat, und diesen Bezug beim Fleischgenuss zu verneinen.<sup>77</sup> Dies widerspricht der Grundhaltung der herrschenden Praxis und Doktrin, den Begriff der Religionsfreiheit weit zu fassen und jene Lebensweisen in den Schutzbereich einzuschliessen, die auf einer direkten religiösen Motivation beruhen:<sup>78</sup> Juden wie Muslime können für das Schächten eine Grundlage in zentralen religiösen Texten<sup>79</sup> anführen. Versuche, das Problem der Grundrechtsrelevanz einfach ‚wegzudefinieren‘, verkennen, dass das Schächten Ausdruck einer religiös geprägten Lebensführung darstellt.<sup>80</sup> Schächten soll weder dem Lebensgenuss dienen, noch dazu, Tiere zu quälen; vielmehr verstehen es die Betroffenen als rituellen Vorgang, welcher dem Akt der Speisezubereitung eine spirituelle Bedeutung zukommen lassen soll.

Bedenklich stimmt es, wenn Gerichte bei widersprüchlichen Aussagen über die religiöse Verbindlichkeit des Schächtverbotes als Schiedsrichter zwischen liberalen und orthodoxen Vertretern einer Religion auftreten. Dies widerspricht in grundsätzlicher Weise dem Gebot der weltanschaulichen Neutralität des Staates, der nur prüfen kann, ob eine Glaubensauffassung ernsthaft und gelebt ist, aber nicht entscheiden darf, wer die richtige Lehre vertritt.<sup>81</sup> An den deutschen Urteilen wurde in diesem Sinn bemängelt, angesichts der Pluralität der Ideen unter den Anhängern des Islam über die Zulässigkeit einer kurzzeitigen Betäubung vor dem Schlachten hätte das Neutralitätsgebot verlangt, die Ansicht der Kläger zu akzeptieren, statt zum Schluss zu kommen, diese Meinungsverschiedenheiten zeigten, dass das Schächtgebot nicht mehr eine zwingende Vorschrift des Islam sei.<sup>82</sup> Diese Kritik ist richtig, denn die Religionsfreiheit bezweckt gerade auch den Schutz von Minderheitsanliegen und abweichenden Meinungen bei Konflikten innerhalb von Kulturen.

Aus all diesen Gründen untersteht das Schächten dem Schutz der Religionsfreiheit. Eine andere Frage ist, ob aufgrund der involvierten öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit gemäss schweizerischem oder verfassungsimmanenten Schranken gemäss deutschem

<sup>76</sup>Hans-Georg Kluge, Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächtens, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1992, S. 141ff, kritisiert, es gehe zu weit, religiös als Pflicht vorgeschriebenem Schächten den vorbehaltlosen Schutz der Religionsfreiheit zu gewähren. In diesem Fall habe das ethische Postulat des Tierschutzes als „Ausfluss eines an die moralischen Anschauungen der Bevölkerung anknüpfenden Sittengesetzes“ Vorrang zu geniessen (S. 146). Für Kuhl/Unruh, Tierschutz, S. 94ff, und dies., Religionsfreiheit versus Tierschutz – Anmerkungen zum Schächten, in: Die öffentliche Verwaltung (DöV) 1994, S. 644ff, ist das Urteil zu restriktiv. Bayer, S. 198ff, bezeichnet das Befolgen von Speisevorschriften als geschützten Ausdruck religiösen Lebens, bejaht aber, dass der Tierschutz eine zulässige Schranke der Freiheitsausübung darstelle.

<sup>77</sup>Diese Tendenz wird in der Bundesrepublik sicher verstärkt durch die Tatsache, dass die Glaubensfreiheit in Art. 4 zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten gehört und die Begründung verfassungsimmanenter Schranken in diesem Bereich schwierig ist (kritisch zu solchen Begründungen Bayer, S. 202ff).

<sup>78</sup>Vorne im 3. Kapitel, S. 114ff.

<sup>79</sup>Genesis 9 Vers 4, Deuteronomium 12 Vers 21 und die darauf gestützte jüdische Gesetzgebung in Thora und Talmud bzw. die islamische Gesetzgebung in Koran (z.B. 2. Sure, Verse 168f; 5. Sure, Verse 3 und 4) und Hadith.

<sup>80</sup>Kuhl/Unruh, Religionsfreiheit, S. 646.

<sup>81</sup>Dazu vorne im 3. Kapitel, S. 117f.

<sup>82</sup>M. Mayer, S. 561. Vgl. auch Kuhl/Unruh, Religionsfreiheit, S. 98 und 101. Zur Frage, ob und in welchem Ausmass Gerichte den Inhalt von Glaubenslehren überprüfen sollen, siehe vorne S. 112ff.

Recht ein absolutes bzw. sehr weitgehendes Schächtverbot gerechtfertigt werden kann.<sup>83</sup> Ohne Zweifel stellt der Tierschutz ein hochwertiges Anliegen dar, welches auch verfassungsrechtliche Anerkennung gefunden hat.<sup>84</sup> Es ist aber fraglich, ob dieses Argument allein für ein Verdrängen der Religionsfreiheit genügt. Eine Bezugnahme auf Rechte Dritter als Grundrechtsschranke liesse sich nur rechtfertigen, wenn Tiere als Rechtssubjekte anerkannt würden; davon sind wir aber (noch) weit entfernt. In Deutschland ist auf das Sittengesetz und das Menschenwürdegebot verwiesen worden, weil der Mensch, der Tierquälerei begeht, sich selbst entwürdigt.<sup>85</sup> Dies würde der Menschenrechtsschranke der öffentlichen Moral entsprechen, wie sie in Art. 9 EMRK und Art. 18 Abs. 2 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte enthalten ist. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass tatsächlich ein Konsens über die Sittenwidrigkeit des Schächtens aus religiösen Gründen besteht. Ein solcher fehlt aber angesichts der Tatsache, dass die meisten westlichen Verfassungsstaaten<sup>86</sup> Ausnahmen für das Judentum und den Islam kennen und grosszügig handhaben. Noch weniger Verständnis für ein absolutes Schächtverbot ist auf der universellen Ebene zu finden.<sup>87</sup> Auf einen bloss lokalen Konsens über den Inhalt von Moral und Sittlichkeit abzustellen, dürfte gerade beim Schächten problematisch sein, weil so unterschiedliche Motive wie echtes Einfühlen in die Leiden des Tieres, Fremdenfeindlichkeit und krasser Antisemitismus das Verbot tragen.

Damit bleibt das Argument der Tierquälerei: Bis heute ist wissenschaftlich umstritten, ob fachgerecht ausgeführtes Schächten dem Tier unnötiges Leiden zufügt oder ob der plötzliche Blutdruckabfall, welcher durch den Halsschnitt verursacht wird, das Tier sofort schmerzempfindlich macht. Mit dieser Fragestellung müssen sich die Gerichte im Rahmen einer Güterabwägung auseinandersetzen.<sup>88</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Schächtverbote eindeutig die Wirkung einer Ausgrenzungsmassnahme haben: Den betroffenen Minderheiten wird signalisiert, dass ihre Traditionen letztlich barbarisch und unzivilisiert sind, weshalb der Staat mit Verboten eingreifen

<sup>83</sup>Zur Diskussion in Deutschland siehe den umfassenden Überblick bei Bayer, S. 199ff, mit umfassenden Hinweisen auf die Literatur.

<sup>84</sup>Art. 25<sup>bis</sup> aBV, Art. 80 nBV, Art. 20a GG.

<sup>85</sup>Hinweise bei Bayer, S. 201.

<sup>86</sup>Bei den Ländern mit Schächtverboten auch für jüdische und muslimische Glaubensangehörige handelt es sich um den germanisch geprägten Kulturkreis der deutschsprachigen und skandinavischen Länder; oben bei Anm. 52.

<sup>87</sup>Illustrativ der israelische Menschenrechtsexperte Yoram Dinstein, Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities, in: Yoram Dinstein/Mala Tabory (eds.): The Protection of Minorities and Human Rights, Dordrecht/Boston/London 1992, S. 152, der das schweizerische Schächtverbot nur mit der „spurious perception“ (geheuchelten Auffassung) erklären kann, dass Schächten Tierquälerei sei. Soweit ersichtlich, hat der UN-Menschenrechtsausschuss bisher nie zum Thema Schächten Stellung genommen.

<sup>88</sup>Poulter, Ethnicity, S. 138f mit Hinweisen. Poulter, welcher die entsprechenden wissenschaftlichen Untersuchungen zusammenfasst, verweist auf der einen Seite auf eine Studie von W. Schulze für die deutsche Bundesregierung, wonach gemäss EEG-Aufzeichnungen und wegen des Fehlens abwehrender Bewegungen des Tieres Schmerzfreiheit angenommen werden könne; auf der anderen Seite hätten Untersuchungen gezeigt, dass die Hirnströme betäubter und geschächteter Tiere unterschiedlich seien. In der britischen Diskussion ist in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen worden, dass die Schlachtmethode in ordentlichen Schlachthäusern für die Tiere durchaus nicht angst- und schmerzfrei seien und Untersuchungen gezeigt hätten, dass Tiere in der Eile oft ungenügend betäubt würden. Angesichts all dieser Unsicherheiten ist m.E. der Nachweis nicht geführt worden, dass sachgerecht durchgeführtes Schächten eine Form von Tierquälerei ist, deren Verhinderung einen Eingriff in die Religionsfreiheit rechtfertigt.

muss. Die Vertreter der Politik der Anerkennung haben eindrücklich gezeigt, wie solche Abwertung zu Marginalisierung führt.<sup>89</sup> Damit zeigt sich, dass die Position des schweizerischen Bundesrates im vergangenen Jahrhundert<sup>90</sup> immer noch erstaunlich aktuell ist: Grundsätzlich ist es zulässig, das Schlachten unbetäubter Tiere zu verbieten. Für Menschen, deren Religion das Schächten vorschreibt, sind aber Ausnahmen vorzusehen. Dabei erlaubt das Verhältnismässigkeitsprinzip, hohe Anforderungen an die Ausbildung und Überwachung der Schlächter zu stellen und für die Vorbereitung der Schlachtung Auflagen zu machen, welche dem Tier Angst und Schmerzen möglichst ersparen.<sup>91</sup> Ein vollständiges Verbot, bzw. eine enge Auslegung von Ausnahmeklauseln, die einem Verbot praktisch gleichkommt, verletzt hingegen die Religionsfreiheit.

### III. DIE EHEFREIHEIT UND IHRE GRENZEN

#### 1. INHALT

Das Recht auf Eheschliessung betrifft einen fundamentalen Bereich menschlicher Freiheit, der in vielen Verfassungen geschützt ist. In der *Schweiz* ist die Ehefreiheit explizit in der Verfassung verankert (Art. 54 aBV/Art. 14 nBV), in *Deutschland* und anderen Staaten<sup>92</sup> steht die Ehe „unter dem besonderen Schutze“ des Staates (Art. 6 Abs. 1 GG). In den *USA* wird die Freiheit der Eheschliessung aus dem Recht auf Schutz der Privatsphäre (privacy<sup>93</sup>) abgeleitet und gegen alle staatlichen Eingriffe geschützt, die nicht auf zwingenden staatlichen Interessen beruhen.<sup>94</sup> Art. 12 EMRK gewährt allen Männern und Frauen „mit Erreichung des heiratsfähigen Alters“ das Recht, „eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen (...) gemäss den einschlägigen nationalen Gesetzen“. Die nationale Gesetzgebung kann Eheverbote vorsehen, falls diese „auf allgemein anerkannte Gründe des öffentlichen Interesses gestützt“ sind.<sup>95</sup> De-

<sup>89</sup>Dazu ausführlich vorne im 1. Kapitel, S. 50ff.

<sup>90</sup>Vorne bei Anm. 57.

<sup>91</sup>Zu diesen Fragen enthält z.B. die französische Gesetzgebung detaillierte Bestimmungen in Art. 8 – 11 des Décret n° 80-791 du 1<sup>er</sup> octobre 1980 pris pour l'application de l'article 276 du Code rural und Art. 1 – 2 des Décret n° 81-606 du 18 mai 1981 modifiant le décret n° 80-791 du 1<sup>er</sup> octobre 1980 pris pour l'application de l'article 276 du Code rural pris pour l'application de l'article 276 du Code rural, beide abgedruckt in: Haut Conseil à l'intégration, Conditions juridiques et culturelles de l'intégration, Rapport au Premier ministre, mars 1992, Paris 1992, S. 169ff. Art. 1 Abs. 1 des décret n° 81-606 du 18 mai 1981 z.B. bestimmt, dass nur Schlächter rituelle Schlachtungen vornehmen dürfen, welche von ihrer religiösen Gemeinschaften dazu ermächtigt worden sind und zudem die Zustimmung des Landwirtschaftsministeriums erhalten haben.

<sup>92</sup>Z.B. Art. 41 Abs. 3 der irischen Verfassung vom 1. Juli 1937 und Art. 21 Abs. 1 der griechischen Verfassung vom 9. Juni 1975.

<sup>93</sup>Dieses Recht ist seinerseits aus verschiedenen Verfassungsartikeln, vor allem den due process-Klauseln des 5. und 14. Amendment, abgeleitet; siehe dazu bei Tribe, S. 1308ff.

<sup>94</sup>Siehe dazu Ronald Rotunda/John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. 3, St. Paul 1992, S. 306f. Der strenge Prüfungsmaßstab („strict scrutiny“) der „compelling interests“ macht Beschränkungen des Rechts nur in Ausnahmefällen möglich.

<sup>95</sup>So die Zusammenfassung der Praxis der Menschenrechtskommission bei Frowein/Peukert, S. 422f. Die Kommission verneinte das Vorliegen solcher öffentlicher Interessen im Fall eines britischen Verbotes für Strafgefangene, während der Dauer des Strafvollzuges zu heiraten: Beschwerden Nr. 7114/75, Hamer v. GB, DR 24, 14 Ziff. 62 und Nr. 8186/78, Draper v. GB, DR 24, 72. Ein solches öffentliches Interesse wurde auch im Fall F. gegen die Schweiz, Urteil des Gerichtshofes für Menschenrechte vom 18.12.1987, Nr. 21/1986/119/168, Serie



taillierter ist die Regelung in Art. 23 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte, welche nicht nur das Recht von Mann und Frau verankert, „im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen“, sondern in Abs. 2 auch bestimmt, dass eine Ehe „nur im freien und vollen Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden“ darf. Obwohl Art. 23 die nationale Gesetzgebung nicht vorbehält, wird auch hier die Zulässigkeit üblicher Ehehindernisse anerkannt.<sup>96</sup>

Im Migrationskontext sind neben der Anerkennung rein religiöser Eheschlüsse, fremdartiger Eheverbote (z.B. Ehehindernis der Kastenunterschiede) sowie einseitig für Frauen geltender Scheidungsverbote insbesondere drei Probleme akut geworden, nämlich die Frage nach der Zulässigkeit und Behandlung polygamer Ehen, die Problematik von Zwangsheiraten und Fälle der Verheiratung von Mädchen im Kindesalter.

## 2. POLYGAMIEVERBOT

### a) Die Praxis im 19. Jahrhundert

Die Frage, wie der Staat mit polygamen Ehen umgehen soll, hat sich bereits im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit den *Mormonen* gestellt. In der *Schweiz* versagte der Bundesrat den Mormonen wegen der von ihnen damals praktizierten und propagierten Polygamie den Schutz der Religionsfreiheit.<sup>97</sup> Anlass zu dieser Entscheidung war die Bestrafung von J.V. Loosli von Wyssachengraben wegen Vergehens gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit durch ein aargauisches Gericht. Der schweizerisch-amerikanische Doppelbürger Loosli hatte einen Vortrag über die Mormonen gehalten und dafür den Schutz religiöser Handlungen gemäss Art. 49 und 50 aBV beansprucht. Das erstinstanzliche Gericht hatte entschieden, „dass die Propaganda für den Mormonismus als ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit auf Grund von § 1 des aarg[auischen] Zuchtpolizeiges[etzes] zu bestrafen sei, weil die Vielweiberei einen Bestandteil der Lehre der Mormonen bilde, durch § 76 des aarg. Strafges[etzes] aber die mehrfache Ehe als ein Verbrechen mit Zuchthausstrafe bedroht werde und die Bevölkerung aller christlichen Staaten die Vielweiberei als eine im hohen Grade unsittliche Institution betrachte. Wer dem Mormonismus Anhänger gewinne, werbe somit für eine unsittliche Genossenschaft Mitglieder an“.<sup>98</sup> Der Bundesrat schloss sich dieser Auffassung an<sup>99</sup> und kam zum Schluss, vor allem wegen der Polygamie könne der Mormonismus nicht in den Genuss des Schutzes der Glaubens- und Gewissensfreiheit kommen, denn: „Die Lehre der Mormonen steht in einem wesentlichen Punkte mit dem in unserem Lande herrschenden

A 128,16, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1993, S. 130 und insb. 131ff, in Hinblick auf ein dreijähriges Heiratsverbot als Sanktion nach der dritten Scheidung verneint.

<sup>96</sup>Nowak, CCPR Commentary, S. 409f, Rz 19-21.

<sup>97</sup>BBl. 1887 IV 175, 1888 II 798; Salis, No. 685, S. 297ff.

<sup>98</sup>Zusammenfassung des Urteils im bundesrätlichen Entscheid; zitiert nach Salis, S. 299.

<sup>99</sup>Im Entscheid wies der Bundesrat u.a. darauf hin, dass gemäss Informationen des schweizerischen Konsulats in San Francisco nach Utah ausgewanderte Schweizer dort in bitterster Armut leben würden, nachdem man ihnen alles Hab und Gut abgenommen habe. Die Mormonen lehnten damals alle kapitalistischen Konzepte ab und hatten in Utah eine kommunalistische Theokratie errichtet; siehe Jill Norgren/Serena Nanda, *American Cultural Pluralism and Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Westport/London 1996, S. 98f.

Begriffe der Sittlichkeit im Widerspruch und widerstreitet der öffentlichen Ordnung unseres Staates“.<sup>100</sup>

Wie ging der *amerikanische Supreme Court* mit den Mormonen um? In *Reynolds v. United States*<sup>101</sup> stand die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes zur Diskussion, das die Polygamie verbot. Chief Justice Waite stellte in seiner Urteilsbegründung zuerst klar, dass das Verbot nicht Glaubensüberzeugungen, sondern bloss Handlungen beschränke. Es stelle sich aber die Frage, ob sich jemand auf seinen Glauben berufen könne, um der Bestrafung für den Bruch eines Gesetzes zu entgehen, das gültig erlassen worden sei. Der Kongress dürfe den Bereich der religiösen Auffassungen nicht regeln, er habe aber das Recht, Handlungen zu verbieten, welche im Gegensatz zu den grundlegenden sozialen Verpflichtungen des Individuums stünden.<sup>102</sup> Polygamie sei von den westlichen Zivilisationen immer abgelehnt worden und beschränke sich auf asiatische und afrikanische Gesellschaften; deshalb könne nicht angenommen werden, die Verfassung hätte Polygamie erlauben wollen. White fügte mit dem Hinweis darauf, dass die Familie die Grundlage jedes Staatswesens bilde und die Familienform deshalb die Regierungsart mitbestimme, ein staatspolitisches Argument an: Polygamie führe zum Patriarchat und dieses zu einem starren Despotismus, der in monogamen Gesellschaften nicht bestehen bleiben könne. Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes für Angehörige bestimmter religiöser Gemeinschaften seien nicht zu tolerieren, weil sonst jeder Bürger sein Gesetz für sich selbst bestimmen könnte. Das Urteil ist interessant, weil das 1. Amendment zur Verfassung der USA die strikte Trennung von Staat und Kirche verankert und mit der sog. Establishment-Clause<sup>103</sup> nicht nur dem Gesetzgeber, sondern auch dem Richter verbietet, eine spezifische Glaubensrichtung gegenüber einer anderen zu bevorzugen. Chief Justice White konnte deshalb nicht mit dem christlichen Charakter der amerikanischen Gesellschaft argumentieren. Seine naturrechtlichen Hinweise, die er statt dessen verwendete, überzeugen allerdings nur wenig, weil, wie er selbst betont, die Monogamie eine europäische, nicht aber asiatische und afrikanische Tradition ist. Gewichtig war somit der Hinweis auf die Identität der USA als demokratisches Gemeinwesen. In einem zehn Jahre später ergangenen Urteil zur Beurteilung der Polygamie stellte der Supreme Court zusätzlich auf die gesellschaftlich schädlichen Auswirkungen der Polygamie ab.<sup>104</sup>

<sup>100</sup>Entscheid des Bundesrates, zitiert nach Salis, S. 300. Der Bundesrat argumentierte damit im Kern mit der Identität der schweizerischen Gesellschaft. Darin liegt die tiefere Begründung für die im Vergleich zur Heilsarmee (vorne S. 165f) unterschiedliche Behandlung. Die Heilsarmee, welcher der christliche Gehalt ihrer Lehre nie abgesprochen wurde, stiess wegen der *Form* ihrer Verkündung auf Ablehnung. Demgegenüber stellte der *Inhalt* der Lehre der Mormonen, die sich selbst als Christen verstehen, grundlegende Werte der Mehrheit christlich geprägter Kulturen in Frage. Die Kulturdifferenz war bei den Mormonen unvergleichlich grösser als bei der Heilsarmee.

<sup>101</sup>98 U.S. 146 (1879), auszugsweise abgedruckt bei Norgren/Nanda, S. 101ff.

<sup>102</sup>Waite zitierte in diesem Zusammenhang die Auffassung Thomas Jefferson's, wonach der Mensch zwar angeborene Rechte habe, aber „no natural right in opposition to his social duties“.

<sup>103</sup>“Congress shall make no law respecting an establishment of religion (...)“

<sup>104</sup>Justice Field in *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1889), abgedruckt bei Norgren/Nanda, S. 104f: Bigamie und Polygamie „tend to destroy the purity of the marriage relation, to disturb the peace of families, to degrade women and to debase man.“ Im Urteil schützte das Gericht ein Gesetz des Staates Idaho, welches von Wählern einen Eid verlangte, dass sie nicht in Bi- oder Polygamie leben würden.

Da sich die Anti-Polygamie-Gesetze in Utah nicht durchsetzen liessen, sah sich der amerikanische Kongress 1887 veranlasst, gegen die Mormonen drastischere Massnahmen zu ergreifen: Die Charta der Kirche der Heiligen der Letzten Tage wurde gesetzlich aufgehoben und ihr Vermögen beschlagnahmt. In *Romney v. United States*<sup>105</sup> schützte das Gericht auch dieses Gesetz. Die Polygamie wurde darin als „Verbrechen gegen die Gesetze und abscheulich für die Empfindungen und Gefühle der zivilisierten Welt“ sowie als „Rückfall in die Barbarei“ bezeichnet, welcher dem Geist des Christentums, der die westlichen Zivilisationen geschaffen habe, klar widerspreche. Die religiöse Freiheit gehe nicht soweit, dass sie auch Aktivitäten schütze, die dem aufgeklärten Empfinden der Menschheit widerspreche. Die Mormonen passeten in der Folge ihre Lehre an und integrierten sich im Laufe der Zeit in die amerikanische Kultur.<sup>106</sup> In jüngster Zeit haben allerdings Fälle von Polygamie in der mormonischen Oberschicht Utahs wiederum für Aufsehen gesorgt; offenbar wird das generelle Polygamie-Verbot heute kaum mehr durchgesetzt.<sup>107</sup>

### *b) Aktuelle Situation*

Heute ist die polygame (eigentlich polygyne) Eheform am stärksten in islamischen Ländern Afrikas, Asiens und des Nahen Ostens verbreitet; sie wird aber auch von Angehörigen anderer Religionen und Ethnien praktiziert, beispielsweise von den Aboriginies in Australien.<sup>108</sup>

Das Verbot, im eigenen Staatsgebiet polygame Ehen zu schliessen,<sup>109</sup> wie sie vor allem im islamischen Recht<sup>110</sup> erlaubt sind, gehört in westlichen Staaten auch heute noch zum *ordre public*<sup>111</sup> und wird streng gehandhabt.<sup>112</sup> Dies verstösst, wie die Lehre allgemein anerkennt, nicht gegen die Ehefreiheit gemäss Art. 12 EMRK<sup>113</sup> und Art. 23 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte.<sup>114</sup> In der Vergangenheit wurde diese restriktive Praxis immer

<sup>105</sup>*Romney v. United States*, 136 U.S. 1 (1889).

<sup>106</sup>*Romney v. United States*, 136 U.S. 1 (1889), S. 50.

<sup>107</sup>Neue Zürcher Zeitung, 18.08.1998, Nr. 189, S. 16.

<sup>108</sup>Patrick Parkinson, *Multiculturalism and the Regulation of Marital Status in Australia*, in: Nigel Lowe/Gillian Douglas, *Families Across Frontiers*, The Hague/Boston/London 1996, S. 311.

<sup>109</sup>Z.B. Art. 120 Ziff. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches und Art. 215 des schweizerischen Strafgesetzbuches; für Frankreich siehe Françoise Monéger, *Les musulmans devant le juge français*, in: *Journal de Droit International* 2/1994, S. 364f; Bourdelois, S. 181.

<sup>110</sup>Allerdings haben verschiedene Staaten mit islamischer Mehrheitsbevölkerung die Polygamie verboten, z.B. Tunesien und die Türkei, vgl. Stichwort Polygamie in: *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, 7/1996, S. 1399. Zu den unterschiedlichen Arten polygamer Verbindungen und ihren kulturellen Hintergründen siehe die umfassende Studie von Peter Bretschneider, *Polygyny: A Cross-Cultural Study*, Uppsala Studies in Cultural Anthropology 20, Uppsala 1995.

<sup>111</sup>Z.B. Louis-Augustin Barrière, *La reconnaissance restreinte d'unions polygamiques*, in: Rubellin-Devichi, Jacqueline (ed.): *Droit de la famille*, Paris 1996, S. 30, Rz 77, und Anne Bourrat, *Les sanctions de conditions de formation du mariage*, in: Rubellin-Devichi, Jacqueline (ed.): *Droit de la famille*, Paris 1996, S. 65, Rz 179, mit Hinweisen auf die französische Praxis. Diese Auffassung wird von Bourdelois, S. 184f, kritisiert.

<sup>112</sup>In Australien werden die von den eingeborenen Aboriginies im Inland geschlossenen polygamen Ehen nicht vollständig anerkannt, die Eheschlüsse entfalten aber in der Praxis gewisse rechtliche Wirkungen; siehe Parkinson, S. 312.

<sup>113</sup>Pieter van Dijk/Godefridus van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 3<sup>rd</sup> ed., The Hague/London/Boston 1998, S. 604f; Frowein/Peukert, S. 422; Martina Palm-Risse, *Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin 1990, S. 159f; vgl. auch den Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission im Fall *Rabia Bibi*, unten Anm. 128.

<sup>114</sup>Nowak, *CCPR Commentary*, S. 410 Rz 20.

wieder mit der Unvereinbarkeit polygamer Lebensverbindungen mit der christlichen Tradition begründet. Wie POULTER zu Recht ausführt, hat dieses Argument durch die starke Säkularisierung in den westlichen Industrienationen, in denen (gemessen an den hohen Scheidungsraten) im Grunde genommen *sukzessive* statt simultane Partnervielfalt praktiziert wird, einiges an Überzeugungskraft verloren.<sup>115</sup>

Mit wenigen Ausnahmen polyandrischer Kulturen ist es in den polygamen Gesellschaften nur den Männern erlaubt, mehrere Partnerinnen gleichzeitig zu wählen und damit alleine über die Ausgestaltung des Familienlebens zu entscheiden – auch gegen den Willen der ersten Ehefrau, die sich unter Umständen nach dem Recht ihres Heimatlandes nicht scheiden lassen kann. Diese Ungleichbehandlung ist mit westlichen Vorstellungen der Geschlechtergleichstellung nicht vereinbar. Während die Männer in der Regel aus freien Stücken polygame Verbindungen eingehen, ist die Mehrehe für Frauen häufig die unausweichliche Folge ihrer sozialen Benachteiligung.<sup>116</sup> Insofern erscheint die Durchsetzung des Polygamieverbotes grundrechtlich zulässig oder gar geboten.

Praktisch bedeutsamer ist die Frage, wie polygame Ehen zu behandeln sind, die *im Ausland* geschlossen worden sind. Dies ist primär eine Frage des internationalen Privatrechts, nicht des Verfassungsrechts. Dabei zeigt sich in den westlichen Verfassungsstaaten eine erstaunlich grosse Offenheit gegenüber dieser Eheform. In der Schweiz werden solche Ehen gestützt auf Art. 45 IPRG<sup>117</sup> zivilrechtlich als gültig anerkannt, d.h. hier greift der Vorbehalt des *ordre public* nicht. Gleiches gilt z.B. auch für Deutschland,<sup>118</sup> für Frankreich,<sup>119</sup> wo die Zahl polygamer Ehen Mitte der 90er Jahre auf mindestens 3500<sup>120</sup> und maximal mehr als 10'000<sup>121</sup> geschätzt wurde, oder für Australien.<sup>122</sup>

<sup>115</sup>Poulter, English Law, S. 45f.

<sup>116</sup>Edwige Rude-Antoine, Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume, Paris 1997, S. 197 und S. 208f.

<sup>117</sup>Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (IPRG, SR 291) lautet: „Eine im Ausland geschlossene Ehe wird in der Schweiz anerkannt.“ Siehe dazu etwa Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, St. Gallen 1997, Rz 123, Andreas Bucher, Droit international privé suisse, Tome II, Basel 1992, S. 139f.

<sup>118</sup>Wen-Chao Liu, Zur international-privatrechtlichen Problematik der Eheschliessung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland und die Anerkennung von Privatscheidungen, Regensburg 1986, S. 71f; Christian von Bar, Internationales Privatrecht, Besonderer Teil/2. Band, München 1991, S. 97, führt aus, dass im Ausland geschlossene polygame Ehen in Deutschland anerkannt werden, wenn das Heimatrecht beider Eheleute die Polygamie erlaubt (Art. 13 EG zum BGB). Polygame Eheschlüsse im Inland sind jedoch mit dem deutschen *ordre public* unvereinbar (Art. 6 EG zum BGB).

<sup>119</sup>Allgemein zum internationalen Privatrecht in Frankreich siehe Bernard Audit, Droit international privé, 2e ed., Paris 1997, S. 527 sowie Monéger, S. 365; Barrière, S. 32, Rz 85 und S. 34ff, Rz 90. In Frankreich kann beispielsweise auch die zweite Ehefrau Unterhaltsbeiträge einklagen, und beide Ehefrauen können erbrechtliche Ansprüche geltend machen. Betreffend die konkreten Wirkungen einer polygamen Ehe siehe Bourrat, S. 65, Rz 179, mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis, sowie Basdevant-Gaudemet, S. 381, die festhält, dass die politischen Behörden und die Gerichte bemüht seien, die Wirkungen polygamer Ehen in Frankreich zu begrenzen, beispielsweise hinsichtlich der Entrichtung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen oder der Einbürgerung der zweiten Ehefrau.

<sup>120</sup>Basdevant-Gaudemet, S. 381.

<sup>121</sup>Michèle Tribalat, De l'immigration à l'assimilation, Paris 1996, S. 261, nennt als Schätzung ca. 8'000 Haushalte mit einem Schwerpunkt bei Angehörigen des westafrikanischen Volks der Mandé (Mali und

Anders sieht es bei der praktisch hoch relevanten Frage aus, ob bei polygamen Ehen beiden Ehefrauen der Familiennachzug erlaubt werden soll. In England,<sup>123</sup> Frankreich<sup>124</sup> und in anderen Ländern<sup>125</sup> sieht die Ausländergesetzgebung vor, dass nur einer Ehefrau Einreise bzw. Aufenthalt erlaubt wird. In der Schweiz gilt gemäss der Praxis der Fremdenpolizeibehörden das Gleiche.<sup>126</sup> In Frankreich hat der Conseil constitutionnel festgestellt, dass diese Regelung verfassungskonform ist.<sup>127</sup>

Die Regelung, nur einer Ehefrau den Nachzug zu erlauben, wurde von der europäischen Menschenrechtskommission 1992 in einer gegen Grossbritannien gerichteten Beschwerde als EMRK-konform eingestuft. Die Kommission bezeichnete zwar die Verweigerung des Nachzugs der zweiten Ehefrau als Eingriff in das Recht auf Schutz der Familie gemäss Art. 8 EMRK, hielt diese Einschränkung aber angesichts des legitimen Interesses am Schutz der christlich geprägten Tradition der Monogamie für zulässig; die Regelung diene der Erhaltung der kulturellen Identität Grossbritanniens und erscheine im Interesse des Schutzes der Moral gerechtfertigt.<sup>128</sup> Schon früher hatte die Kommission festgehalten, die Vertragsstaaten könnten

Senegal), wo 70% der in ihrer Untersuchung erfassten Männer polygam waren (S. 76); demgegenüber lebten nur 1% der Männer aus dem Maghreb in polygamer Ehe, wobei die Zahl derjenigen, welche beide Ehefrauen in Frankreich hatten, nicht erfasst wurde. Tribalat betont, dass die Polygamie in Frankreich nicht ein islamisches, sondern ein schwarzafrikanisches Problem sei. Béatrice de Chapelle, *Le phénomène polygame en France*, in: *Revue Française des Affaires Sociales* 51/1997, No. 2 (Insertion, intégration: concepts et pratiques), S. 151ff, die selbst die Zahl auf 4000 – 6000 schätzt, verweist auf frühere Schätzungen, darunter jene von Christian Poirret, der für 1992 auf die Zahl von 15'000 kam.

<sup>122</sup>Section 6, Family Law Act 1976; siehe Parkinson, S. 321.

<sup>123</sup>Section 2 (1) (a) Immigration Act 1988.

<sup>124</sup>Art. 30 Abs. 1 Ord. 1945, modifié par la loi no. 93-1027 du 24 août 1993 lautet: „Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé, ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants bénéficient pas non plus du regroupement familial.“ Vorher war die Einwanderung polygamer Familien bzw. der Nachzug der zweiten Ehefrau u.U. zulässig. Siehe dazu *Dictionnaire Permanent Droit des Etrangers* (Anm. 110), S. 1399f, Barrière, S. 37; de Chapelle, S. 154ff.

<sup>125</sup>Gemäss dem Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission *Alilouch El Abasse v. the Netherlands* vom 6.12.1992, Nr. 14501/89, DR 72, 118ff, besteht offenbar in den Niederlanden eine analoge Regelung; ebenso in Australien, siehe dazu Parkinson, S. 321.

<sup>126</sup>In der Schweiz wird die Frage allerdings kaum diskutiert. Zum Asylrecht siehe Alexandra Gerber/Béatrice Métraux, *Le regroupement familial des réfugiés, requérants d'asile et des personnes admises provisoirement*, in: Walter Kälin (ed.), *Droit des Réfugiés*, Fribourg 1991, S. 84f.

<sup>127</sup>Décision no 93/325 vom 13. August 1993; siehe dazu *Dictionnaire Permanent Droit des Etrangers* (Anm. 110), S. 1401.

<sup>128</sup>*Rabia Bibi v. United Kingdom*; Nr. 19628/92, Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission vom 29. Juni 1992 (nicht publiziert), S. 3f: „The Commission notes that the interference was in accordance with the law, namely, Section 2 of the Immigration Act 1988, which prevents more than one foreign wife joining the husband already settled in the United Kingdom and is intended to prevent the formation of polygamous households, the practice of polygamy being deemed unacceptable to the majority of people who live there. The aim of the provision would appear, therefore, to be the preservation of the Christian based monogamous culture dominant in that country. The Commission considers that such an aim is legitimate and falls within the scope of the protection of morals or the rights of others within the meaning of Article 8 para. 2 of the Convention. (...) in establishing an immigration policy on the basis of family ties, a Contracting State 'cannot be required to give full recognition to polygamous marriages which are in conflict with their own legal order' (mutatis mutandis, No. 14501/89, *Alilouch El Abasse v. the Netherlands*, Dec. 6.1.92 [DR 71, 118]). In this connection the Commission notes that for centuries it has been an offence in the United Kingdom, by virtue of the criminal law on bigamy, to contract a marriage with more than one women at a time on United Kingdom territory. (...) In the

nicht dazu verpflichtet werden, im Rahmen ihrer Ausländergesetzgebung polygamen Ehen volle Anerkennung zu gewähren.<sup>129</sup>

Differenzierter sieht die *deutsche* Praxis aus. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>130</sup> entschied, dass die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb rechtlich ausgeschlossen werden dürfe, weil eine Ausländerin als zweite Ehefrau zusammen mit ihrem Mann und den gemeinsamen Kindern sowie der ersten Ehefrau des Mannes in Deutschland leben wolle. Gleichzeitig führte das Gericht aber auch aus, dass das Eheschutzgebot (Art. 6 Abs. 1 GG) und der Gleichheitssatz nicht gebieten, der Zweitehefrau eines Ausländers den Nachzug in gleicher Weise zu ermöglichen, wie dies für eine ‚erste‘ Ehefrau vorgesehen ist. Andererseits werde aber das Verhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern stets vom Familienschutz des Grundgesetzes erfasst, auch wenn die Eltern in einer Mehrehe miteinander verbunden sind. Dies müsse die Behörde bei ihrem Ermessensentscheid bezüglich des Familiennachzugs der zweiten Ehefrau berücksichtigen.

In der Tat ist ein Verbot des Familiennachzugs bei polygamen Eheformen gerade unter dem Blickwinkel der Geschlechtergleichstellung zu hinterfragen, wo eine restriktive Handhabung in der Praxis vor allem negative Auswirkungen auf die betroffenen Ehefrauen und ihre Kinder hat und sie weiter benachteiligt, als sie es oft ohnehin schon sind.

### 3. ZWANGSHEIRAT UND KINDEREHEN

#### a) Zwangsheiraten

Arrangierte Ehen sind in vielen Kulturen üblich und als solche rechtlich nicht problematisch.<sup>131</sup> Grenzen traditioneller Heiratsmuster sind aber dort erreicht, wo zumindest einer der Partner mit dem Eheschluss nicht einverstanden ist und zur Ehe gezwungen wird. Die Zustimmung von Mann und Frau zum Eheschluss ist zentraler Teil aller westlichen Eherechtsordnungen. Zwangsheiraten im Ausland widersprechen deshalb dem *ordre public* der europäischen Staaten, wenn die betroffene Person nicht wenigstens nachträglich ihr Einverständnis gibt.<sup>132</sup>

circumstances of the case the Commission is of the view that the family life circumstances in the present case do not outweigh the legitimate considerations of an immigration policy which rejects polygamy and is designed to maintain the United Kingdom's cultural identity in this respect. It finds, therefore, that the interference with the applicant's right to respect for family life was in accordance with the law and justified as being necessary in a democratic society for the protection of morals and the rights and freedoms of others.“

<sup>129</sup>Alilouch El Abasse v. the Netherlands, Entscheid der Menschenrechtskommission vom 6.12.1992, Nr. 14501/89, DR 71, 118 (123).

<sup>130</sup>BVerwGE, Urteil vom 30.4.1985 – 1 C 33.81, in: Juristenzeitung (JZ) 1985, S. 740ff.

<sup>131</sup>Zur heutigen Praxis arrangierter Ehen auf dem indischen Subkontinent siehe Poulter, *English Law*, S. 22ff, und für die Situation unter eingewanderten Familien in Frankreich Michèle Tribalat, *De l'immigration à l'assimilation*, Paris 1996, S. 82ff: Eine Untersuchung aus dem Jahre 1992 zeigte, dass zwischen 60 – 70% der befragten Frauen aus dem Maghreb, die erst nach der Heirat nach Frankreich migrierten, im Rahmen einer arrangierten Ehe geheiratet hatten, wovon dies in ca. 20% der Fälle zwangsweise geschah. Bei Heiraten in Frankreich fiel der Prozentsatz arrangierter Ehen auf 5% (ohne Angabe über die Zahl der Zwangsehen).

<sup>132</sup>Siehe für das deutsche internationale Privatrecht Bettina Voit, „Heilung durch Statutenwechsel“ im internationalen Eheschließungsrecht, Berlin 1997, S. 213 mit weiteren Nachweisen.

Es ist allerdings fraglich, was unter Zwang zu verstehen ist. In England entschied das zuständige Gericht im Fall *Szechter v. Szechter*,<sup>133</sup> dass davon nur die Rede sein könne, wenn der Zwang in einer direkten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit bestehe. Der Court of Appeal bestätigte diesen Ansatz und betonte, psychologischer Druck oder die Drohung wirtschaftlicher Nachteile genüge nicht.<sup>134</sup> Diese Praxis stiess auf heftige Kritik. In *Hirani v. Hirani*<sup>135</sup> lockerte der Court of Appeal den Standard; seither anerkennt er, dass Zwang immer vorliegt, wo der Druck – ungeachtet seiner Art – so gross ist, dass die betroffene Person ihren Willen nicht mehr äussern kann.<sup>136</sup> Diese Linie entspricht nicht nur besser dem absoluten Verbot von Zwangsehen gemäss Art. 23 Abs. 2 des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte und Art. 10 Abs. 1 des UNO-Sozialpaktes, sondern lässt sich auch grundsätzlich rechtfertigen: Wie bereits ausführlich begründet,<sup>137</sup> muss Toleranz gegenüber anderen kulturellen Praktiken ihre Grenze dort finden, wo im Innenverhältnis Zwang ausgeübt wird und für die betroffene Person keine Möglichkeit besteht, ihre Gruppe ohne schwerwiegende Nachteile zu verlassen. In solchen Fällen ergibt sich aus den Grundrechten für den Staat eine Schutzpflicht.<sup>138</sup>

Diese Grenzen werden im Fall der zwangsweisen Verheiratung von Kindern und Jugendlichen besonders deutlich, weil hier zusätzlich das Schutzgut des Kindeswohls betroffen ist. In Australien annullierte ein Gericht die Zwangsehe eines sechzehnjährigen Mädchens, welches ihren Gatten offenkundig ablehnte, mit dem Argument, bei der Gattin handle es sich um ein Kind, das Anspruch auf gerichtlichen Schutz seiner Entscheidungsrechte habe.<sup>139</sup> Der Schutzaspekt wird auch in einem deutschen Urteil aus dem Jahre 1984 deutlich, das in Ergebnis und Begründung Zustimmung verdient:<sup>140</sup> Ein sechzehnjähriges Mädchen, das mit elf Jahren nach Deutschland gekommen war, ersuchte Jugendamt und Vormundschaftsgericht um Hilfe, weil ihre Eltern sie zurück in die Türkei schicken und dort gegen ihren Willen verheiraten wollten. Die Vorinstanzen hatten ein Eingreifen abgelehnt, da die Rechts- und Moralvorstellungen der Eltern zu respektieren seien, was im vorliegenden Fall zur Lösung des Eltern-Kind-Konflikts im Sinne der elterlichen Vorstellungen führen müsse. Das Gericht anerkannte, dass die elterlichen Moralvorstellungen und Bräuche prinzipiell zu respektieren seien, weil die Erziehung der Kinder in erster Linie den Eltern aufgegeben sei (Art. 6 GG). Das schliesse jedoch nicht aus, dass es zu Konflikten zwischen den Eltern und dem Kind kommen könne, die das Kindeswohl gefährden würden und innerhalb der Familie nicht gelöst werden könnten. Im konkreten Fall war der Konflikt zwischen den Eltern und dem Kind schwerwiegender Art, da das Mädchen das Bemühen der Eltern, sie auf die traditionelle Rolle einer Ehefrau in einer streng islamischen Familie vorzubereiten, vehement ablehnte. Er bewirkte eine ernsthafte Gefähr-

<sup>133</sup>[1971] P 286, [1971] 2 All ER 905, auszugsweise zitiert bei Poulter, *English Law*, S. 28.

<sup>134</sup>*Singh v. Singh*, [1971] P 226, [1971] 2 All ER 828 und *Singh v. Kaur*, [1981] 11 Fam Law 152; siehe hierzu Poulter, *English Law*, S. 27f. Im zweiten Fall drohten die Eltern ihrem Sohn, der sein ganzes Leben in der Familie verbracht hatte, dass er von der Mitarbeit im Familienbetrieb ausgeschlossen würde.

<sup>135</sup>(1983) 4 FLR 232; hierzu Poulter, *English Law*, S. 29f, und ders., *Ethnicity*, S. 206f.

<sup>136</sup>Im konkreten Fall hatten die Eltern gedroht, ihre Tochter aus dem Haus zu werfen und jeden Kontakt mit ihr abubrechen, wenn sie sich weigere, einen Mann zu heiraten, den sie nie zuvor gesehen hatte.

<sup>137</sup>Vorne, 1. Kapitel S. 26f.

<sup>138</sup>Vgl. dazu vorne S. 159f.

<sup>139</sup>*In the marriage of S.*, (1980) FLC 90-820, besprochen bei Parkinson, S. 313.

<sup>140</sup>Kreisgericht Berlin, Beschluss v. 14.9.1984 – 1 W 427/84, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1985, S. 68ff.

dung des körperlichen und seelischen Wohls des Kindes und führte bis zur Selbstmordgefahr. Das Gericht kam zum Schluss, diese Kindeswohlgefährdung beruhe auf einem elterlichen Erziehungsversagen; die Eltern hätten sich der Einsicht verschlossen, dass eine Erziehung des Kindes in Deutschland nur möglich sei, wenn sie sich gegenüber der andersartigen Lebensweise in einem westeuropäischen Land aufgeschlossen verhielten. Die Eltern hätten die sich aus dem Aufeinanderprallen der Kulturen ergebenden Konflikte sehen und gegebenenfalls vorher reagieren müssen. Weil sie dies nicht getan hätten, seien Jugendschutzmassnahmen geboten.<sup>141</sup>

In solchen Fällen liegen regelmässig familieninterne Freiheitsbeschränkungen vor. Hier haben Behörden und Gerichte bei konkreter und ernsthafter Gefährdung des Kindeswohles einzuschreiten. Dabei dürfen sie traditionellen Vorstellungen der Familie nicht generell die Berücksichtigung versagen, sie haben aber die Grenze dort zu ziehen, wo Kinder einem Spannungsverhältnis ausgesetzt sind, dem sie nicht gewachsen sind und das sie deshalb physisch und psychisch schwer gefährdet. Zu berücksichtigen ist dabei aber auch, dass ein Eingreifen des Staates schwerwiegende Auswirkungen auf das weitere Leben des betroffenen Mädchens haben kann. Das Kind wird nach einer solchen Auseinandersetzung, die von den Eltern als öffentliche Entehrung der Familie erlebt wird, u.U. aus der Familiengemeinschaft ausgestossen und bedarf in solchen Fällen besonderer Fürsorge durch die staatlichen Behörden.<sup>142</sup> Dies zeigt, wie schwierig die grundrechtlich gebotene Koordination zwischen dem Respekt für kulturelle Identitäten und dem Schutz vor Unterdrückung im Innenverhältnis in der Praxis oft ist.

#### *b) Kinderehen*

Alle westlichen Industrienationen sehen aus Gründen des Kindeswohls ein Mindestalter für den Eheschluss vor, wobei die Schwelle unterschiedlich tief angesetzt ist.<sup>143</sup> Das Abkommen der Vereinten Nationen über die Erklärung des Ehwillens, des Heiratsmindestalters und die Registrierung von Eheschliessungen vom 10.12.1962 schreibt zwar selbst kein Mindestalter vor, verpflichtet aber die Vertragsstaaten (wozu insbesondere die westlichen Industrienationen gehören), eine Altersgrenze einzuführen. Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 bestimmt in Art. 16 II, dass der Verlobung und Eheschliessung eines Kindes keine Rechtswirksamkeit zukommt.

Ähnliche Kriterien wie bei den eben geschilderten Gerichtsfällen wandte ein *britisches* Gericht im Fall eines nigerianischen Mannes und seiner 13-jährigen Ehefrau an, die vor der Einwanderung in ihrer Heimat gemäss islamischem Recht rechtsgültig in einer polygamen Ehe verheiratet worden waren. Die lokalen Behörden hatten angesichts des tiefen Alters der Gattin Eheschutzmassnahmen angeordnet, welche u.a. mit Hinweis auf den strafrechtlichen Schutz von Kindern im Sexualbereich begründet wurden.<sup>144</sup> Das Gericht kam demgegenüber zum

<sup>141</sup>Zum Problem des Kindeswohls und des Erziehungsrechtes der Eltern siehe hinten S. 185ff.

<sup>142</sup>Zu entsprechenden Erfahrungen in Frankreich eindrücklich Rude-Antoine, S. 162f.

<sup>143</sup>In der Schweiz beispielsweise sind Jugendliche erst mit 18 Jahren heiratsmündig. Vor diesem Alter können sie auch mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter oder der Vormundschaftsbehörden keine Ehe schliessen.

<sup>144</sup>Queen's Bench Division of the High Court of Justice, Alhaji Mohamed v. Knott, [1969] 1 QB 1ff, [1968] 2 ALL ER 563. Dazu ausführlich Poulter, English Law, S. 19ff.



zum Schluss, die Ehe sei trotz ihres Widerspruchs zum englischen Recht als solche anzuerkennen. Angesichts des kulturellen Kontextes im Herkunftsland könne nicht gesagt werden, dass diese Ehe jedem Moralempfinden widerspreche.<sup>145</sup> Die in England geltenden Massstäbe könnten nicht unbedacht auf andere Kulturen übertragen werden, wo es normal sei, dass Mädchen sehr jung verheiratet würden. Diese Entscheidung bringt deutlich zum Ausdruck, wie sehr der Begriff des Kindeswohls<sup>146</sup> kontextabhängig ist und dass in diesem Zusammenhang der konkrete kulturelle Hintergrund eine wichtige Rolle spielen kann. Im Bereich der Kinderehen prallen westliche Vorstellungen über die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit („Freiwilligkeit“) und Mündigkeit bei Heirat sowie über das Kindeswohl (insbesondere hinsichtlich der Sexualität) besonders stark auf andere kulturelle Traditionen und Wertmassstäbe. In jedem Einzelfall müssen daher die konkreten Lebensumstände des Kindes im ethnisch-kulturellen Kontext berücksichtigt werden, wobei aber auch hier die psychische und physische Gefährdung des Kindeswohls eine klare Schranke setzen muss.

#### 4. SCHLUSSFOLGERUNG

Die Grund- und Menschenrechte verlangen von den Staaten nicht, dass sie in ihrem eigenen Recht Eheformen wie Polygamie oder Kinderehen zulassen müssen, welche ihrer eigenen Wertordnung fundamental widersprechen. Sie sind auch nicht verpflichtet, mittels Einreiseerlaubnis und Familiennachzug polygamen Ehen zu ermöglichen, ihr Familienleben auf dem Gebiet des eigenen Staates zu realisieren. Hier berechtigt das geltende Recht die Staaten, dem Schutz der eigenen Identität Vorrang einzuräumen. Zwangsehen sind durch das Völkerrecht direkt verboten.

Gleichzeitig macht die dargestellte Gerichtspraxis deutlich, dass bei der Anerkennung von Ehen, die im Ausland geschlossen wurden und dem eigenen Recht widersprechen, nicht schematisch vorgegangen werden kann. Weder lassen sich die eigenen kulturellen Wertvorstellungen ihnen gegenüber umfassend durchsetzen, noch besteht ein Anspruch von Migrantinnen und Migranten auf unbegrenzte Respektierung ihrer eigenen Traditionen. Anknüpfend an den Grundsatz des Internationalen Privatrechts, dass im Familienrecht grundsätzlich das ausländische Recht anzuerkennen ist<sup>147</sup> und der *ordre public*-Vorbehalt nur ausnahmsweise greifen soll, wird einerseits anerkannt, dass gerade die Ehe ein eminent kulturelles Institut ist, das kaum universellen Grundsätzen gehorcht. Zudem würde die Nichtanerkennung polygamer Ehen meist konkrete und schwerwiegende Nachteile für die zweite Ehefrau und ihre Kinder verursachen, welche ein blindes Durchsetzen eigener Prinzipien zu lasten Unschuldiger als ungerechtfertigt erscheinen lassen. Andererseits wird aber auch deutlich, dass die Grenzen der Toleranz überschritten sind, sobald Familien auf Heiratsunwillige Zwang ausüben oder das Kindeswohl betroffen ist. Wo Betroffene sich solchen Eheschlüssen entziehen wollen, ergibt

<sup>145</sup>Lord Parker führte im Entscheid *Alhaji Mohamed v. Knott* (siehe Anm. 144), S. 15 aus: „I cannot myself think that decent-minded English men or women, realising the way of life in which this girl was brought up, and this man for that matter, would inevitably say that this is repugnant. It is certainly natural for a girl to marry at that age. They develop sooner, and there is nothing abhorrent in their way of life for a girl of 13 to marry a man of 25. Incidentally it was not until 1929 that, in this country, an age limit was put on marriage.“

<sup>146</sup>Zu diesem Begriff hinten S.189.

<sup>147</sup>Z.B. Art. 17, 45, 50, 58, 65, 70 und 73 des schweizerischen IPRG sowie Art. 6, 7, 10, 12 und 13 des deutschen Einführungsgesetzes zum BGB.

sich aus der grundrechtlichen Schutzpflicht der Staaten die Verpflichtung der Behörden, mit geeigneten Massnahmen (Ehe- und Familienrecht, Jugend- bzw. Vormundschaftsrecht) Schutz zu gewähren.

#### IV. DIE FAMILIENFREIHEIT UND IHRE SCHRANKEN

##### 1. DAS ERZIEHUNGSRECHT DER ELTERN UND DIE BERÜCKSICHTIGUNG DES KINDESWOHLS

###### a) Erziehungsrecht der Eltern

Typisch multipolare Konflikte stellen sich häufig im Zusammenhang mit dem Kindeswohl. Problematisch sind Fälle, in denen das Erziehungsrecht der Eltern und u.U. ihre Religionsfreiheit mit Persönlichkeitsrechten, dem Selbstbestimmungsrecht oder dem Recht auf physische und psychische Unversehrtheit der Kinder in Konflikt treten kann. Wenn der Staat hier im Rahmen seiner Schutzpflicht interveniert, muss er zur Bedeutung der sich entgegenstehenden Rechte Stellung nehmen; eine Position der Neutralität ist nicht möglich.

Das Erziehungsrecht der Eltern nimmt unter den Freiheitsrechten einen speziellen Platz ein, weil es nicht als Recht eines Individuums konzipiert ist, sondern eine kollektive Dimension aufweist und damit Beziehungen innerhalb einer Gruppe von Menschen regelt. Einerseits enthält es abwehrende Elemente, die den Staat davon ausschliessen, über die Erziehung der Kinder zu bestimmen, und die seine Funktion auf die Rolle eines Wächters reduzieren, der nur in Ausnahmefällen in den innerfamiliären Bereich eingreifen kann (Aussenseite). Einzig als Anbieter öffentlicher Bildungseinrichtungen, d.h. im Schulbereich, kommen ihm mehr Kompetenzen zu.<sup>148</sup> Andererseits betrifft das Erziehungsrecht das Verhältnis der Eltern zum Kind (Innenseite). Das Elternrecht kann definiert werden als die Gesamtheit aller Befugnisse, die den Eltern in Bezug auf die Person ihres Kindes zustehen, wobei diese *Rechte* an die elterliche *Pflicht* zur Pflege, zum Schutz und zur Erziehung der Kinder gekoppelt sind.

In verschiedenen Ländern Europas sind die Rechte der Eltern ausdrücklich verfassungsrechtlich verankert, wobei der Schutz unterschiedlich stark ausgestaltet ist. Ein expliziter Schutz *als Elternrecht* findet sich in den Verfassungen von Spanien, Portugal, Irland und Italien.<sup>149</sup> In Belgien ist demgegenüber nur die Schulwahlfreiheit der Eltern ausdrücklich im Verfassungstext enthalten.<sup>150</sup>

Die *schweizerische Bundesverfassung* äusserte sich früher lediglich zum religiösen Erziehungsrecht.<sup>151</sup> Ein allgemeines Erziehungsrecht ist nicht ausdrücklich grundrechtlich verankert. Zahlreiche Autoren vertreten jedoch schon seit längerem die Auffassung, dass das El-

<sup>148</sup>Dazu ausführlich vorne im 3. Kapitel, S. 119ff.

<sup>149</sup>Spanien (Art. 27 Abs. 3 der Verfassung vom 29.12.78), Portugal (Art. 36 Abs. 5 der Verfassung vom 2.4.76), Irland (Art. 42 Abs. 1 der Verfassung vom 1.7.37), Italien (Art. 30 Abs. 1 der Costituzione vom 22.12.47).

<sup>150</sup>Art. 24 (1.2.) der belgischen Verfassung von 1970.

<sup>151</sup>Art. 49 Abs. 3 aBV. Die revidierte Bundesverfassung enthält dieses spezielle Grundrecht nicht mehr; die Grundrechtsqualität der Religionsmündigkeit ist jedoch weiterhin unbestritten (Art. 15 nBV). Der Bundesrat begründet dies in seinen ausführenden Bemerkungen damit, dass der entsprechende Passus in Art. 303 ZGB enthalten sei: Botschaft des Bundesrates vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I S. 157.

ternrecht als Frage von grundsätzlicher staatlicher und gesellschaftlicher Bedeutung zum ungeschriebenen Verfassungsrecht gezählt werden müsse.<sup>152</sup> SALADIN ist der Meinung, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern punktuell auch von anderen Grundrechten und Grundpflichten erfasst werde.<sup>153</sup> Im Aussenverhältnis lässt sich das Elternrecht heute m.E. primär aus dem Anspruch auf Schutz der Familie gemäss Art. 13 nBV ableiten. Auf zivilrechtlicher Ebene ist das umfassende Recht der Eltern, für die Erziehung ihrer Kinder zu sorgen, in Art. 301 Abs. 1 ZGB verankert. Beschränkt wird die grundsätzlich freie Ausübung des Elternrechts durch die in Art. 302 ZGB statuierte Pflicht der Eltern, die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung ihres Kindes zu fördern und zu schützen. Weiter haben die Eltern für das rechtliche, soziale und wirtschaftliche Wohl ihrer Kinder zu sorgen. Das so verstandene ‚Elternrecht‘ ist primär auf das Interesse des Kindes gerichtet, d.h. fremdnützig.<sup>154</sup> Das ZGB überlässt es den Eltern, im Rahmen der Rechts- und Sittenordnung Erziehungsmethoden und Erziehungsziele zu bestimmen.<sup>155</sup> Die neue schweizerische Bundesverfassung sieht nun als Gegenstück zum Erziehungsrecht der Eltern in Art. 11 Abs. 1 nBV den Anspruch der Kinder und Jugendlichen „auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit“ vor und betont in Abs. 2 dieser Bestimmung, dass sie ihre eigenen Grundrechte „im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit“ ausüben; Kindeswohl und Kinderrechte als Schranke des Erziehungsrechts der Eltern haben damit nun eine verfassungsrechtliche Verankerung erhalten.

In *Deutschland* ergibt sich das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, wonach „Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern“ und gleichzeitig „die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ ist. Das Elternrecht verleiht den Eltern auch hier ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen, soweit diese nicht durch das staatliche Wächteramt von Art. 6 Abs. 2 GG oder den deutschen *ordre public* gedeckt sind.<sup>156</sup> *Inhaltliche* Erziehungsziele enthält das GG nicht, es besteht jedoch eine Bindung an das sog. *formelle* Erziehungsziel der Hinführung zu Selbständigkeit und Selbstverantwortung.<sup>157</sup> Die *Pflicht* zur Erziehung beinhaltet, dass das Kind zu einem Wesen „herangebildet werden [muss], das später (...) seine Stellung in der Ge-

<sup>152</sup> Peter Saladin, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Festschrift Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, S. 198; Andreas Kley, Die Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, St. Gallen 1989, S. 285; Werner A. Rechsteiner, Die Volksschule im Bundesstaat, Zürich 1978, S. 628; Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, S. 73ff. Eher ablehnend: Georg Müller, Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht, in: Festschrift Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 40f.

<sup>153</sup> Folgende Grundrechte des Kindes stehen für Saladin, Rechtsbeziehungen, S. 191ff, im Vordergrund: die Religionsmündigkeit (Art. 49 Abs. 3 aBV), Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit (Art. 31 aBV), das Recht auf freie Wahl der Bildung (ungeschrieben) und der Anspruch auf Fürsorge und Betreuung (früher ungeschrieben, heute Art. 12 nBV). Andere Autoren wie Kley, S. 285, leiten das Elternrecht aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit ab (früher ungeschrieben, heute Art. 10 nBV).

<sup>154</sup> Bruno Mascello, Elternrecht und Privatschulfreiheit in der Schweiz, St. Gallen 1995, S. 71; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. Aufl., Bern 1994, S. 167.

<sup>155</sup> Andreas Brauchli, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, S. 109; Hegnauer, S. 179.

<sup>156</sup> Uwe Diederichsen, Kommentar zum 5. Titel des BGB, in: Wolfgang Palandt/Peter Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Aufl., München 1998, S. 1633.

<sup>157</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, Elternrecht, Recht des Kindes, Recht des Staates, in: Joseph Krautscheid/Heiner Marré (Hg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, Münster 1980, S. 95.

sellschaft nach eigenen Entscheidungen einzunehmen in der Lage ist“.<sup>158</sup> Das Elternrecht ist somit ein pflichtgebundenes Recht.<sup>159</sup>

In *England* wird das Erziehungsrecht der Eltern in Sec. 3 (1) des Children Act 1989 definiert als die Gesamtheit der gesetzlichen Rechte, Pflichten, Befugnisse und Verantwortlichkeiten der Eltern gegenüber dem Kind. Im Zentrum steht das Recht der Eltern, die Art der ausser-schulischen und der schulischen Erziehung zu bestimmen („power to control education“).<sup>160</sup> Nach Common Law haben die Eltern ausserdem das Recht, die religiöse Erziehung ihres Kindes zu bestimmen.<sup>161</sup> In *Frankreich*<sup>162</sup> ergibt sich das umfassende elterliche Erziehungsrecht aus mehreren *zivilrechtlichen* Bestimmungen,<sup>163</sup> insbesondere aus Art. 371 Abs. 2 des Code Civil, wobei die elterlichen Rechte mit den entsprechenden Pflichten verknüpft sind und im Interesse des Kindes wahrgenommen werden müssen.<sup>164</sup> Dabei stehen der Schutz und die Erziehung des Kindes im Vordergrund. Die Eltern bestimmen im Rahmen der obligatorischen Schulzeit die Art der schulischen Erziehung ihrer Kinder, indem sie zwischen öffentlichen und privaten Schulen wählen können. Ein weiterer wichtiger Teilaspekt ist das religiöse Erziehungsrecht der Eltern.<sup>165</sup>

Der *Supreme Court der USA* hat das Elternrecht erstmals in Entscheiden aus dem Jahre 1923 und 1925 als verfassungsmässiges Recht dem 14. Amendement zugeordnet.<sup>166</sup> In *Prince v. Massachusetts*<sup>167</sup> betonte das Gericht, dass mit diesem Recht die vorrangige Pflicht der Eltern verbunden sei, für ihre Kinder zu sorgen. Staatliche Massnahmen müssten daher die üblichen Voraussetzungen für Eingriffe in verfassungsmässige Rechte erfüllen. Soweit das Erziehungsrecht der Eltern mit der Religionsfreiheit gekoppelt sei, dürfe der Staat nur bei Vorliegen ei-

<sup>158</sup>Arnulf Schmitt-Kammler, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, Berlin 1983, S. 27.

<sup>159</sup>Das religiöse Erziehungsrecht der Eltern ist durch das Mitbestimmungsrecht des 12jährigen und das Selbstbestimmungsrecht des 14jährigen religionsmündigen Kindes beschränkt (Gesetz über die religiöse Kindererziehung, siehe dazu bei Bayer, S. 116).

<sup>160</sup>Die Eltern können wählen, ob sie ihre Kinder in öffentliche oder private Schulen schicken möchten; ausserdem sind bei der Zuteilung eines Kindes in die öffentliche Schule die Wünsche der Eltern zu berücksichtigen. Siehe Peter Dopffel, Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen 1994, S. 405f.

<sup>161</sup>Stephen M. Cretney, Principles of Family Law, 4<sup>th</sup> ed., London 1984, S. 304, unter Berufung auf den Entscheid *Andrews v. Salt* (1873) 8 Ch. App. 622.).

<sup>162</sup>Siehe zum französischen Kindsrecht insbesondere Hugues Fulchiron, L’*autorité parentale*, in: Jacqueline Rubellin-Devichi (ed.), *Droit de la famille*, Paris 1996, S. 569ff.

<sup>163</sup>Loi no. 70-459 du 4.6.1970 (*autorité parentale*); loi no. 87-570 du 22.7.1987 (*l’exercice de l’autorité parentale*); loi no. 93-22 du 8.1.1993 (*l’état civil et droit de l’enfant*).

<sup>164</sup>Fulchiron, S. 570: “L’*Autorité parentale* est une fonction finalisée dans l’intérêt de l’enfant. Les droits et devoirs des père et mère se déploient dans l’intérêt de l’enfant. (...) l’*autorité parentale* est une fonction d’ordre public.“

<sup>165</sup>Gestützt auf Art. 288 und 374 Code Civil kann bei geschiedenen oder getrennten Paaren der Elternteil ohne Sorgerecht unter Berufung auf das Kindeswohl den Richter anrufen, wenn er mit der religiösen Erziehung durch den anderen Elternteil nicht einverstanden ist (Fulchiron, S. 577).

<sup>166</sup>*Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) und *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Siehe *Meyer v. Nebraska*, S. 400: „Without doubt, (...) it denotes also the right of the individual to (...) establish a home and bring up children.(...) Corresponding to the right of control, it is the natural duty of the parent to give his children education suitable to their station in life“.

<sup>167</sup>*Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), S. 166; siehe dazu auch den Entscheid *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983), S. 257ff sowie *Tribe*, S. 1300 und 1318f.

ner unmittelbaren und offensichtlichen Gefahr („clear and present danger“) für das Kindeswohl intervenieren. Nach *kanadischem Recht* berühren staatliche Eingriffe in das Erziehungsrecht der Eltern die verfassungsmässigen Freiheitsrechte der kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten. Staatliche Interventionen müssen deshalb mit dem Schutz der Autonomie und der Gesundheit des Kindes gerechtfertigt werden. Eine Ausübung elterlicher Rechte, die das Leben des Kindes gefährdet, steht nicht unter dem Schutz der Verfassung.<sup>168</sup>

Im Völkerrecht ergibt sich ein allgemeines Elternrecht aus dem Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK.<sup>169</sup> Ein explizites *Erziehungsrecht*, das die individuelle Überzeugung der Eltern schützt, ist in Art. 2 Satz 2 des Ersten Zusatzprotokolls enthalten.<sup>170</sup> Dies gilt gemäss der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch für jene Überzeugungen, die keine Akzeptanz in der Mehrheitsgesellschaft finden; elterlichen Erziehungsauffassungen wird allerdings der Schutz verweigert, wenn diese mit den demokratischen Prinzipien oder der Menschenwürde unvereinbar sind oder wenn sie mit dem Recht des Kindes auf Bildung im Widerspruch stehen.<sup>171</sup>

Auf universeller Ebene enthalten die beiden Menschenrechtspakte verschiedene Teilaspekte des Elternrechtes.<sup>172</sup> Explizite Garantien finden sich in Art. 5 und 14 der Kinderrechtskonvention.<sup>173</sup> Sie verpflichten die Vertragsstaaten dazu, das Erziehungsrecht der Eltern zu achten,<sup>174</sup> wobei Art. 14 speziell das *religiöse* Erziehungsrecht regelt. Die Konvention bezweckt sowohl den Schutz des Kindes *durch* seine Eltern als auch seinen Schutz *vor* den Eltern.<sup>175</sup> Aus Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 14 Abs. 2 und Art. 18 Kinderrechtskonvention geht hervor, dass es sich

<sup>168</sup>B. v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, 1 S.C.R. 315 (1995), 26 C.R.R. (2d) 202. Siehe Eugene Meehan et al., *The 1997 Annotated Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Scarborough 1996, S. 188.

<sup>169</sup>X. c. Vereinigtes Königreich, E 7626/76, 11.7.1977, DR 11, 160ff.

<sup>170</sup>1. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 20.3.1952. Die Bestimmung lautet: „Der Staat hat bei der Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“ Siehe dazu allgemein Malcolm D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997, S. 345ff. Zu diesem Absatz haben verschiedene Staaten einen Vorbehalt angebracht, so z.B. Malta und Grossbritannien (Übernahme von Art. 2 Satz 2 nur insoweit, als mit einem wirksamen Unterricht und Ausbildung vereinbar), Schweden (keine Befreiung der Kinder von Teilen des Unterrichts an öffentlichen Schulen; Befreiung vom Religionsunterricht nur, wenn das Kind einer anderen Religion angehört), siehe dazu Palm-Risse, S. 378.

<sup>171</sup>Missbrauchsverbot von Art. 17 EMRK; Kasuistik bei Gebert, S. 566; Palm-Risse, S. 379. Durch Art. 2 Satz 2 des 1. Zusatzprotokolls nicht geschützt ist beispielsweise die Weigerung von Eltern, ihr Kind in modernen Naturwissenschaften ausbilden zu lassen (Entscheid der Europäischen Menschenrechtskommission vom 15.7.1982, X., Y. und Z. g. Deutschland, Nr. 9411/81, DR 29, 224ff). Ebensovienig soll nach Ansicht der Lehrmeinung die gänzliche Verweigerung schulischer Grundausbildung geschützt sein; vgl. Elena Bannwart-Maurer, *Das Recht auf Bildung und das Elternrecht*, Art. 2 des 1. ZP zur EMRK, Bern/Frankfurt 1975, S. 119.

<sup>172</sup>Art. 10 Abs. 1 (Schutz der Familie) und Art. 13 Abs. 3 (Rechte der Eltern betr. religiöse und sittliche Erziehung der Kinder) des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie Art. 18 Abs. 4 (Religionsfreiheit) des UN-Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 16.12.1966.

<sup>173</sup>Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, für die Schweiz in Kraft seit dem 26.3.1997; SR 0.107.

<sup>174</sup>Siehe dazu ausführlich bei Gabriele Dorsch, *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Berlin 1994, S. 108ff.

<sup>175</sup>Chris Barton/Gillian Douglas, *Law and Parenthood*, London 1995, S. 41.

beim Erziehungsrecht der Eltern um ein primäres, gegenüber dem staatlichen Erziehungsanspruch vorrangiges Recht handelt.

### b) Kindeswohl

Die Grenze des Elternrechts wird in allen untersuchten Ländern durch das Kindeswohl bestimmt.<sup>176</sup> Das Kindeswohl hat (wie das Elternrecht) eine innere und eine äussere Komponente: Im Verhältnis zwischen Kindern und Eltern stellt es die *Grenze des Erziehungsrechts* der Eltern dar. Seine Verletzung ist gleichzeitig Eingriffsvoraussetzung und Eingriffslegitimation des Staates.

Im Vordergrund steht die psychische und körperliche Gesundheit des Kindes. Auch wenn die Auffassungen über den Inhalt des Kindeswohls besonders stark kulturell geprägt sind, gleichen sich die Regelungen und ihre Interpretation in den westlichen Industrienationen sehr; überall sieht sich der Staat zu Eingriffen in das Erziehungsrecht der Eltern legitimiert, wenn das körperliche oder seelische Wohl des Kindes verletzt oder stark gefährdet ist, insbesondere durch Körperverletzung, schwere Vernachlässigung oder grausame psychische Behandlung.

In der *Schweiz* sind die Rechte des Kindes und das Kindeswohl neuerdings in Art. 11 nBV festgehalten, der bestimmt, dass „Kinder und Jugendliche (...) Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung“ haben. Inhaltliche Neuerungen sind mit der ausdrücklichen Verankerung dieser Rechte in der Verfassung nicht verbunden. Es gilt weiterhin, was das Bundesgericht in Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen religiös bestimmter Erziehungsauffassung der Eltern und dem Kindeswohl festgehalten hat: „Erst wenn das Kindeswohl unter der Befolgung von Glaubensvorschriften konkret und in massgeblicher Weise belastet würde, rechtfertigte es sich, das Kindesinteresse über das Elternrecht zu stellen“.<sup>177</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt ein solcher Fall vor, wenn die Gesundheit des Kindes gefährdet ist, das Kind in seiner Ausbildung in einem Mass eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit – einschliesslich derjenigen zwischen den Geschlechtern – nicht mehr gewahrt ist oder wenn dem Kind Lehrinhalte vorenthalten werden, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten.<sup>178</sup>

<sup>176</sup>Gegenüber *staatlichen* Eingriffen fällt das Kindeswohl in den untersuchten Ländern unter den verfassungsrechtlichen Schutz der körperlichen und psychischen Integrität (Recht auf Leben; Menschenwürde); zur Regelung gemäss Art. 11 nBV siehe unten bei Anm. 177. Gegenüber der Erziehungsberechtigung der *Eltern* ist das Kind durch entsprechende zivilrechtliche Bestimmungen geschützt. Das Deutsche Grundgesetz enthält in Art. 6 im Zusammenhang mit dem Elternrecht einen Überwachungsauftrag des Staates; diese Bestimmung wird als Missbrauchsverbot gedeutet (Schmitt-Kammler, S. 22ff).

In Art. 13 Abs. 1 des *Sozialpakt*es ist ein Recht auf Bildung für jedes Kind enthalten; Gebert, S. 569 ist der Ansicht, dass es sich dabei um einen selbständigen Anspruch des Kindes handelt, der die Elternrechte begrenzt. Gleiches gilt für die *EMRK*, siehe dazu bei Anm. 171. Gemäss Art. 3 Abs. 1 der *Kinderrechtskonvention* ist das Wohl des Kindes – *seine Menschenwürde*, *Präambel Abs. 2 und 3* – vorrangig zu berücksichtigen; die individuellen Kinderrechte der Konvention können eine Grenze des Elternrechts darstellen, siehe dazu bei Dorsch, S. 112. Die Konvention verpflichtet die Staaten, Kinder vor Gewalt, Misshandlung und Ausbeutung durch die Eltern zu schützen, und bindet die Eltern in Art. 18 bei der Ausübung ihrer Rechte an das Kindeswohl.

<sup>177</sup>BGE 119 Ia 178, S. 194 (Dispensation vom Schwimmunterricht).

<sup>178</sup>A.gl. O.

In *Deutschland* findet das Kindeswohl verfassungsrechtlich seinen Ausdruck unter anderem in Art. 2 Abs. 2 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit). Das Bundesverfassungsgericht anerkennt die eigenen Grundrechte des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 1 (Persönlichkeitsentfaltung) und definiert das Elternrecht als fiduziarisches Recht.<sup>179</sup> Das Kindeswohl ist oberste Leitlinie für die Ausübung des Elternrechts und gehört zum deutschen *ordre public*.<sup>180</sup> Das Wohl des Kindes ist verletzt, wenn eine eigentliche Erziehungsunterlassung (geistige, seelische oder körperliche Verwahrlosung) vorliegt oder das Kind durch Missbrauch der elterlichen Gewalt physisch oder psychisch misshandelt wird bzw. eine entsprechende Gefährdung vorliegt (Art. 1666 Abs. 1 BGB).<sup>181</sup> Eine eingriffslegitimierende Gefährdung ist allerdings erst dann anzunehmen, wenn sie so gegenwärtig oder zumindest nahe bevorstehend und derart intensiv ist, dass sich bei einer Fortdauer mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung des Wohls voraussehen lässt.<sup>182</sup> Das BGB sieht im Zusammenhang mit elterlichen Erziehungsrechten drei Gefährdungstatbestände vor, nämlich (1) den *Sorgerechtsmissbrauch* (Verweigerung der Schulbildung, entwürdigende Erziehungsmassnahmen, Verweigerung medizinischer Versorgung,<sup>183</sup> Anhalten zu strafbaren Handlungen etc.), (2) die *Kindesvernachlässigung* (mangelhafte Betreuung, Ernährung, Pflege etc.), und (3) das *unverschuldete Versagen der Eltern* (Auffangtatbestand z.B. bei Überforderung<sup>184</sup> oder Ungeeignetheit der Eltern).

## 2. BEISPIELE

### a) *Verweigerung medizinischer Versorgung*

Die Schranke der physischen Gefährdung wird deutlich in der Gerichtspraxis zur Weigerung von Eltern, die den Zeugen Jehovas angehören, ihren Kindern medizinisch notwendige Bluttransfusionen zukommen zu lassen. In *Deutschland* werden in solchen Fällen vormundschaftsrechtliche Massnahmen angeordnet, welche der Abwendung einer konkreten Gefahr für das Kind dienen. Nach der Gerichtspraxis<sup>185</sup> müssen das Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 1

<sup>179</sup>BVerfGE 4, 57; 59, 376f. Siehe dazu Heinz-Peter Moritz, Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und ausserhalb der Familie, Schriften zum bürgerlichen Recht, Bd. 115, Berlin 1989, S. 58f.

<sup>180</sup>BGH in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 46 (1993), S. 848. Vgl. dazu Diederichsen, S. 1633. So muss beispielsweise auch die Anwendung von ausländischem Familienrecht (etwa bei der Sorgerechtszuteilung) dem Kindeswohl entsprechen, siehe dazu bei Klaus Ehringfeld, Eltern-Kind-Konflikte in Ausländerfamilien, Berlin 1997, S. 30 und S. 322ff.

<sup>181</sup>Hans-Uwe Erichsen, Elternrecht-Kindeswohl-Staatsgewalt. Zur Verfassungsmässigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindeserziehung durch und aufgrund von Normen des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts, Berlin 1985, S. 53; vgl. ausserdem Manfred Hinz, Kommentar zu § 1626-1698b BGB, in: Kurt Rebmann/Franz-Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl., München 1992, S. 633.

<sup>182</sup>Hinz, S. 634.

<sup>183</sup>Ein Sorgerechtsmissbrauch im Sinne der Verletzung des körperlichen Wohls liegt etwa vor, wenn Eltern ihre Zustimmung zu lebenserhaltenden medizinischen Eingriffen verweigern (Bluttransfusionsfall).

<sup>184</sup>Hinz, S. 641 zählt unter diese Gruppe den Fall der Gefährdung einer in Deutschland lebenden 15jährigen, durch eine erzwungene islamische Erziehung und angedrohte Zwangsverheiratung, KG, Beschluss vom 14.9.1984 – 1W427/84, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, S. 68.

<sup>185</sup>OLG Celle, Beschluss v. 21.2.1994 – 17 W 8/94, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1995, S. 792ff, mit Hinweisen auf weitere Urteile.

GG) und die Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der Eltern vor dem Recht des Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zurücktreten; allerdings dürfen die angeordneten vormundschaftlichen Massnahmen nicht weiter gehen als notwendig, und den Eltern ist, soweit zeitlich möglich, rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>186</sup>

Ähnlich ist die Praxis in *Kanada* und den *USA*. In einem kanadischen Fall machte der Supreme Court<sup>187</sup> deutlich, dass die persönliche Freiheit der Eltern gemäss Art. 7 der Charta der Rechte und Freiheiten auch das Recht beinhalte, über die medizinische Behandlung der Kinder zu entscheiden. Dieses Recht könne aber durch Erwägungen ‚fundamentaler Gerechtigkeit‘ (‚fundamental justice‘) beschränkt werden. Der Staat habe das Recht, zugunsten gefährdeter Kinder einzuschreiten, und das Elternrecht beinhalte nicht die Befugnis, den Kindern die notwendige medizinische Behandlung zu verweigern. In den USA wird bei Kindern und Zurechnungsunfähigen in konstanter Praxis ebenfalls dem Kindeswohl Vorrang vor den Rechten der Eltern gewährt, wenn es um lebensrettende Massnahmen geht.<sup>188</sup>

### b) Beschneidung

Die Mädchenbeschneidung<sup>189</sup> ist vor allem in Zentralafrika nach wie vor stark verbreitet. Das Alter bei Vornahme des Eingriffs, die Art der Beschneidung und die traditionellen Beweggründe für die Beschneidung sind je nach Ethnie sehr unterschiedlich. So soll die Beschneidung beispielsweise ‚Sauberkeit‘ und Jungfräulichkeit vor der Ehe garantieren, als Initiations-

<sup>186</sup>Diese Praxis steht auf den ersten Blick in einem gewissen Widerspruch zu einem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (BverfGE 32, 98ff) zur Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Glaubensfreiheit auf die Bestrafung wegen unterlassener Hilfeleistung. Der Fall betraf einen Beschwerdeführer, welcher der religiösen Vereinigung des evangelischen Brüdervereins angehörte. Seine Ehefrau war ebenfalls Mitglied dieser Gemeinschaft. Die nach der Geburt des vierten Kindes unter akutem Blutmangel leidende Ehefrau lehnte es ab, sich ärztlichem Rat gemäss in Krankenhausbehandlung zu begeben und insbesondere eine Bluttransfusion vornehmen zu lassen. Ihr Ehemann unterliess es, seinen Einfluss auf seine Ehefrau im Sinne der ärztlichen Ratschläge geltend zu machen. Eine Heilbehandlung unterblieb; die Ehefrau, die bis zuletzt bei klarem Bewusstsein war, verstarb. Der Beschwerdeführer wurde von den unteren Gerichtsstufen wegen unterlassener Hilfeleistung verurteilt. Das Verfassungsgericht kam dagegen zum Schluss, diese Verurteilung sei verfassungswidrig. Die Glaubensfreiheit umfasse auch religiöse Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschliesslich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend erfordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Deshalb habe der Strafanspruch des Staates zurückzuweichen, wenn der konkrete Konflikt zwischen einer nach allgemeinen Anschauungen bestehenden Rechtspflicht und einem Glaubensgebot den Täter in eine seelische Bedrängnis bringe, gegenüber der die kriminelle Bestrafung als eine übermässige und die Menschenwürde verletzende soziale Reaktion erscheine. In Fällen der vorliegenden Art könne nicht gefordert werden, dass zwei Personen gleicher Glaubensrichtung aufeinander einwirken, um sich von der Gefährlichkeit ihrer glaubensmässigen Entscheidung zu überzeugen. Offenkundig spielte bei diesem Urteil die Tatsache eine wichtige Rolle, dass die verstorbene Ehefrau im vollen Besitz ihrer Entscheidungsfähigkeit die nötige und lebensrettende Behandlung verweigert hatte. Der Unterschied zu den oben erwähnten Fällen, in welchen Eltern die medizinische Behandlung ihrer Kinder untersagen wollten, liegt darin, dass der Staat seine Schutzpflichten im Interesse des Kindeswohls wahrnehmen muss und ein Kind im Gegensatz zu einer urteilsfähigen erwachsenen Person (in der Regel) nicht in der Lage ist, eine derart schwerwiegende Entscheidung selbstbestimmt in voller Kenntnis der Sachlage und der Konsequenzen zu fällen.

<sup>187</sup>B. v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, 1 SCR 315 (1995).

<sup>188</sup>Nachweise für die reiche Praxis bei Nowak/Rotunda, Constitutional Law, S. 1313 mit Anm. 24 und S. 1314 mit Anm. 25. Der Supreme Court hat in solchen Fällen regelmässig certiorari verweigert.

<sup>189</sup>Isabelle Gillette-Frenoy, L'excision et sa présence en France, Paris 1992, S. 21ff und Anne Raulin, Femme en cause, Mutilations sexuelles des fillettes africaines en France aujourd'hui, Paris 1987, S. 51ff.



ritual die sexuelle Identität festigen oder die weibliche Sexualität kontrollieren und regulieren.

Auch in europäischen Ländern – insbesondere in Staaten mit kolonialer Vergangenheit wie Holland, Frankreich und England – werden Töchter afrikanischer Immigrantinnen (illegal) beschnitten. Die Behörden sind im Migrationszusammenhang mit der Frage konfrontiert, ob den Angehörigen von Minderheiten derartige rituelle Eingriffe strafrechtlich untersagt werden dürfen, auch wenn diese Tradition einen Teil des Erbes einer anderen Kultur darstellt.<sup>190</sup> Dem Erziehungsrecht der Eltern (insbesondere dem Recht auf Weitergabe kultureller Tradition) steht das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gegenüber.

Die Schranke der schweren Gefährdung spielt eine grosse Rolle beim Verbot der Beschneidung von Mädchen, welche einen schwerwiegenden Eingriff in die körperliche und psychische Integrität darstellt. Zwar handelt es sich auch bei der Beschneidung von Knaben, wie sie insbesondere von jüdischen und islamischen, aber auch von christlichen Eltern (vor allem in den USA) gewünscht wird,<sup>191</sup> um einen Eingriff in die körperliche Integrität eines Kindes. Die Knabenbeschneidung hat jedoch keineswegs so schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit, das psychische Wohlbefinden und das Sexualempfinden wie gewisse Formen der Mädchenbeschneidung. Der Eingriff (insbesondere die Infibulation, aber auch die Exzision) hat für Mädchen und Frauen unmittelbare Folgen wie Trauma, Blutungen, post-operativer Schock und Infektionen. Dazu kommen langfristige Beschwerden, insbesondere Urinretention, chronische Infektionen, schmerzhafte Menstruation und Retention von Menstruationsblut, erhöhte Sterilitätsrate, Geburtskomplikationen durch unelastisches Narbengewebe und Schmerzen beim Sexualverkehr.<sup>192</sup>

Viele Staaten subsumieren das Mädchenbeschneidungsverbot unter das allgemeine strafrechtliche Verbot der Verstümmelung;<sup>193</sup> einige Staaten verbieten sie ausdrücklich ganz<sup>194</sup> oder wenigstens in gewissen Formen. Neben den westlichen Industrienationen ist die Mädchenbeschneidung aber auch in manchen afrikanischen Ländern verboten, in welchen sie eine lange Tradition hat. So sind gewisse Formen der Beschneidung in Ägypten, Burkina Faso und im Sudan untersagt; allerdings werden sie in der Illegalität immer noch sehr häufig praktiziert.<sup>195</sup>

In der *Schweiz* verbietet Art. 122 des Strafgesetzbuches Verstümmelungen. Die Medizinisch-Ethische Kommission der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften hat eine Erklärung gegen die Beschneidung verabschiedet, in der festgehalten wird, dass sexuell

<sup>190</sup>Diese Frage ist verschiedentlich in der Literatur aufgeworfen worden; siehe bei Mary Ann James, Federal Prohibition of Female Genital Mutilation: The Female Genital Mutilation Act 1993, H.R. 3247, in: Berkeley Women's Law Journal 9 (1994), S. 208.

<sup>191</sup>Zur Verbreitung der Knabenbeschneidung bei Poulter, English Law, S. 153f.

<sup>192</sup>Siehe z.B. bei Doris Nyfeler/Dominique Béguin Stöckli, Genitale Verstümmelung afrikanischer Migrantinnen in der schweizerischen Gesundheitsvorsorge, Bern 1994, Anhang 2.

<sup>193</sup>Sami Aldeeb Abu-Salieh, Mutiler au nom de Yavhe ou d'Allah. Legitimation religieuse de la circoncision masculine et féminine, Les cahiers du Monde Arabe no. 103, Louvain-la-Neuve 1993, S. 42 mit Hinweisen. Zur Problematik der Beschneidung von Mädchen siehe auch Poulter, English Law, S. 152f.

<sup>194</sup>Z.B. der britische Female Circumcision Act 1985; hierzu Poulter, English Law, S. 156ff. In den USA wurde die Beschneidung im Female Genital Mutilation Act 1993, H.R. 3247, verboten; siehe dazu bei James, S. 206ff.

<sup>195</sup>Charlotte Beck-Karrer, Frauenbeschneidung in Afrika, Bern 1992, S. 39, Anm. 5; Gillette-Frenoy, S. 33.

verstümmelnde Eingriffe bei urteilsunfähigen Unmündigen, die ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit nicht geltend machen könnten, grausam und erniedrigend seien und den Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllen.<sup>196</sup>

In *Frankreich* ist entschieden worden, die Religionsfreiheit könne als Rechtfertigungsgrund für die Beschneidung von Mädchen nicht angerufen werden.<sup>197</sup> Diese Praxis ist richtig: An der Schranke tiefgreifender körperlicher und seelischer Verletzung von Minderjährigen muss jede Toleranz ihre Grenzen finden.<sup>198</sup> Die Beschneidung von Mädchen erreicht ohne Zweifel das Niveau einer unmenschlichen Behandlung,<sup>199</sup> weshalb gemäss der neueren Praxis zu Art. 3 EMRK<sup>200</sup> der Staat zum Schutz der Betroffenen strafrechtlich einschreiten muss. Im Kontext moderner Industriegesellschaften kann der Hinweis auf kulturelle Werte eine so schwere Körperverletzung an Minderjährigen unter keinen Umständen rechtfertigen. Aus Art. 24 der Kinderrechtskonvention lässt sich ableiten, dass kulturelle Vorstellungen bei Eingriffen in die körperliche Integrität keinen Vorrang haben können. Diese Bestimmung verpflichtet die Staaten, effektive Massnahmen zur Abschaffung traditioneller Praktiken zu ergreifen, welche die Gesundheit von Kindern beeinträchtigen. Die Tatsache, dass auf Druck afrikanischer Länder (insbesondere von Senegal) darauf verzichtet wurde, in Art. 24 Kinderrechtskonvention die Mädchenbeschneidung ausdrücklich zu erwähnen,<sup>201</sup> ändert daran nichts.

### c) Weitere Fälle

Dass ein kulturell begründetes Recht auf Körperverletzung von Kindern und Jugendlichen nicht besteht, ist besonders deutlich von englischen Gerichten herausgearbeitet worden. Deshalb wurden strafrechtliche Verurteilungen von Eltern wegen Züchtigung von Kindern, die Verletzungen hinterliessen,<sup>202</sup> oder – im Fall einer westafrikanischen Mutter<sup>203</sup> – wegen des Zufügens von Stammesnarben an ihren Söhnen aufrechterhalten. Auf internationaler Ebene hat der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen betont, dass sich das allgemeine

<sup>196</sup>Erklärung publiziert in: Schweizerische Ärztezeitung (SAeZ) 64 (1983), S. 1274. Der Schweizerische Bundesrat hielt in einer Antwort auf eine nationalrätliche Interpellation vom 7.10.1992 fest, dass in der Schweiz wie auch im europäischen Raum die Klitorisbeschneidung als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK angesehen werde und dass daher eine von einer Wegweisung betroffene Ausländerin in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sei, wenn sie darlegen könne, dass ihr in der Heimat eine entsprechende Behandlung drohe (Ziff. 5 der Antwort des Bundesrates vom 1.3.1993 auf die Interpellation Caspar-Hutter vom 7.10.1992, Amtl. Bulletin des Nationalrates 1993 I, S. 598f).

<sup>197</sup>Crim., 9 mai 1990, Dr. pén. p. 291, erwähnt bei Aguila, S. 587. Siehe auch den bei Beck-Karrer, S. 39, erwähnten Fall der Verurteilung einer Mutter, die die Beschneidung ihrer 8 Tage alten Tochter veranlasst hatte. In den Jahren zwischen 1978 und 1982 starben in Frankreich drei kleine Mädchen an den Folgen der Beschneidung, vgl. dazu Rude-Antoine, S. 230, sowie die allgemeinen Ausführungen zur Gerichtspraxis in Frankreich bei Gillette-Frenoy, S. 32ff.

<sup>198</sup>Siehe dazu die Hinweise zum Kindeswohl im vorangehenden Abschnitt.

<sup>199</sup>Hier liegt der hauptsächliche Unterschied zur Beschneidung von Knaben.

<sup>200</sup>Siehe dazu den Fall A. c. UK (Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 3 EMRK, wenn eine grausame Züchtigung durch den Erziehungsberechtigten straflos bleibt), vorne S. 162.

<sup>201</sup>Poulter, Ethnicity, S. 100. Siehe zu dieser Bestimmung im allgemeinen Dorsch, S. 171.

<sup>202</sup>R. v. Derriviere, (1969) 53 Cr App Rep 637, zusammengefasst und auszugsweise zitiert bei Poulter, English Law, S. 147f. Siehe dazu auch Barton/Douglas, S. 137. Zur Verpflichtung aus Art. 3 EMRK, Kinder mittels Bestrafung des verantwortlichen Elternteils vor Züchtigungen zu schützen, welche das Ausmass unmenschlicher Behandlung erreichen, siehe vorne S. 162.

<sup>203</sup>R. v. Adesanya (1974; nicht publiziert), dargestellt bei Poulter, English Law, S. 150f.

Folterverbot von Art. 7 des UNO-Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte auch auf Körperstrafen erstreckt, einschliesslich der als Erziehungs- oder Disziplinar-massnahme angeordneten übermässigen Züchtigung.<sup>204</sup>

Komplexer sind Fälle, in denen zwischen den Elternteilen ein kulturell bedingter Konflikt besteht und auf Seiten des Kindes keine so schwerwiegenden Interessen wie Leben und Gesundheit betroffen sind. In einem *kanadischen Fall* ging es um einen geschiedenen Vater, der eine Ausweitung seiner Besuchsrechte wollte. Dies wurde ihm aber verweigert, weil er seine Tochter im Sinne der Zeugen Jehovas erzog, was auf die Ablehnung der Mutter des Kindes stiess.<sup>205</sup> Der Supreme Court bestätigte die unterinstanzlichen Urteile u.a. mit dem Argument, die Glaubensfreiheit könne beschränkt werden, wenn das Kindeswohl dies erfordere. Wo die Eltern in ihren Auffassungen selbst gespalten sind, hat der Staat offensichtlich mehr Freiheit, selbst das Kindeswohl zu bestimmen, als dort, wo das Kindeswohl gegen gewichtige religiöse Anliegen beider Elternteile abzuwägen ist. Dies wurde in einem *britischen Fall* deutlich, in dem der Court of Appeal entschied, der Sohn eines sudanesisch-englischen Ehepaars solle beim islamischen Vater in Khartoum bleiben, wo er später in das erfolgreiche Geschäft des Vaters eintreten könne, während das Mädchen von der Mutter, einer Lehrerin, in England im christlichen Glauben erzogen werden solle.<sup>206</sup> Der Grundsatz der Neutralität spielt in solchen Fällen insofern eine grosse Rolle, als der Staat bei der Feststellung, was im besten Interesse des Kindes sei, auf die Religion des Elternteils, dem die Kinder zugeteilt werden, keine Rücksicht nehmen darf;<sup>207</sup> Grenzen dieser Neutralität sind erst dort erreicht, wo dem Kind soziale Isolation oder psychische und physische Schäden drohen.<sup>208</sup>

## V. ERGEBNISSE

Die Praxis der Staaten bestätigt, dass im rein privaten Bereich, d.h. im Innenverhältnis von Ehen, Familien oder religiösen Gruppen Grund- und Menschenrechte weitgehende Autonomie garantieren und damit kulturelle Vielfalt auch dort schützen, wo bestimmte Lebensweisen von der Mehrheit als fremd oder gar abstossend empfunden werden. Innerhalb der privaten Lebensgestaltung ist die Kindererziehung ein besonders sensibler Bereich, weil mit der Erziehung kulturelle Traditionen an die nächste Generation weitergegeben werden. Zu tiefgreifende schulische und ausserschulische Erziehungseingriffe des Staates können bei den Eltern die berechtigte Angst auslösen, dass die Kinder aufgrund starker Assimilation an die Mehrheitskultur von ihnen und ihrer Kultur entfremdet werden.

Die Analyse bestätigt aber auch, dass die Autonomie im Privatbereich nicht schrankenlos ist. Zwar dürfen Schranken der Sittlichkeit und Moral nicht leichtthin bejaht werden. Wie die Untersuchung der Gerichtspraxis in diesem Kapitel und die theoretischen Erwägungen des 1. Kapitels<sup>209</sup> zeigen, sind Grenzen der Toleranz aber jedenfalls dort erreicht, wo

<sup>204</sup>Allgemeine Bemerkung 20 [44] (1992) Nr. 5.

<sup>205</sup>P (D)v.S (C), [1993] 4 S.C.R 141.

<sup>206</sup>Re O, [1962] 2 All ER 10 [1962], 1 WLR 724, dargestellt bei Poulter, English Law, S. 134f.

<sup>207</sup>Poulter, English Law, S. 135f.

<sup>208</sup>Cretney, S. 335.

<sup>209</sup>Siehe vorne S. 35 und S. 40.

- ein bestimmtes Verhalten bereits durch das Völkerrecht verboten ist: Dies trifft etwa auf das Verbot der Zwangsheirat (Art. 23 Abs. 2 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte) und der Beschneidung von Mädchen (Art. 24 Kinderrechtskonvention) zu;
- Kinder physisch oder psychisch schwer gefährdet werden und der Schutz des Kindeswohls oder gar das Verbot unmenschlicher Behandlung gemäss Art. 3 EMRK ein staatliches Eingreifen rechtfertigt, z.B. weil ihnen die nötige medizinische Versorgung versagt wird, sie körperlich schwer gezüchtigt oder durch religiöse Rituale einer Gefahr ausgesetzt werden, oder weil die Aussicht auf eine Verheiratung vor der Mündigkeit oder eine andere elterliche Massnahme sie in schwere Seelennot stürzt;
- Erwachsene physisch oder psychisch schwer gefährdet werden, ohne dass sie sich einer bestimmten Behandlung freiwillig unterwerfen bzw. ohne dass sie die betreffende Gruppe verlassen können;
- ein bestimmtes Verhalten durch den international-privatrechtlichen ordre public als unzulässig eingestuft wird, was z.B. für das Verbot des polygamen Eheschlusses auf dem eigenen Staatsgebiet gilt;
- das Verhalten gegen zentrale Bestimmungen des Privat- und Strafrechtes verstösst, ohne dass das Verbot indirekter Diskriminierung eine Befreiung von der Erfüllung gesetzlicher Pflichten rechtfertigt.

In solchen Fällen ergibt sich aus den betroffenen Grundrechten eine Schutzpflicht des Staates, welcher intervenieren muss, wenn er vom gefährdeten oder unterdrückten Teil um Schutz angegangen wird, oder wenn im Zusammenhang mit dem Kindeswohl ein Eingreifen von Amtes wegen notwendig wird.

## SCHLUSS

### GRUNDRECHTE UND INTEGRATION

#### I. ERGEBNISSE

##### 1. RÜCKBLICK

Diese Studie begann mit der Feststellung, dass in Einwanderungsgesellschaften kulturelle Konflikte in grundrechtlichen Kategorien ausgetragen werden können, seit die Freiheiten der Verfassung juristisch von Bürgerrechten zu Menschenrechten geworden sind. Dabei erweist sich die Frage nach dem richtigen Verhältnis zwischen Gleichheit und Differenz als eines der normativen Grundprobleme solcher Gesellschaften. Die im ersten Kapitel<sup>1</sup> dargestellten Modelle für den Umgang mit kulturell geprägten Grundrechtsproblemen setzen die Akzente dabei unterschiedlich: Die Grundrechtspolitik der Neutralität geht von der Gleichbehandlung aller ungeachtet ihrer kulturell bedingten Unterscheide aus, indem sie dem Staat Zurückhaltung in weltanschaulichen Fragen auferlegt und ihm jede Stellungnahme zugunsten oder zuungunsten bestimmter Traditionen und Auffassungen verbietet. Die Politik der eigenen Identität betont im Konfliktfall den Vorrang der Grundrechtsinteressen der Mehrheit und zwingt damit die Minderheit in letzter Konsequenz zur Assimilation, d.h. zur völligen Eingliederung in die Mehrheitsgesellschaft. Die Politik des Minderheitenschutzes setzt den Schwerpunkt demgegenüber auf die Bewahrung von Differenzen. Die Politik der Anerkennung nimmt in ähnlicher Weise die Bedeutung der kulturellen Identität für die Persönlichkeitsentwicklung ernst und will Migrantinnen und Migranten vor Herabwürdigung schützen, welche die Verkenning und Missachtung ihrer Kulturen bewirkt. Die Politik des Multikulturalismus schliesslich zielt auf die Bewahrung der kulturellen Vielfalt von Einwanderungsgesellschaften und unterstützt deshalb Gruppen mit abweichenden Traditionen bei der Pflege ihrer Traditionen.

Die Kritik der verschiedenen Modelle hat gezeigt, dass sie alle ihre spezifischen Stärken, aber auch Schwächen haben und kein Ansatz für sich beanspruchen kann, für alle Bereiche und Problemkonstellationen sachgerechte Antworten bereitzustellen. Die Analyse der Gerichtspraxis in Staaten mit Einwanderungsgesellschaften führt zu differenzierten Aussagen darüber, wo die Grundrechte im Spannungsfeld zwischen Gleichheit und Freiheit Gleichbehandlung ungeachtet des religiösen oder ethnisch-kulturellen Hintergrundes von Menschen fordern und wo sie den Schutz kultureller Differenz in den Vordergrund rücken. Die rechtsvergleichende Untersuchung bestätigt damit, dass keiner der im 1. Kapitel diskutierten Grundrechtspolitiken eindeutiger Vorrang zukommt. Vielmehr ist bereichsspezifisch zu entscheiden, ob die religiöse Neutralität des Staates oder die Anerkennung kultureller Identitäten Leitlinie sein soll, ob Platz für Minderheitenschutz und Multikulturalismus besteht oder ob der Schutz der eigenen Identität relevant wird. Solche Entscheide sind nicht zufällig, sondern – wie die Diskussion

<sup>1</sup>Vorne S. 17ff.

der Gerichtspraxis gezeigt hat – grundrechtsdogmatisch begründbar; dabei hat es sich als hilfreich erwiesen, die konkreten Analysen und Güterabwägungen vor dem Hintergrund der jeweiligen Lebenssphäre (Staat, Öffentlichkeit, Privatsphäre) anzugehen. Die folgende Zusammenfassung wird zeigen, in welchen Bereichen die jeweiligen Konzepte ihren Platz haben.

Offen bleibt allerdings die Frage, ob sich diese Praxis im Sinne einer übergreifenden Grundrechtstheorie unter einen Leitgedanken stellen lässt. Zwar wäre es vermessen, die Komplexität der Fragestellungen und der grundrechtlichen Antworten auf ein überdachendes, in sich geschlossenes Grundrechtskonzept zu reduzieren. Ein solches Konzept müsste mit seinem Anspruch auf Allgemeingültigkeit ebenso scheitern wie entsprechende Ambitionen der im 1. Kapitel diskutierten Grundrechtspolitikern. Trotzdem fällt auf, dass hinter vielen der im 2. – 4. Kapitel analysierten Gerichtsurteilen ein gemeinsamer Gesichtspunkt liegt: Häufig lässt sich feststellen, dass im konkreten Fall die Antwort auf die Frage nach Gleichbehandlung oder Respektierung von Differenz den Effekt hatte, Ausgrenzung und Herabsetzung zu vermeiden, statt dessen den Zugang zu oder den Verbleib in Institutionen und Wirkungsfeldern wie Arbeit, Armee, Schule oder Berufsleben zu erleichtern und damit *integrierend*<sup>2</sup> zu wirken. Dies wird deutlich, wenn wir uns die Hauptergebnisse der drei vorangehenden Kapitel unter diesem Gesichtspunkt nochmals vor Augen halten.

## 2. DIE STAATLICHE SPHÄRE

In der staatlichen Sphäre steht die Respektierung des Verbotes der Diskriminierung durch Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden<sup>3</sup> im Vordergrund. Dieses verbietet Unterscheidungen, die an verpönten Merkmalen wie Rasse, ethnische Herkunft und Religion anknüpfen und die betroffenen Menschen dadurch herabwürdigen. Damit schützt es Menschen in Lebensbereichen, welche nicht von einem spezifischen Grundrecht erfasst werden, vor Benachteiligung, und untersagt, den Zugang zu Institutionen oder staatlichen Leistungen wegen der Religion oder ethnischen Herkunft der Betroffenen zu beschränken. Das Diskriminierungsverbot steht im Sinne der *Politik der Neutralität*<sup>4</sup> für das Verbot des kulturellen Diskurses durch den Staat und der Berücksichtigung ethnischer Merkmale. Da Diskriminierung Herabsetzung wegen Merkmalen wie Rasse, Religion und ethnische Herkunft bedeutet, vermag ihr Verbot zugleich im Sinne der *Politik der Anerkennung*<sup>5</sup> kulturelle Identitäten auf der Basis der Gleichheit zu stärken. Die gesellschaftliche Integration von Migrantinnen und Migranten in der Einwanderungsgesellschaft wird wesentlich erleichtert, wenn sie nicht wegen ihrer Herkunft ohne sachliche Gründe ausgegrenzt und in ihrer Wertschätzung herabgewürdigt werden.

In gewissen Kontexten wird darüber hinaus das Verbot der akzessorischen Diskriminierung, d.h. der einseitigen Beschränkung eines Grundrechtes allein zulasten einer bestimmten Gruppe für die Integration bedeutungsvoll. Die Ausdehnung der Wirtschaftsfreiheit auf Ausländer und Ausländerinnen mit gefestigtem Aufenthaltsrecht in der Schweiz und damit verbunden ihre Zulassung zum Anwaltsberuf ist ein Beispiel aus der jüngeren Gerichtspraxis, das deut-

<sup>2</sup>Zum Begriff der Integration hinten S. 203.

<sup>3</sup>Dazu ausführlich vorne, 2. Kapitel S. 77ff.

<sup>4</sup>Vorne im 1. Kapitel S. 18ff.

<sup>5</sup>Vorne im 1. Kapitel S. 50ff.

lich zeigt, wie – hier durch Öffnung des Zugangs zu einem beruflichen Betätigungsfeld mit relativ hohem Sozialstatus – die Realisierung von rechtlicher Gleichheit zur beruflichen Integration von Migrantinnen und Migranten bzw. ihrer Nachkommen beitragen kann.<sup>6</sup>

Formale Gleichbehandlung genügt allerdings nicht immer: Sie bewirkt überall dort eine Herabwürdigung oder Ausgrenzung, wo Regelungen, die auf alle gleiche Anwendung finden, sich in Tat und Wahrheit einseitig und schwerwiegend zulasten von Migrantinnen und Migranten auswirken, weil sich ihre Lage von jener der Mehrheit deutlich unterscheidet. In solchen Fällen indirekter Diskriminierung<sup>7</sup> muss der Staat die Benachteiligung der Betroffenen berücksichtigen und durch die Befreiung von Pflichten ausgleichen. Die Dispensation von gewissen Kleidervorschriften in der Armee<sup>8</sup> ermöglicht Gläubigen, ohne Verstoss gegen religiöse Gebote Dienst zu leisten, die Rücksichtnahme auf besondere Bedürfnisse von Angehörigen nicht-christlicher Religionen im Strafvollzug<sup>9</sup> verhindert deren Herabsetzung, die Bereitstellung besonderer Bestattungsmöglichkeiten<sup>10</sup> lässt z.B. auch Muslime im Aufenthaltsstaat heimisch werden, und die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung in Fällen, in welchen Anspruchsberechtigte eine mit ihren religiösen Pflichten unvereinbare Arbeit verweigern,<sup>11</sup> dient der besseren Integration dieser Menschen in die Gesellschaft. Diese Fälle zeigen deutlich, wie Toleranz gegenüber religiösen Minderheiten im Sinne der *Politik der Anerkennung* der Integration ihrer Mitglieder in die Strukturen der Mehrheitsgesellschaft förderlich sein kann. Die Weigerung, auf die religiösen Anliegen dieser Menschen Rücksicht zu nehmen, würde sie entweder zur Assimilation und damit zur Aufgabe eines wichtigen Teils ihrer eigenen Identität zwingen oder, falls sie an ihrer Religion festhalten, gesellschaftlich an den Rand drängen und in ihrem Misstrauen gegenüber der Mehrheit stärken. Damit kommt das Verbot indirekter Diskriminierung auch Anliegen der *Politik des Minderheitenschutzes* entgegen.

Neben dem Diskriminierungsverbot sind hier die politischen Rechte von besonderer Bedeutung, welche im Sinne des Stimmrechts zwar auf die eigenen Staatsbürger beschränkt sind,<sup>12</sup> in einem weiteren Sinn, welcher das Recht auf politische Meinungsäußerung einschliesst, aber auch für jene Migrantinnen und Migranten gelten, welche das Bürgerrecht des Aufenthaltsstaates noch nicht erworben haben. Hier lassen sich – abgesehen vom Anspruch auf Achtung der Meinungsäußerungs- und Vereinigungsfreiheit – aus den Grundrechten kaum direkte Ansprüche ableiten. Eine auf Integration bedachte Politik müsste sich aber ernsthaft mit der Frage befassen, wie eine bessere Beteiligung und Mitsprache von Migrantinnen und Migranten an Entscheidungsprozessen institutionalisiert und wie allenfalls ihre Einbürgerung erleichtert werden könnte.

<sup>6</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 97.

<sup>7</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 93ff.

<sup>8</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 98f.

<sup>9</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 103f.

<sup>10</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 105f.

<sup>11</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 109f.

<sup>12</sup>Art. 25 des UN-Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 16.12.1966.

### 3. DIE SPHÄRE DES ÖFFENTLICHEN

In dieser mittleren Sphäre bewegen sich Menschen teilweise in staatlichen (Schule) und z.T. in nichtstaatlichen (z.B. Wirtschaft, Arbeits- oder Wohnungsmarkt, Medien etc.) Institutionen und Handlungszusammenhängen. Dabei nehmen sie soziale Rollen wahr, welche über den Bereich des Privaten hinausgehen und damit öffentlichkeitsrelevant werden. Gleichzeitig sind sie den Einflussnahmen des Staates ausgesetzt, der steuernd, kontrollierend oder fördernd in die öffentliche Sphäre eingreift.

Der Integration dient hier die *Einräumung kultureller Autonomie* in Bereichen, in denen das Festhalten an kulturellen Werten mit den Anforderungen der entsprechenden Strukturen ohne weiteres vereinbar ist, oder wo eine Güterabwägung nahelegt, die Anforderungen von Schule, Arbeitsmarkt und anderen gesellschaftlichen Institutionen und Wirkungsfeldern ohne wesentliche funktionelle Beeinträchtigungen an die kulturellen Praktiken anzupassen, um Betroffenen den Zugang zu erleichtern. Dies kann, ganz im Sinne des Assimilationsverbotes des *Rechts des Minderheitenschutzes*,<sup>13</sup> auf verschiedene Arten geschehen:<sup>14</sup>

- *Verzicht auf Uniformität*: Angehörige kultureller Minderheiten wollen sich oft in den Arbeitsmarkt und das Bildungswesen integrieren, sie werden aber daran gehindert, wenn z.B. auf ihre religiösen Pflichten (z.B. Tragen bestimmter Kleidungsstücke) keine Rücksicht genommen wird: Weil aber auch ein Sikh mit einem Turban ein erfolgreicher Polizist oder ein guter Bauarbeiter sein kann,<sup>15</sup> ist hier auf Assimilation im Sinne des Zwangs zur Aufgabe der eigenen Identität zu verzichten.<sup>16</sup> Ebenso wenig beeinträchtigt das Tragen eines Kopftuches als solches den Schulerfolg einer Schülerin, während ein entsprechendes Verbot die Chancen reduziert, dass eine solche Schülerin über den obligatorischen Unterricht hinaus in der Schule bleibt, und damit integrationshindernd wirkt.<sup>17</sup> Beschränkungen der Grundrechte lassen sich allerdings dort rechtfertigen, wo die Bekleidung die Funktion der betreffenden Institution zu beeinträchtigen vermag. Dies ist etwa bei Lehrpersonen an öffentlichen Schulen der Fall, die auf dem Tragen religiös stark symbolhaltiger Bekleidung beharren und damit den friedensstiftenden Charakter der weltanschaulichen *Neutralität* der Schule und ihrer Repräsentanten<sup>18</sup> gefährden.
- *Dispensationen*: Eine spezielle Technik der Zulassung kultureller Vielfalt bei gleichzeitigem Verzicht auf Ausgrenzung jener, welche an ihren kulturellen Traditionen festhalten, ist die Freistellung von Pflichten. Schulische Dispensationen für religiöse Feiertage<sup>19</sup> oder von Fächern, die wie der Schwimm- und Turnunterricht religiöse Pflichten bestimmter Schülerinnen tangieren,<sup>20</sup> erlauben Angehörigen religiöser Minderheiten, ihre Kinder in öffentliche Schulen zu schicken, statt auf eigene Privatschulen auszuweichen. Dies dient

<sup>13</sup>Art. 27 des UN-Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte; vgl. dazu vorne im 1. Kapitel S. 42ff.

<sup>14</sup>Dabei ist es notwendig, das Verhältnismäßigkeitsprinzip differenziert anzuwenden.

<sup>15</sup>Zur kanadischen Praxis siehe vorne S. 154f.

<sup>16</sup>So auch Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 177, und ders., *Finding Our Way*, S. 47f.

<sup>17</sup>Dazu die Fälle vorne im 3. Kapitel S. 131f.

<sup>18</sup>Vorne S. 128ff.

<sup>19</sup>Dazu vorne S. 136.

<sup>20</sup>Vorne im 3. Kapitel S. 136ff.



nicht nur der Integration, sondern langfristig auch der wenigstens teilweisen Übernahme der grundlegenden Werte des Verfassungsstaates und der Mehrheitsgesellschaft als Resultat des schulischen Sozialisationsprozesses besser als der Zwang zum Rückzug in das kulturelle Ghetto ethnisch-religiös geprägter Privatschulen. Die wirtschaftliche Integration wird beispielsweise erleichtert, wenn jüdischen Geschäftsleuten mit Familienbetrieben erlaubt wird, ihr Geschäft statt am Sonntag am Samstag zu schliessen,<sup>21</sup> oder wenn auf die Durchsetzung von Vorschriften über Berufsbekleidungen verzichtet wird, welche mit bestimmten religiösen Vorschriften kollidieren.<sup>22</sup> Ausnahmeregelungen sind in besonderem Mass geeignet, die Integration von Minderheiten zu fördern, weil sie ihren Angehörigen erlauben, voll am öffentlichen Leben teilzunehmen, ohne ihren Glauben und ihre Identität aufgeben zu müssen. Auch hier werden allerdings Grenzen erreicht, wo die Dispensation die Aufgabenerfüllung der betreffenden Institution stark beeinträchtigen würde.

- *Anerkennung und Förderung im Rahmen staatlicher Institutionen*: Das integrationspolitische Interesse daran, dass Menschen, die ihre kulturellen Traditionen wahren wollen, sich nicht in ihre eigenen sozialen Räume zurückziehen und die Abgrenzung von der Mehrheitsgesellschaft noch stärker betonen, kann im Sinne der *Politik der Anerkennung* auf der programmatischen Ebene der Grundrechte kulturelle Förderungsmassnahmen im Rahmen öffentlicher Institutionen (z.B. Sprachkurse in der Herkunftssprache) nahelegen, wenn sich auch eigentliche Rechtsansprüche aus den betreffenden Grundrechten nicht ableiten lassen.

Fälle, in welchen berechtigte Anliegen der Integration in die Mehrheitsgesellschaft und ihre Institutionen und jene der kulturellen Autonomie miteinander in *Widerspruch* stehen, sind schwieriger zu beurteilen:

- Eine sorgfältige *Güterabwägung* im Einzelfall ist deshalb in solchen Fällen besonders wichtig: Dabei spielen auf Seite der privaten Interessen der Grad potentieller Gewissenskonflikte<sup>23</sup> oder die Frage, wie zentral eine bestimmte Praxis für die kulturelle Identität der betreffenden Menschen ist, eine grosse Rolle. Öffentliche Interessen sind z.B. besonders stark zu gewichten, wo die öffentliche Sicherheit oder auch Rechte externer Dritter schwerwiegend betroffen sind. Sie wiegen etwa auch im öffentlichen Dienst relativ schwer.<sup>24</sup>
- Der Gedanke der weltanschaulichen *Neutralität* des Staates kann zur Konfliktvermeidung beitragen, indem der Staat jede Stellungnahme zugunsten oder zulasten einer bestimmten religiösen Auffassung vermeidet und damit das Religiöse ganz aus seiner *eigenen* Aktivität ausgrenzt. In diesem Sinn lassen sich beispielsweise Verbote für Lehrpersonen rechtfertigen, Kleidungsstücke mit starker religiöser Symbolik zu tragen.<sup>25</sup> Eine solche Schule bleibt für alle ungeachtet ihrer religiösen Herkunft und Überzeugungen eher zugänglich als eine

<sup>21</sup>Vorne S. 152f.

<sup>22</sup>Siehe den Verzicht auf ein Helmobligatorium für Sikhs in England (auf Baustellen) und Kanada (im Polizeidienst), vorne S. 154f.

<sup>23</sup>Dieser Grad hängt vor allem davon ab, wie wichtig eine bestimmte religiös-kulturelle Norm und was die Konsequenz des Normverstosses ist; ausführlich dazu vorne S. 117f.

<sup>24</sup>Vorne im 2. Kapitel S. 101f.

<sup>25</sup>Hierzu die Fälle vorne S. 128ff.

staatliche Institution, welche deutliche Signale zugunsten der einen und damit zulasten der anderen Religion aussendet. Will ein Staat nicht diesen Weg gehen, sondern dem Religiösen in der Schule viel Raum lassen, muss er, um das Ziel der Zugänglichkeit für alle zu erreichen, umgekehrt alle Religionen gleich behandeln und damit auch Lehrkräften nicht-christlicher Religionen erlauben, ihren Glauben zum Ausdruck zu bringen.

- Wird bei multipolaren Grundrechtskonflikten<sup>26</sup> im Namen kultureller Autonomie die Freiheit von Mitgliedern der Minderheit im Innenverhältnis beschränkt, helfen u.U. *verfahrensrechtliche Ansätze* weiter: So kann bei der Beurteilung der Frage, wie weit das Erziehungsrecht der Eltern geht und wo das Kindeswohl diesem Recht Schranken setzt, der Stellungnahme der betroffenen Minderjährigen, welche gemäss Kinderrechtskonvention einzuholen ist,<sup>27</sup> besonderes Gewicht zukommen.<sup>28</sup> Dies hält trotz des grundsätzlichen Respektes für Entscheidungen Privater den Weg zu stärkerer Integration für jene offen, die ihn beschreiten wollen.

#### 4. DIE SPHÄRE DES PRIVATEN

Die Sphäre des Privaten liegt dort, wo sich Menschen unter ihresgleichen befinden, d.h. wo das Innenverhältnis von Familie, Freundschaftsbeziehungen, religiösen Gruppen, kulturellen Vereinigungen oder wirtschaftlichen Netzwerken betroffen ist.<sup>29</sup>

Das Private ist primärer Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes, der Selbstbestimmung und damit Vielfalt garantiert. Im privaten Raum muss sich der Staat im Sinn der *Politik der Neutralität* aufs Äusserste zurückhalten, falls er nicht der Versuchung erliegen will, seine Vorstellungen vom ‚guten Leben‘ durchzusetzen und die Vielfalt der Lebensbilder und Lebensweisen zu nivellieren. Die Sphäre des Privaten ist deshalb von kultureller Autonomie geprägt, und die hier relevanten Grundrechte erlauben allen Menschen, ungeachtet ihrer Herkunft und Nationalität, staatliche Eingriffe abzuwehren. Solche Autonomie haben vor allem Grundrechte wie die Religionsfreiheit, welche auch religiös motivierte Lebensweisen in weitem Ausmass schützt, oder die Ehe- und Familienfreiheit, welche die vielen, stark kulturell bedingten Arten des Zusammenlebens im engsten Verwandtschaftsrahmen vor staatlichen Eingriffen abschirmt, zu schützen. Die private Freiheit jener ethnischen und religiösen Gruppen unter den Migrantinnen und Migranten, die für sich Minderheitenstatus beanspruchen können, erhält aber auch Schutz aus dem allgemeinen Verbot der Assimilierung gemäss Art. 27 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte<sup>30</sup> und entspricht somit Anliegen der *Politik des Minderheitenschutzes*.

<sup>26</sup>Zu diesem Begriff vorne S. 74.

<sup>27</sup>Art. 12 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 sieht vor, dass Kinder in allen sie betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren angehört werden müssen; dazu ausführlicher vorne S. 147.

<sup>28</sup>Vgl. dazu vorne im Zusammenhang mit Schuldspensationen auf S. 147.

<sup>29</sup>Sobald sie mit anderen privaten Gruppierungen in Kontakt und – allenfalls konflikthaften – Austausch treten, bewegen sie sich in der Sphäre des Öffentlichen.

<sup>30</sup>Dazu vorne im 1. Kapitel S. 42f.

Diese Freiheit kann allerdings nicht schrankenlos sein, will man die Kohäsion der Gesamtgesellschaft nicht gefährden.<sup>31</sup> *Grenzen* der Rücksichtnahme auf religiös-kulturelle Minderheitenanliegen bestehen vor allem dort, wo ein bestimmtes Verhalten bereits durch das Völkerrecht verboten ist (z.B. Verbot der Zwangsheirat und der Beschneidung von Mädchen<sup>32</sup>), wo der Schutz des Kindeswohls angesichts ernsthafter Gefahr für das physische und psychische Wohlbefinden ein staatliches Eingreifen rechtfertigt,<sup>33</sup> Erwachsene physisch oder psychisch schwer gefährdet werden, ohne dass sie sich einer bestimmten Behandlung freiwillig unterwerfen bzw. ohne dass sie die betreffende Gruppe verlassen können, oder wo ein bestimmtes Verhalten durch den international-privatrechtlichen *ordre public* als unzulässig eingestuft wird, was z.B. für das Verbot des polygamen Eheschlusses auf dem eigenen Gebiet zutrifft.<sup>34</sup> Abgesehen von der letzten Konstellation geht es in diesen Fällen immer um Begrenzungen des Rechts auf Autonomie, weil eine Missachtung des Anspruchs der Opfer auf *gleichen Schutz* vor privater Unterdrückung und Misshandlung zur Diskussion steht und der Verzicht auf staatliche Intervention bedeuten würde, dass z.B. Jugendlichen oder Frauen nur deshalb der Schutz versagt wird, weil sie nicht der Mehrheits-, sondern einer Minderheitskultur angehören. Darin liegt eine besondere Art der Ausgrenzung, welche nicht hingenommen werden kann. Zugleich werden hier – wie auch im Fall der *ordre-public* Schranke – zentrale Gehalte unserer Verfassungsordnung geschützt, welche im Sinn einer wohlverstandenen *Politik des Schutzes der eigenen Identität* die Grundvoraussetzung für das Weiterbestehen einer freiheitlichen und pluralistischen Staats- und Gesellschaftsordnung sicherzustellen vermögen.

## II. AUSBLICK: INTEGRATION IN DER EINWANDERUNGSGESELLSCHAFT

### 1. DER BEITRAG DER GRUNDRECHTE ZUR INTEGRATION VON MIGRANTINNEN UND MIGRANTEN

Wie dieser Überblick zeigt, sind die Grundrechte von direkter Relevanz für die Beantwortung der folgenden Fragen: Welches Mass an Einheitlichkeit ist in Einwanderungsgesellschaften gefordert und welcher Grad der Vielfalt ist jeweils konkret wünschbar? In welchen Kontexten und auf welchen Ebenen ist wieviel an Eingliederung und wieviel an Erhaltung von Differenz geboten? Die Grundrechte können, wie die grundrechtsdogmatische Analyse im 2. – 4. Kapitel deutlich macht, einen wichtigen Beitrag zur Beantwortung dieser Fragen leisten. Dabei zeigt sich, dass die unbeirrte Respektierung der Grundrechte von Migrantinnen und Migranten, aber auch die konsequente Anwendung der Schranken dieser Rechte im Ergebnis einen wichtigen Beitrag zu ihrer Integration leisten können. Die Grundrechtspraxis der untersuchten Staaten läuft häufig darauf hinaus, kulturelle Autonomie dann zuzulassen, wenn dadurch die Integrationschancen erhöht werden, und dort zu begrenzen, wo Toleranz gegenüber autonomem Verhalten desintegrativ wirken würde. Die Idee der Integration ist dabei nicht ein übergeordnetes normatives Leitkriterium, sondern vielmehr Resultat einer wohlverstandenen Anwendung der Grundrechte.

<sup>31</sup>Zur Dimension der gesamtgesellschaftlichen Integration hinten S. 209ff.

<sup>32</sup>Vorne S. 181ff und 191f.

<sup>33</sup>Vorne S. 189f.

<sup>34</sup>Vorne S. 178f.

Dies führt zur Frage nach dem Integrationsbegriff und seinem Verhältnis zum Terminus ‚Assimilation‘. In der vorstehenden Zusammenfassung ist Integration formal als Gegenteil von Ausgrenzung und Herabsetzung verwendet worden. Dem Begriff kommt in der heutigen sozialwissenschaftlichen Diskussion allerdings eine materielle Dimension zu, welche im Folgenden zu klären ist.

## 2. STRUKTURELLE INTEGRATION UND KULTURELLE ASSIMILATION

Die Sozialwissenschaften kennen keine einheitliche Terminologie,<sup>35</sup> um den Prozess der Annäherung zwischen Migrantinnen und Migranten bzw. Angehörigen anderer Minderheiten einerseits und der Aufnahmegesellschaft andererseits zu umschreiben. Durchgesetzt hat sich aber, wenn auch unter verschiedenen Begriffen, eine Differenzierung zwischen zwei Grundkategorien, die im Folgenden in Anlehnung an HOFFMANN-NOWOTNY<sup>36</sup> als Assimilation und Integration i.e.S.<sup>37</sup> bezeichnet werden:

- *Assimilation* soll als „Teilhabe an der Kultur“<sup>38</sup> und den Werten der Aufnahmegesellschaft verstanden werden. Sie ist damit das Resultat eines Prozesses, der dazu führt, dass Angehörige von Minderheiten (z.B. ethnisch homogene Einwanderergruppen) *kulturell* in der Aufnahmegesellschaft aufgehen, so dass relevante kulturelle Unterschiede weitgehend verschwinden; dies setzt voraus, dass die Gruppe und ihre Angehörigen ihre ethnisch-kulturelle Identität aufgeben oder verlieren und im Sinne einer Akkulturation die Werte und Verhaltensweisen der Aufnahmegesellschaft übernehmen.<sup>39</sup> Anders gesagt: Eine Gruppe ist assimiliert, wenn sie jede Abgrenzung zur Mehrheit aufgibt.<sup>40</sup>
- *Integration im engeren Sinn* soll demgegenüber Teilhabe an der Struktur der Aufnahmegesellschaft, d.h. Einbezug in die „machthaltige Gliederung“<sup>41</sup> der Gesellschaft bezeichnen. Diese sog. *strukturelle Integration*<sup>42</sup> findet auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Bereichen statt; so kann z.B. von politischer Integration als Eingliederung in und Teilhabe an politischen Entscheidungsprozessen, Integration in den Arbeitsmarkt oder Eingliederung in das Statussystem und die Institutionen der Aufnahmegesellschaft gesprochen werden.<sup>43</sup>

<sup>35</sup>Einen guten Überblick über die verschiedenen terminologischen Ansätze geben Stienen/Wolf, S. 184ff.

<sup>36</sup>Hoffmann-Nowotny, S. 12f.

<sup>37</sup>Zur Integration im weiteren, staatspolitischen Sinn, hinten S. 209ff.

<sup>38</sup>Hoffmann-Nowotny, S. 12f.

<sup>39</sup>In diesem Sinn die Definitionen bei Stienen/Wolf, S. 186.

<sup>40</sup>So das Kriterium von Frederik Barth, *Ethnic Groups and Boundaries. The Social Organization of Culture Difference*, Bergen/Oslo/London 1969 herausgearbeitet; vgl. Stienen/Wolf, S. 154f.

<sup>41</sup>Hoffmann-Nowotny, S. 11 Anm. 2, S. 12.

<sup>42</sup>Hans-Peter Müller/Verena Tobler, *Grundbegriffe, Rahmenbedingungen, ethische Reflexionen, Integrationsleitbild* Zürich, Band II, Beilagen, Zürich, ohne Datum (1998), S. 10f, bezeichnen die „notwendige Strukturintegration“ als Assimilation, weil sie die Übernahme der „strukturbezogenen Normen der Kernkultur“ als Voraussetzung für die erfolgreiche Eingliederung im Arbeitsbereich und in andere gesellschaftliche Strukturen betrachten.

<sup>43</sup>Siehe Stienen/Wolf, S. 194ff.

Assimilation lässt sich schwer quantifizieren. Die strukturelle Integration kann demgegenüber etwa daran gemessen werden, ob die Angehörigen einer Minderheit im Verhältnis zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung in der Berufsausbildung, an den höheren Schulen, bei den Arbeitslosen, in mittleren und höheren Kaderpositionen, in Quartieren mit weit unterdurchschnittlichem Wohnstandard oder – soweit es sich um eigene Staatsangehörige handelt – im Parlament unter- oder überrepräsentiert sind.

Die Abgrenzung ist idealtypischer Art. In der Realität bestehen zwischen Assimilation und Integration komplexe Beziehungen. So gelingt etwa die Integration in politische Entscheidungsprozesse um so eher, je stärker demokratische Werte internalisiert werden, und die Zunahme von ‚Mischehen‘ zwischen Angehörigen der Mehrheit und einer Minderheit ist ein verlässlicher Gradmesser für geglückte Integration,<sup>44</sup> welche allerdings einen hohen Grad an Assimilation voraussetzt.

### 3. INTEGRATIONSMODELLE

In Literatur und Praxis hat sich unter normativen Gesichtspunkten der Gedanke weitgehend durchgesetzt, dass volle Assimilation nicht überall gerechtfertigt ist; stärker umstritten ist die Frage, ob auch auf der Ebene der Strukturen und damit der Integration gruppenspezifische Unterscheidungen zulässig oder gar erwünscht sind. Die entscheidende Frage ist: Wo kann Assimilation (nicht) verlangt werden, und wie verhält sich die Gewährung von Freiräumen zum Anliegen der Integration? Rechtlich geht es um das Verhältnis zwischen dem freiheitsrechtlichen Anspruch auf ethnisch-kulturelle Autonomie und dem durch die Rechtsgleichheit abgesicherten Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichbehandlung.

In den Sozialwissenschaften werden verschiedene Konzepte vertreten: Nach HANNAH ARENDT<sup>45</sup> z.B. gilt in der öffentlichen Sphäre (hier staatliche Sphäre genannt) das Gleichheitsprinzip, in der sozialen Sphäre (hier: öffentliche Sphäre) das Wettbewerbsprinzip, das Diskriminierungen zwischen Privaten nicht verbietet, und in der privaten Sphäre das Autonomieprinzip. Migrantinnen und Migranten könnten somit im Verhältnis zum Staat keinerlei Differenzansprüche erheben; sonst aber wären sie frei, ihre eigenen Traditionen zu leben, könnten dabei allerdings keinen Schutz vor Diskriminierung durch andere Private beanspruchen. Dieses Modell entspricht der heutigen Rechtslage nur ungenügend, wo z.B. in der privaten Sphäre grundrechtliche Schutzpflichten des Staates<sup>46</sup> aktuell werden oder, im Fall indirekter Diskriminierung, auch in der staatlichen Sphäre Differenzierungsansprüche erhoben werden können.<sup>47</sup>

Differenzierter sind die Ausführungen von JOHN REX. Er knüpft an der Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre an und identifiziert auf dieser Basis vier mögliche Modelle für die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis zwischen Autonomie (d.h. Vielfalt

<sup>44</sup>Glazer, S. 128f.

<sup>45</sup>Hannah Arendt, *Vita Activa oder Vom tätigen Leben*, 7. Aufl., München/Zürich 1992. S. 27-70.

<sup>46</sup>4. Kapitel, vorne S. 159ff.

<sup>47</sup>2. Kapitel, vorne S. 93ff.

und Differenzierung) und Gleichheit:<sup>48</sup> Bei Modell A gilt in der öffentlichen Sphäre Gleichheit ungeachtet des ethnisch-kulturellen Hintergrundes, während in der Privatsphäre im Sinne des Multikulturalismus Vielfalt erlaubt ist, ja gefördert wird. Modell B lehnt kulturelle Diversität ab und verlangt Einheitlichkeit sowohl in der öffentlichen als auch der privaten Sphäre; Beispiel dafür sind Assimilationspolitiken, wie sie z.B. traditionellerweise in Frankreich verfolgt worden sind. Modell C nimmt die gegenteilige Position ein und geht von ethnisch-kulturellen Differenzierungen und damit von Ungleichbehandlungen in beiden Sphären aus; dies geschah beispielsweise besonders ausgeprägt in Apartheidssystemen oder kolonialen Situationen. Modell D sieht in der Öffentlichkeit Vielfalt und unterschiedliche Rechte vor, obwohl der private Bereich kulturell sehr homogen ist; solche Fälle sind selten.<sup>49</sup>

Diese Kategorisierung ist geeignet, differenzierte Lösungen zu finden. Allerdings stellt sich die Frage, welches Modell für den Verfassungsstaat das richtige ist. Modell D ist für die hier diskutierte Situation kulturell pluralistischer Einwanderungsgesellschaften von vornherein irrelevant. Modell C erlaubt staatliche Herabsetzung bestimmter Gruppen in der öffentlichen Sphäre, was mit Grundrechten nicht vereinbar ist und die staatlich-gesellschaftliche Integration im weiteren Sinn, welche von der grundsätzlichen Gleichberechtigung aller ausgeht, klar gefährdet. Näherer Betrachtung bedürfen die Modelle A und B.

Modell B entspricht der Auffassung von HOFFMANN-NOWOTNY.<sup>50</sup> Er spricht sich gegen die Entkoppelung von kultureller Assimilation und struktureller Integration mit dem Argument aus, dass *gewisse*<sup>51</sup> „kulturelle Züge einer eingewanderten ethnischen Gruppe (...) sowohl mit der Kultur des Immigrationslandes als auch mit dessen Struktur“ nicht kompatibel sind.<sup>52</sup> Diese Unvereinbarkeit verhindert eine strukturelle Integration, weshalb diese Menschen sozial marginalisiert und in eine neue Unterschicht abgedrängt werden; gleichzeitig wecken die kulturellen Unterschiede auf Seiten eines Teils der Aufnahmegesellschaft Abwehrreflexe, was zu weiterer Aussonderung führt: Das Ergebnis sind marginalisierte Minderheiten. Deshalb sieht er als Lösung einzig die kulturelle Assimilation, welche sowohl von der Sozialisation der Eingewanderten wie auch von der Einstellung der Aufnahmegesellschaft her zur strukturellen Integration und damit zum Abbau von Ungleichheit führt. Gelingt dies nicht, befürchtet Hoffmann-Nowotny die Entstehung eines eigentlichen ‚Lumpenproletariates‘, eine Tendenz zur Ghettobildung und die Zunahme von Konflikten. Die aktive Förderung und konsequente Verwirklichung eines kulturellen Pluralismus, so befürchtet er, „würde letztlich bedeuten, dass die *offenen* Gesellschaften der europäischen Immigrationsländer zu *geschlossenen* werden müssten“.<sup>53</sup> Er befürchtet aus diesem Grund, dass eine „Kulturpolitik (...), die auf die *Erhaltung* oder sogar auf die *Verstärkung* kultureller *Heterogenität* (...) zielt, (...) soziale Ungleichheit und strukturelle Segregation definitiv festschreiben“ würde. Er verlangt deshalb eine *Strukturpolitik*. Sie

<sup>48</sup>Rex, S. 15f.

<sup>49</sup>Ders., S. 16, nennt die Südstaaten der USA zur Zeit der Rassensegregation als Beispiel.

<sup>50</sup>Hoffmann-Nowotny, S. 22ff und 83ff.

<sup>51</sup>Ders. betont, dass sich demgegenüber Menschen aus gewissen Kulturen (er nennt Indien und Japan) in verschiedenen Einwanderungsländern strukturell gut integrieren konnten, ohne dabei ihre Kultur aufzugeben.

<sup>52</sup>Ders., S. 22.

<sup>53</sup>Ders., S. 87.

„würde das Entstehen dieser Probleme zu vermeiden trachten und im Gegensatz zu einer *Kulturpolitik* in Richtung auf gleiche Chancen der Teilhabe an Gütern und Werten der Immigrationsländer für alle ihre Mitglieder wirken. Eine solche *Strukturpolitik* könnte allerdings nicht die Erhaltung der kulturellen Identität der ausländischen ethnischen Gruppen garantieren, wenn unter dem Begriff ‘Kultur’ mehr verstanden werden soll als blosses Folklore, auch wenn das Integrationsziel selbstverständlich nicht in der kulturellen Homogenisierung besteht“.<sup>54</sup>

Dies sind gewichtige Einwände. Hoffmann-Nowotny berücksichtigt m.E. aber die Grundthese der Politik der Anerkennung zu wenig, dass ein Zurückdrängen kultureller Identität zu persönlicher Desintegration führen kann,<sup>55</sup> was die Chancen einer erfolgreichen strukturellen Integration ohne Zweifel stark beeinträchtigt. Aus juristischer Sicht ist zudem zu betonen, dass Respekt für kulturelle Freiräume und die *diskriminierungsfreie* Einräumung dieser Autonomiebereiche wesentliche Gehalte der Grundrechte der Verfassung sind und damit zu den Kernbereichen unserer eigenen Identität gehören. Wie bereits dargelegt, lässt sich der Zwang zu vollständiger Assimilation weder mit den Freiheitsrechten der Verfassung noch mit dem Minderheitenschutz gemäss Art. 27 des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte<sup>56</sup> vereinbaren. Zudem hätte eine strengere Handhabung der Grundrechtsschranken gegenüber Einwandererkulturen aufgrund des Rechtsgleichheitsprinzips bedeutende freiheitsbeschränkende Rückwirkungen auf jene Schweizerinnen und Schweizer, die kulturell stark abweichenden Minderheitsgruppierungen angehören.<sup>57</sup> Modell B kann aus grundrechtlicher Sicht wenigstens in seiner starken Ausprägung nicht akzeptiert werden, wenn auch das Grundanliegen der Verhinderung gesellschaftlicher Diskriminierung ernst zu nehmen ist. Zuzustimmen ist allerdings aus grundrechtlicher Sicht der Feststellung, dass zumindest in den europäischen Verfassungsordnungen für eine aktive Politik des Multikulturalismus<sup>58</sup> kaum Raum besteht.

Damit verbleibt für die Diskussion Modell A. Für die Herstellung von Chancengleichheit und Verhinderung von Diskriminierung in der öffentlichen Sphäre bei gleichzeitiger Tolerierung von Diversität in der privaten Sphäre plädiert REX selbst.<sup>59</sup> HABERMAS argumentiert auf ähnliche Weise, wobei er bei der Frage nach der Übernahme von Werten der Gastgesellschaft durch Einwanderer ansetzt. Er postuliert die Entkoppelung der Ebenen der politischen und der ethnisch-kulturellen Assimilation, d.h. der Ebene, die alle Staatsbürger vereinigt, und jener, welche die Gemeinschaften „um je eigene Konzeptionen des Guten“ integriert.<sup>60</sup> Deshalb unterscheidet er zwei Stufen der Assimilation, nämlich

„a) die der Zustimmung zu den Prinzipien der Verfassung innerhalb des Interpretationsspielraumes, der durch das ethisch-politische Selbstverständnis der Bürger und die politische Kultur des Landes bestimmt ist; das bedeutet also eine Assimilation an die Art und Weise, wie in der aufnehmenden Gesellschaft die Autonomie der Bürger institutionalisiert ist und wie hier der ‘öffentliche Gebrauch von Vernunft’ (Rawls) praktiziert wird;

<sup>54</sup>Ders., S. 88.

<sup>55</sup>Dazu vorne im 1. Kapitel, S. 54.

<sup>56</sup>Siehe vorne im 1. Kapitel, S. 42ff.

<sup>57</sup>Z.B. Fahrende oder orthodoxe Jüdinnen und Juden. Vgl. auch die Fälle im 3. und 4. Kapitel, in welchen eigene Staatsangehörige in ihren von der Mehrheit stark abweichenden kulturellen Anliegen geschützt worden sind.

<sup>58</sup>Hierzu 1. Kapitel, vorne S. 65ff.

<sup>59</sup>Rex, S. 28f.

<sup>60</sup>Habermas, Anerkennungskämpfe, S. 181.

b) die weitere Stufe einer Bereitschaft zur Akkulturation, d.h. nicht nur zur äusseren Anpassung an, sondern zur Einübung in die Lebensweise, in die Praktiken und Gewohnheiten der einheimischen Kultur, das bedeutet eine Assimilation, die auf der Ebene ethisch-kultureller Integration durchschlägt und somit die kollektive Identität der Herkunftskultur der Einwanderer tiefergehend berührt als die unter (a) geforderte politische Sozialisation“.<sup>61</sup>

HABERMAS<sup>62</sup> plädiert dafür, dass der demokratische Rechtsstaat – pragmatischerweise allerdings erst von der zweiten Generation an – die politische Assimilation verlangen und fundamentalistische Gruppierungen ausschliessen darf. Der Staat darf seine Identität als Verfassungsstaat gegen Neuankommende schützen und verteidigen und muss nicht zulassen, dass in der Folge einer neuen Zusammensetzung der Bevölkerung seine ureigene Identität, die in seiner politischen Kultur verankert ist, in Frage gestellt wird. Demgegenüber spricht Habermas dem Staat das Recht ab, Minderheiten zur Assimilation im Bereich (b) zu zwingen, da die staatliche Identität nicht an der im Land vorherrschenden Lebensform, sondern eben an politischen Grundwerten festgemacht ist: Von Einwanderern muss, kurz gesagt, „nur die Bereitschaft erwartet werden, sich auf die politische Kultur ihrer neuen Heimat einzulassen, ohne deshalb die kulturelle Lebensform ihrer Herkunft aufgeben zu müssen“.<sup>63</sup>

Für diese Position spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht vieles: Was die Eingliederung in die kulturellen Lebensformen der Mehrheit betrifft, gewähren Rechte wie Religions- und Sprachenfreiheit oder der Schutz von Ehe und Familie den Angehörigen von Minderheiten das Recht, autonom zu entscheiden, ob sie diesen Schritt tun oder an ihren eigenen Traditionen festhalten wollen. Damit diese Freiheit langfristig erhalten bleibt, muss die Identität des Staates als demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstaat geschützt werden, denn die „Demokratie, welche Minderheiten zu integrieren vermag, setzt die Gewährleistung des Rechtsstaates voraus“.<sup>64</sup> Das Problem des Ansatzes liegt allerdings darin, dass er auf der liberalen Trennung von Staat und Gesellschaft, von Öffentlichem und Privatem<sup>65</sup> und damit auf einer Unterscheidung beruht, welche von gewissen kulturellen Traditionen (z.B. im Islam) abgelehnt wird. In der Praxis dürfte es oft schwierig sein, zu unterscheiden, welche Teile einer Minderheitskultur sich auf die politischen Werte beziehen und welche ‚rein‘ kulturellen Charakter haben.<sup>66</sup> Zudem spricht die Unterscheidung nur die Integrationsleistungen an, welche die Minderheit und ihre Angehörigen zu leisten haben, nicht aber die Frage, wann und wo die Mehrheit durch Abbau diskriminierender Schranken (z.B. beim Zugang zu Arbeit, Wohnung oder Status) zur Eingliederung der Minderheit bereit sein muss. In diesem Punkt muss

<sup>61</sup>Ders., S. 183.

<sup>62</sup>Ders., S. 183f.

<sup>63</sup>Ders., S. 184.

<sup>64</sup>So Erhard Denninger, Der Einzelne und das allgemeine Gesetz, in: Kritische Justiz 28 (1995), S. 435, mit Hinweis auf Ronald Dworkin. Ähnlich S. 143ff.

<sup>65</sup>So zustimmend Georg Kohler, Demokratie, Integration, Gemeinschaft – Thesen im Vorfeld einer Einwanderungsgesetzesdiskussion, in: Schweizerischer Arbeitskreis für ethische Forschung (Hrsg.), Migration – Und wo bleibt das Ethische?, Arbeitsblätter 2.94, Nr. 32 (1994), S. 32. Zustimmend zum Vorschlag von Habermas auch Denninger, S. 436.

<sup>66</sup>Ist die traditionelle Trennung der männlichen und weiblichen Sphäre im Islam ein kulturinternes Merkmal, das die Geschlechtertrennung die Sozialbeziehungen innerhalb der Gruppe bis in alle Details mitbestimmt, oder handelt es sich dabei als Geschlechterdiskriminierung um einen Verstoss gegen einen Grundwert der Verfassungsordnung?



Habermas' Konzept aus grundrechtlicher Sicht mit der Betonung der Prinzipien von Nicht-diskriminierung und Chancengleichheit bei Rex verknüpft werden.

Diesen Aspekt betont eine Expertenkommission des schweizerischen Bundesrates in ihrem 1997 veröffentlichten Bericht zur Migrationspolitik.<sup>67</sup> Im Kapitel „Integrationspolitik“ wird eine Art Stufenmodell vorgeschlagen.<sup>68</sup> Danach sollen strukturelle Integrationschritte, hauptsächlich verstanden als erfolgreiche Eingliederung in den Arbeitsmarkt und Erwerb der dafür notwendigen Kenntnisse (inkl. Erwerb einer Landessprache), prioritär gefördert werden. Die Förderung sozialer und kultureller<sup>69</sup> Integration soll dagegen als gegenseitiger und längerfristiger Prozess der Annäherung erst an zweiter Stelle kommen. Die Partizipation am politischen Leben für Daueraufenthalter würde als dritter Schritt folgen. Zu diesen drei Integrationsstufen kommen zwei Grundprinzipien: Einerseits soll die Schweiz und ihre Gesellschaft der ausländischen Wohnbevölkerung „Chancen zur gleichwertigen Teilhabe in den Bereichen Schule, Beruf und im sozialen Bereich“ eröffnen, was aktive Massnahmen der Förderung und Einräumung von Chancen von schweizerischer Seite her erfordert.<sup>70</sup> Andererseits müssen „Zugewanderte und Aufnahmegesellschaft als gemeinsame Basis gewisse Grundwerte anerkennen und respektieren“.<sup>71</sup> Zu diesen Grundwerten gehören „beispielsweise die Anerkennung des staatlichen Gewaltmonopols, die Gleichberechtigung, die demokratische Ordnung, die Unantastbarkeit des Lebens, Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit und die Selbstbestimmung des Individuums“.<sup>72</sup> Die Betonung der Grundwerte hat konzeptionell weitreichende Folgen:

„Wer neu einreist, geht gewissermassen einen Migrationsvertrag mit der Gastgesellschaft ein. Ein solcher Migrationsvertrag bedeutet für die Ausländerinnen und Ausländer, dass sie zu einer strukturellen Integration mit ihren Verpflichtungen bereit sind, die schweizerischen Gesetze und gesellschaftlichen Regeln respektieren; für die Schweiz, dass sie strukturelle Integrationshilfen bietet, bestehende Diskriminierungen und Integrationshindernisse beseitigt.“<sup>73</sup>

<sup>67</sup>Expertenkommission Migration, Ein neues Konzept der Migrationspolitik, Bericht der Expertenkommission Migration im Auftrag des Bundesrates, Bern 1997, S. 34ff. Die Expertenkommission hatte den Auftrag, Vorschläge für eine künftige Migrationspolitik der Schweiz auszuarbeiten. Dabei sollte sie für ein migrationspolitisches Gesamtkonzept insbesondere Ziele, Mittel und Massnahmen darstellen, Zielkonflikte aufzeigen und Massnahmen zur Konfliktschärfung entwickeln (Bericht Expertenkommission Migration, S. 9).

<sup>68</sup>A.g.l.O., S. 34ff. Die Terminologie ist allerdings nicht immer klar: Der Begriff 'strukturelle Integration' wird auf den Bereich der Arbeit beschränkt. In jenem Teil des Berichts, der von der Arbeitsgruppe Integration der Expertenkommission vorbereitet wurde, ist der Begriff weiter gefasst, nämlich als Erwerb von Wissen und Fähigkeiten „welche zur selbständigen Lebensführung notwendig sind. Dazu gehört etwa die Fähigkeit, aus eigener Kraft und mit eigener Arbeit für sich und seine Familie zu sorgen. Überdies ist dazu auch der korrekte Umgang mit zentralen Einrichtungen unserer Gesellschaft wie Schule, Berufsbildung, Gesundheitswesen, Behörden, Banken, Versicherungen und ähnliches erforderlich“ (Integration, Bericht der Arbeitsgruppe Integration der Expertenkommission Migration, in: Expertenkommission Migration, Ein neues Konzept der Migrationspolitik, Materialienband, Bern 1997, S. 88f).

<sup>69</sup>Was darunter zu verstehen ist, wird im Bericht der Expertenkommission nicht ganz klar, da nähere Ausführungen fehlen und im Abschnitt über die Schule (S. 41) auf die Bedeutung einer guten Bildung für den Arbeitsmarkt hingewiesen wird.

<sup>70</sup>Bericht Expertenkommission Migration, S. 34.

<sup>71</sup>A.g.l.O.

<sup>72</sup>A.g.l.O., S. 37.

<sup>73</sup>In Übereinstimmung mit dieser Stossrichtung ist mit Änderung vom 16. Juni 1998 ein Integrationsartikel in das schweizerische Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26.3.1931 (ANAG; SR

Die Stossrichtung dieses Konzeptes ist richtig, und es weist weit über den hier diskutierten Bereich der Grundrechtspraxis hinaus. Allerdings erscheinen die postulierten Grundwerte, die von allen zu teilen sind, im Licht der tatsächlichen Grundrechtspraxis zu unbestimmt. Verpflichtet das Bekenntnis zu Religionsfreiheit, zu Selbstbestimmung und zu Gleichberechtigung Migrantinnen und Migranten zur Annäherung an die Mehrheitskultur, oder berechtigt es im Gegenteil dazu, von der Mehrheit ein Recht zur Differenz einzufordern? Schliesst der Respekt für die schweizerischen Gesetze es aus, Dispensationen und Sonderregelungen zu verlangen, wo die Grundrechte solche nahelegen? Die Grundrechte stehen, wie die vorangehenden Kapitel genügend gezeigt haben, für Gleichheit und für Freiheit; welches Prinzip im konkreten Fall Vorrang erhält, lässt sich auch hier nicht generell, sondern nur bereichsspezifisch, d.h. im Sinn der Ergebnisse der vorangehenden Kapitel beantworten. Mit anderen Worten: Grundrechte determinieren zwar nicht eine staatliche Integrationspolitik, sie vermögen aber, ihr die Richtung zu weisen und Leitplanken zu setzen.

#### 4. GRUNDRECHTE ALS FAKTOR STAATLICHER UND GESELLSCHAFTLICHER INTEGRATION

Damit erweisen sich die Grundrechte selbst als Faktor der Integration, einer Integration allerdings, die auf einer abstrakteren Ebene angesiedelt ist und einen anderen Aspekt dieses komplexen Begriffes meint, jenen der staatlichen und gesamtgesellschaftlichen Integration nämlich. Eine der Idee der strukturellen Integration dienliche Grundrechtspraxis trägt wesentlich zur Verwirklichung einer freiheitlichen und gerechten Staats- und Gesellschaftsordnung bei, an welcher neben der Mehrheit auch alle kulturellen und ethnischen Gruppierungen mit Minderheitsmerkmalen<sup>74</sup> teilhaben können, ohne dass damit der gesamtgesellschaftliche Zusammenhang gefährdet wird.

Damit ist die Frage der Integration als Aufgabe jedes Staates angesprochen. Staatliche Herrschaftsgewalt bezieht ihre Legitimität nicht aus sich selbst. Vielmehr ist, wie J.P. MÜLLER betont hat, der Staat „nur *ein* Gefäss – neben anderen – in dem sich Existenz entfalten kann“.<sup>75</sup> Andere Orte der Entfaltung sind Ehe, Familie, eine religiöse Gemeinschaft oder auch eine ethnisch-kulturelle Gruppe. Staatliches Handeln ist legitim, soweit es die Aufgabe erfüllt, allen Mitgliedern der Gesellschaft möglichst gleichmässig Existenzmöglichkeiten zu gewährleisten, um so „den Menschen in seinem Dasein zu umhegen [und] sein Leben und seine persönliche Freiheit durch Gestaltung der Daseinsbedingungen im Äussern sicherzustellen“.<sup>76</sup> Grundrechte spielen für die Verwirklichung dieses Ziels eine überragende Rolle.<sup>77</sup>

142.20) aufgenommen worden, welcher dem Bund die Möglichkeit gibt, Integration aktiv zu fördern. Art. 25a (neu) lautet: „Der Bund kann für die soziale Eingliederung von Ausländern finanzielle Beiträge ausrichten.“ Ob dies im Sinne der Vorschläge der Expertenkommission geschehen wird, bleibt abzuwarten.

<sup>74</sup>Zum Begriff der Minderheit vorne S. 45ff.

<sup>75</sup>Müller, Demokratischer Staat, S. 137.

<sup>76</sup>A.g.l.O.

<sup>77</sup>Zur staatslegitimierenden Funktion der Grundrechte siehe Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 360, Bern 1964, S. 105ff; ders., Elemente, S. 15f.

Weil sich unsere Gesellschaften – nicht nur, aber auch wegen der Migration der vergangenen Jahrzehnte – zunehmend als heterogener erweisen und ihr friedliches Zusammenleben nicht ohne weiteres gesichert ist, muss der moderne Verfassungsstaat ein Mindestmass an Einheit und Zusammenhalt schaffen und erhalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es wichtig, dass Grundrechte auf das Ziel einer freiheitlichen und gerechten Staats- und Gesellschaftsordnung ausgerichtet werden, an der alle Menschen ungeachtet ihrer kulturellen Ausrichtung und ethnischen Herkunft teilhaben können, d.h. in die sie *integriert* sind. Integration bedeutet hier positiv die Herstellung jenes Masses an Zusammenhalt und Übereinstimmung, das Staat und Gesellschaft vor dem Auseinanderbrechen bewahrt; negativ meint sie das Gegenteil von Segregation, von Ausgrenzung und Ausschluss.

Integration in diesem weiten Sinn ist von jedem Staat zu leisten.<sup>78</sup> Wie RUDOLF SMEND betont hat, existiert der Staat nur als „permanente Lebensäusserung konkreter Menschen“,<sup>79</sup> und er beruht nur „auf der immer neuen freiwilligen Zustimmung seiner Angehörigen“.<sup>80</sup> Integration ist aber auch jeder Gesellschaft aufgetragen, will sie nicht auseinanderbrechen.<sup>81</sup> Auf beiden Ebenen spielen bei diesem Prozess die Verfassung<sup>82</sup> im Allgemeinen und die Grundrechte im Besonderen eine grosse Rolle: Sie können, wie etwa das Beispiel der Religionsfreiheit zeigt,<sup>83</sup> Rechtsfrieden schaffen und Freiräume für autonome Entfaltung zur Verfügung stellen. Sie vermögen die Identifikation der Privaten mit dem Staat zu erleichtern, wenn die Menschen den Staat als Rahmen erleben, der ihnen ihre existentielle Entfaltung als konkrete Personen mit je eigenen Bedürfnissen ermöglicht. Die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot verhindern Aussonderung und damit verbundene Herabsetzung, und das Wissen um die Achtung von Ehe-, Familien- und Privatleben durch den Staat trägt zum Gefühl des Aufgehobenseins in einem Gemeinwesen erheblich bei.

In Situationen von kulturellem Pluralismus, wie sie für Einwanderungsgesellschaften typisch sind, kann eine der strukturellen Integration von Migrantinnen und Migranten dienende Grundrechtpraxis einen wichtigen Beitrag zur staatlichen und gesamtgesellschaftlichen Integration leisten. Dabei darf Integration auch auf dieser Ebene nicht mit Einheitlichkeit gleichge-

<sup>78</sup>Zur Integration als Staatsaufgabe siehe die klassische, von nationalen Anflügen allerdings nicht freie Position von Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), abgedruckt in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 119ff, insb. S. 136ff (siehe zu Smend etwa Peter Badura, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre – Zum Tode von Rudolf Smend*, in: *Der Staat* 16/3 (1977), S. 305ff; in der Schweiz ist Smend vor allem von Richard Bäumlin, *Staat – Recht und Geschichte*, Zürich 1961, rezipiert worden. Siehe neuerdings nun auch J.P. Müller, *Demokratischer Staat*, S.145f).

<sup>79</sup>So die treffende Umschreibung der Integrationslehre von Smend bei J.P. Müller, *Demokratischer Staat*, S. 145.

<sup>80</sup>Rudolf Smend, *Integration* (1966), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 485.

<sup>81</sup>Der Integrationsbegriff der allgemeinen Soziologie, wie er auf Talcott Parsons, *An Outline of the Social System*, New York 1961, zurückgeht, bezeichnet „eine Beziehungsform zwischen gesellschaftlichen Einheiten, durch welche die sozialen Einheiten derart zusammenwirken, dass einerseits ein Zusammenbruch und eine ‘Gefährdung der Stabilität’ des Systems vermieden werden und andererseits das System ‘als Einheit’ funktioniert“ (so die Zusammenfassung bei Stienen/Wolf, S. 178).

<sup>82</sup>Hierzu Kurt Eichenberger, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung, 700 Jahre Confoederatio Helvetica*, Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag 1991, Basel 1991, S. 207ff, und – in Hinblick auf die Integration im Bundestaat – Regula Kägi-Diener, *Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft aus bundesstaatlicher Sicht*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 117 (1998), S. 595ff.

<sup>83</sup>Siehe vorne S. 21ff.

setzt werden. Es braucht, wie DENNINGER prägnant formuliert hat, beides: Ein Mindestmass an Einheit in Hinblick auf „die Hervorbringung und Fortbildung einer integrierenden, von allen Gruppen anerkannten Rechtsordnung“ ist ebenso notwendig wie die Vielfalt unterschiedlicher Gruppenidentitäten.<sup>84</sup> „Einheit in der Vielfalt“ ist ein Ziel, das in verschiedenen Kontexten und auf verschiedenen Ebenen erreicht werden kann. Die Schweiz als mehrsprachiger Staat oder die Erfahrungen von klassischen Einwanderungsstaaten in Übersee zeigen z.B., dass Assimilierungszwang Rückzug in ethnische Gruppensolidarität und damit Abgrenzung bewirken kann.<sup>85</sup> Damit diese Vielfalt nicht zu Desintegration führt, ist allerdings eine tragfähige Basis gemeinsamer Grundwerte notwendig.<sup>86</sup>

Jede sachgerechte Handhabung der Grundrechte im Kontext der Einwanderungsgesellschaft hat deshalb von zwei Prämissen auszugehen:

1. *Kulturelle Vielfalt ist ein wesentliches Element jeder freiheitlichen Ordnung und deshalb zu achten und zu schützen:* Der grundrechtsbezogene Verfassungsstaat darf für sich nicht das Monopol beanspruchen, für alle Menschen inhaltlich festzulegen, was ein ‚gutes‘ bzw. ‚richtiges‘ Leben ausmacht; er soll auch nicht Partei für bestimmte Lebensentwürfe ergreifen. Vielmehr muss er diese Entscheidung den autonomen Mitgliedern einer in der Folge grundrechtlicher Freiheit grundsätzlich pluralistischen Gesellschaft überlassen. Jede Demokratie – ob nun migrationsbedingte Minderheiten in ihr leben oder nicht – bezieht ihre Lebendigkeit aus der Vielfalt von Ansichten und Lebensentwürfen, für die sie eine Integrationsbasis bieten muss. In Hinblick auf die Erhaltung der Lernfähigkeit von Staat und Gesellschaft besteht ein Interesse daran, dass Individuen in einem Kontext leben können, der vielfältig genug ist, um echte Wahlmöglichkeiten zu eröffnen.<sup>87</sup> Schliesslich erfordert der Respekt für die Menschenwürde dort Anerkennung kultureller Identitäten, wo deren Verkenning Menschen herabwürdigt und damit Leiden verursacht.<sup>88</sup>
2. Gleichzeitig darf *der Verfassungsstaat seine eigene Identität nicht aufgeben.* Demokratische und rechtsstaatliche Grundwerte und Prinzipien bilden die unabdingbare Voraussetzung dafür, dass Menschen in Autonomie und Vielfalt zusammenleben können.<sup>89</sup> Die einzige Homogenität, auf die er angewiesen ist, bleibt, wie kürzlich J.P. MÜLLER in Erinnerung gerufen hat, die allen Menschen gleiche „Bereitschaft, Differenzen anzuerkennen, Pluralität gelten zu lassen, Dissense nicht zu unterdrücken und die Menschen, die dahinter

<sup>84</sup>Denninger, S. 435.

<sup>85</sup>Schulze-Fielitz, S. 170f, mit weiteren Hinweisen.

<sup>86</sup>Im Kern geht es dabei, wie Lord Jenkins in Bezug auf den Umgang mit Einwanderung formuliert hat, um die Verwirklichung und Erhaltung von Chancengleichheit, gekoppelt mit kultureller Vielfalt in einer Atmosphäre gegenseitiger Toleranz. Siehe Roy Jenkins, *Essays and Speeches*, London 1967, S. 267: „I define integration, (...), not as a flattening process of assimilation but as equal opportunity, coupled with cultural diversity, in an atmosphere of mutual tolerance.“; zitiert bei Poulter, *Limits*, S.174.

<sup>87</sup>Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, S. 82ff, spricht hier von der kulturellen Vielfalt als „context of choice“; dazu vorne S. 57f.

<sup>88</sup>Zu diesem Grundgedanken der Politik der Anerkennung vorne S. 54f. Wie J.P. Müller betont hat, bleibt es ein Grundbedürfnis des Menschen, „als wertvolles Wesen respektiert und geachtet zu werden, das (...) seine Werthaftigkeit nicht aus der Einpassung oder Einfügung in [ein] Menschenbild bezieht“, das vom Staat oder der Mehrheit vorgeformt ist (Müller, *Demokratischer Staat*, S. 142).

<sup>89</sup>So Habermas, *Anerkennungskämpfe*, S. 175f; siehe dazu auch vorne im 1. Kapitel S. 64f.

stehen, nicht zu vergewaltigen“.<sup>90</sup> Grundwerte und Grundprinzipien wie Chancengleichheit für alle, Nichtdiskriminierung, Verzicht auf gewaltsame Konfliktlösungen oder Toleranz gegenüber Andersdenkenden sind deshalb auch gegenüber kulturell abweichenden Ansprüchen zu verteidigen.

### **III. SPIELREGELN FÜR DEN UMGANG MIT KULTURELL GEPRÄGTEN GRUNDRECHTSKONFLIKTEN**

Damit kommen wir zum Schluss: Ausgangspunkt dieser Arbeit war die Feststellung, dass kulturelle Vielfalt, wie sie in vielen Verfassungsstaaten seit langem besteht und durch das Phänomen der Migration heute verstärkt wird, nicht ohne weiteres zu einem harmonischen Zusammenleben der verschiedenen Gruppierungen führt. Kulturelle Konflikte, d.h. Spannungen und Auseinandersetzungen, die von den Beteiligten an kulturellen Kategorien wie Religion, Sprache oder ethnische Herkunft festgemacht werden, sind eine Realität. Grundrechte bilden einen Rahmen, innerhalb dessen heute solche Konflikte immer häufiger ausgetragen werden, und ihnen kommt normativ die Funktion zu, prinzipiengeleitete Lösungen für deren Beilegung bereitzustellen. Sie sind damit geeignet, in den modernen Einwanderungsstaaten gleichzeitig die Ausgrenzung von Minderheiten zu verhindern und zur Herstellung jenes Mindestmasses an innerem Zusammenhalt von Staat und Gesamtgesellschaft beizutragen, das für ihr langfristiges Überleben notwendig ist.

Aus grundrechtlicher Sicht lassen sich abschliessend einige zentrale Grundprinzipien identifizieren, die geeignet sind, um dieses Ziel zu erreichen:

1. Grundsätzlich muss der Staat alle Menschen ungeachtet ihrer ethnischen, religiösen oder sonst kulturell geprägten Herkunft gleich behandeln (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).
2. Kulturelle Differenz muss der Staat zulassen, wo eine Anwendung an sich neutraler Regelungen zu einer nicht rechtfertigungsfähigen, einseitigen Belastung und Herabsetzung von Angehörigen einer bestimmten ethnischen oder religiösen Gruppe führt und damit eine indirekte Diskriminierung bewirkt.
3. Gleiches gilt, wo Dispensationen von Pflichten oder andere Formen der Zulassung von Differenz die Integration der Betroffenen in staatliche oder gesellschaftliche Institutionen erleichtert, ohne dass dadurch deren Aufgabenerfüllung ernsthaft gefährdet bzw. gewichtige und überwiegende öffentliche Interessen oder wichtige Rechte privater Dritter missachtet würden.
4. Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass Freiheitsrechte wie die Religionsfreiheit, das Erziehungsrecht der Eltern und die Freiheit von Ehe und Familie auch für Angehörige von Minderheitenkulturen gelten, weshalb ein Assimilationszwang in diesen Bereichen grundsätzlich verboten ist.

<sup>90</sup>Müller, Demokratischer Staat, S. 144.

5. Grenzen der Toleranz sind allerdings erreicht, wo das Völkerrecht Privaten ein bestimmtes Verhalten verbietet (z.B. Verbot der Zwangsheirat), wo Erwachsenen, die sich einer bestimmten Praxis nicht freiwillig unterziehen, eine ernsthafte Gefahr für die physische und psychische Integrität droht, oder wo das Kindeswohl aus den gleichen Gründen ernsthaft gefährdet ist.
6. Zulässig ist es schliesslich, dass der Aufenthaltsstaat seinen ordre public, d.h. die zentralsten Wertgehalte der eigenen Rechtsordnung, auch gegenüber Migrantinnen und Migranten durchsetzt. Dabei ist allerdings auf die konkreten Auswirkungen für die Betroffenen Rücksicht zu nehmen, was beispielsweise Zurückhaltung dort nahelegt, wo ein solcher Schritt ohnehin benachteiligte Personen (z.B. Kinder aus polygamen Ehen) noch weiter benachteiligen würde.

Diese Grundsätze stellen so etwas wie grundlegende Spielregeln des Zusammenlebens in Einwanderungsgesellschaften dar. Sie nehmen die Tatsache ernst, dass in solchen Gesellschaften rechtliche Auseinandersetzungen zunehmend unter Rückgriff auf kulturelle Kategorien ausgetragen werden. Sie suchen den Ausgleich zwischen den oft gegensätzlichen, aber gleichberechtigten Anliegen der Gleichheit und der Differenz. Sie verlangen von beiden Seiten, der eingessenen Mehrheit und zugewanderten Minderheiten, einander ein Stück weit entgegenzukommen, ohne die je eigenen Traditionen und Identitäten aufgeben zu müssen. Schliesslich sind sie geeignet, die gesellschaftliche Kohäsion zu stärken, ohne zum Mittel differenzblinder Assimilation greifen zu müssen.

## BIBLIOGRAPHIE

Weitere Literaturangaben finden sich im Text. Literatur und Rechtsprechung sind bis Anfang 1999 verarbeitet. Später erschienene Literatur und Praxis konnte nur noch punktuell berücksichtigt werden.

Zwei oder mehrere Werke des gleichen Autors bzw. der gleichen Autorin werden mit einem im Literaturverzeichnis kursiv dargestellten Beiwort aus dem Titel zitiert.

Aguila, Yann: Le temps de l'école et le temps de Dieu, in: Revue Française de Droit administratif 11 (1995), S. 585-598.

Alberts, Hans: Die schwierige Toleranz, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 1164ff.

Aldeeb Abu-Sahlieh, Sami A.: Mutiler au nom de Yavhe ou d'Allah. Légitimation religieuse de la circonsion masculine et féminine, Les Cahiers du Monde Arabe no. 103, 1993.

Alexy, Hans: Minderheitenschutz und Grundgesetz – Zur Rechtsstellung von Zuwanderern, in: Informationsbrief Ausländerrecht 9 (1994), S. 301ff.

Arendt, Hannah: Vita Activa oder Vom tätigen Leben, 7. Aufl., München/Zürich 1992.

Arioli, Kathrin, Die *Rechtsfigur* der indirekten Diskriminierung, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1993, S. 1327ff.

dies.: *Frauenförderungsmassnahmen* im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Zürich 1992.

Aubert, François, L'Islam à l'école publique, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 479ff.

Auer, Andreas: La prohibition de la *discrimination* des requérants d'asile et des réfugiés, in: Walter Kälin (Hrsg.), Droit des réfugiés, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit 1990, Fribourg 1991, S. 269-284.

dies.: Constitution et politique d'*immigration*; la quadrature des trois cercles, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 1230ff.

Autexier, Christian: Les manifestations d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement scolaires allemands, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1), 1991, S. 58ff.

Bannwart-Maurer, Elena: Das Recht auf Bildung und das Elternrecht, Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Bern/Frankfurt 1975.

Barth, Frederik (ed.): Ethnic Groups and Boundaries. The Social Organization of Culture Difference, Bergen/Oslo/London 1969.

Barrière, Louis-Augustin: La reconnaissance restreinte d'unions polygamiques, in: Rubellin-Devichi, Jacqueline (éd.): Droit de la famille, Paris 1996, Rz. 68-115.

Basdevant-Gaudemet, Brigitte, Le statut juridique de l'Islam en France, in: Revue de Droit Public 2/1996, S. 355-384.

Bayefsky, Anne F., The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, in: Human Rights Law Journal (HRLJ) 1990, S. 1ff.

Bayer, Klaus Dieter: Das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit unter besonderer Berücksichtigung des Minderheitenschutzes, Baden-Baden 1997.

Beck-Karrer, Charlotte: Frauenbeschneidung in Afrika, Bern 1992.

Bell, John: École et religion au Royaume-Uni, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1) 1991, S. 67ff.

Betts, Katharine: Immigration to Australia – a New Focus for the 1990's?, in: Heckmann, Friedrich/Bosswick, Wolfgang (eds.), Migration Policies: a Comparative Perspective, Stuttgart 1995, S. 59ff.

- Bock, Wolfgang, Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 123 (1998), S. 444ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Das *Grundrecht* der Gewissensfreiheit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVdStRL) 1970, S. 33ff.
- ders.: *Kreuze* (Kruzifixe) in Gerichtssälen?, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR) 20 (1975), S. 119-147.
- ders.: *Elternrecht* – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Krautscheid, Joseph/Marré, Heiner (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, Münster 1980.
- Bormann, Regina: ‚Multikulturalität‘? Die sozialwissenschaftliche Kulturforschung angesichts des Umlaufs ihrer Kategorien, in: Schweizerische Zeitschrift für Soziologie 23 (1997), S. 283-302.
- Bös, Mathias: Ethnisierung des Rechts? Staatsbürgerschaft in Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und den USA, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 45 (1993), S. 619 – 643
- Bossuyt, Marc, Article 14, in: Pettiti, Louis-Edmond/Decaux, Emmanuel/Imbert, Pierre-Henri (Hrsg.), La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article, Paris 1995, S. 475ff.
- Bourdelois, Béatrice: Mariage polygamique et droit positif français, in: Journal de Droit International 1994, S. 179ff.
- Bourrat, Anne: Les sanctions de conditions de formation du mariage, in: Rubellin-Devichi, Jacqueline (éd.): Droit de la famille, Paris 1996, Rz. 156-216.
- Bragyova, András: Are There Any Minority Rights?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), 1994, S. 489-507.
- Brandhuber, Klaus: Die Problematik des Schächtens im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 561ff.
- Brauchli, Andreas: Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982.
- Bunch, Charlotte: Transforming Human Rights from a Feminist Perspective, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (eds.), Women’s Rights – Human Rights, New York/London 1995, S. 11ff.
- Bundesamt für Statistik (Hrsg.): Strukturatlas der Schweiz, Zürich 1997.
- Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Migration und ausländische Bevölkerung in der Schweiz 1997, Neuchâtel 1998.
- Burckhardt, Walther: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.
- Campenhausen, Axel Freiherr von: Religionsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhoff, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, München 1989.
- Capotorti, Francesco: Études des droits de personnes appartenants aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques, New York 1991.
- Chapelle, Béatrice de: Le phénomène polygame en France, in: Revue Française des Affaires Sociales 51/1997, No. 2 (Insertion, intégration: concepts et pratiques), S. 145ff.
- Charvin, Robert/Sueur, Jean-Jacques, Droits de l’homme et libertés de la personne, Paris 1997.
- Clapham, Andrew: Human Rights in the Private Sphere, Oxford 1993.
- ders.: The Privatisation of Human Rights, in: European Human Rights Law Review, Launch Issue 1995, S. 20ff.
- Clark, Tom/Niessen Jan: Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America: The Promise, the Practice and Some Remaining Issues, in: Netherlands Quarterly of Human Rights (NQHR) 1996, S. 245ff.



- Claydon, J.: The transnational Protection of Ethnic Minorities: A Tentative Framework for Inquiry, in: The Canadian Yearbook of International Law 13 (1975), S. 25ff.
- Coates, Kenneth: Lord Durham revisited: The Cultural Struggle of Nations and Peoples Within The Canadian State, in: Canadian Institute for the Administration of Culture, Justice and Law, Montreal 1992, S. 11ff.
- Craven, Matthew C.R., The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights – A Perspective on its Development, Oxford 1995.
- Cretney, Stephen M.: Principles of Family Law, 4<sup>th</sup> ed., London 1984.
- Cumper, Peter: Religious Liberty in the United Kingdom, in: Witte, John/van der Vyver, Johan D. (eds.), Religious Human Rights in Global Perspectives, Legal Perspectives, The Hague 1996, S. 205ff.
- Davis, Michael H.: La laïcité des écoles publiques aux États-Unis et l’affaire des ‚foulards‘ en France, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1) 1991, S. 66f.
- Delpérée, Francis: École et religion en Belgique, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1) 1991, S. 63f.
- Denninger, Erhard: Der Einzelne und das allgemeine Gesetz, in: Kritische Justiz 28 (1995), S. 425ff.
- Dicke, Detlev Christian: Art. 53, in: Kommentar Bundesverfassung, Basel/Bern/Zürich 1989.
- Diederichsen, Uwe: Kommentar zum 5. Teil des BGB, in: Palandt, Wolfgang/Bassenge, Peter (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Auflage, München 1998.
- Dijk, Peter van/Hoof, Godefriedus van: Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 2<sup>nd</sup> ed., Deventer/Boston 1990.
- Dine, Janet/Watt, Bob, Discrimination Law: Concepts, Limitations, and Justifications, London/New York 1996.
- Dinstein, Yoram: Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities, in: Dinstein, Yoram/Tabory, Mala (eds.): The Protection of Minorities and Human Rights, Dordrecht/Boston/London 1992, S. 145ff.
- Dorsch, Gabriele: Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994.
- Ehringfeld, Klaus: Eltern-Kind-Konflikte in Ausländerfamilien, Berlin 1997.
- Ericksen, Hans-Uwe: Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt. Zur Verfassungsmässigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindeserziehung durch und aufgrund von Normen des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts, Berlin 1985.
- Evans, Malcolm D.: Religious Liberty and International Law in Europe, Cambridge 1997.
- Expertenkommission Migration: Ein neues Konzept der Migrationspolitik. Bericht und Materialienband der Expertenkommission Migration im Auftrag des Bundesrates, Bern 1997.
- Fleiner-Gerster, Thomas (Hrsg.): Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft. Eine neue Herausforderung an die Europäische Verfassung, Fribourg 1995.
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 1996.
- Fulchiron, Hugues: L’autorité parentale, in: Jacqueline Rubellin-Devichi (éd.), Droit de la famille, Paris 1996, Rz. 1843-1970.
- Füssel, H.-P.: *Multikulturelle Erziehung* in Deutschland, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1993, S. 228ff.
- ders.: *Kulturkonflikte* im Schulrecht, in: Bryde, Brun-Otto (Hrsg.), Das Recht und die Fremden. Baden-Baden 1994, S. 67ff.
- Gebert, Pius: Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und seine Auswirkungen auf das schweizerische Bildungswesen, St. Gallen 1996.

- Gillette-Frenoy, Isabelle: *L'excision et sa présence en France*, Paris 1992.
- Glazer, Nathan: *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge (Massachusetts)/London 1997.
- Green, Leslie: *Internal Minorities and their Rights*, in: Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995, S. 257ff.
- Groh, Bernd Martin: *Lehrer und Jugendreligionen – Zwischen Indoktrination und Religionsfreiheit*, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 1984, S. 109.
- Gromitsaris, A.: *Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 121 (1996), S. 359ff.
- Gut, Walter, *Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen im säkularen Staat*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)* 1997, S. 63ff
- Gut, Walter, *Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen – Eine Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheidungen über Kreuze und Kruzifixe in kommunalen Schulzimmern*, Zürich 1997.
- Guyaz, Alexandre, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne 1996.
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1987
- ders., *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat*, in: Taylor, Charles: *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt a.M. 1993, S. 147-196.
- Häfelin, Ulrich: *Art. 49*, in: *Kommentar Bundesverfassung*, Basel/Bern/Zürich 1991.
- Haefliger, Arthur, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich – Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, Bern 1985.
- Hangartner, Yvo: *Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 123 I 296 (Kopftuch-Entscheid)*, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 5/1998, S. 599ff.
- ders.: *Die Universitätshexe, Mehrheiten und Minderheiten im Spannungsfeld der Grundrechte*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)* 116 (1997), S. 105ff.
- Harris, David J./O'Boyle, Michael/Warbrick, Chris, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh 1995.
- Hartney, Michael: *Some Confusions Concerning Collective Rights*, in: Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995, S. 202ff.
- Häussler Ulf: *Religion und Integration*, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)* 1999, S. 32ff.
- Haut Conseil à l'intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration, Rapport au Premier ministre*, mars 1992, Paris 1992.
- Heckmann, Friedrich/Bosswick, Wolfgang (eds.): *Migration Policies: a Comparative Perspective*, European Forum for Migration Studies, Stuttgart 1995.
- Hegnauer, Cyril: *Grundriss des Kindesrechts*, 4. Aufl., Bern 1994.
- Heinz, Wolfgang S.: *Indigenous populations, ethnic minorities and human rights*, Berlin 1988.
- Heitmeyer, Wilhelm/Dollase Rainer (Hrsg.): *Die bedrängte Toleranz*, Frankfurt a.M. 1996.
- Hellermann, Johannes: *Der Grundrechtsschutz der Religionsfreiheit ethnisch-kultureller Minderheiten*, in: Heitmeyer, Wilhelm/Dollase, Rainer (Hrsg.), *Die bedrängte Toleranz*, Frankfurt a.M. 1996, S. 382ff.
- ders.: *Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit*, in: Christoph Grabenwarter et al. (Hrsg.), *Allgemeinheit der Menschenrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart 1994, S. 129ff.
- Hinz, Manfred: *Kommentar zu § 1626 - 1698b BGB*, in: Rebmann, Kurt/Sacher, Franz-Jürgen, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., München 1992.

- Hocker, Reinhard: Türkische Jugendliche im ideologischen Zugriff, in: Heitmeyer, Wilhelm/Dollase Rainer (Hrsg.): Die bedrängte Toleranz, Frankfurt a.M. 1996, S. 426ff.
- Höffe, Ottfried: Vernunft und Recht, Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a.M. 1996.
- Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim: Chancen und Risiken multikultureller Einwanderungsgesellschaften, Forschungspolitische Früherkennung Nr. 119, Bern 1992.
- Hollander, A.N.J den: Der ‚Kulturkonflikt‘ als soziologischer Begriff und als Erscheinung, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1955, S. 161ff.
- Hufen, Friedhelm, Anmerkung zum Urteil des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs vom 2.5.1988, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1989, S. 343ff.
- Jacobs, Francis G./White, Robin C.A., The European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford 1996.
- James, Mary Ann: Federal Prohibition of Female Genital Mutilation: The Female Genital Mutilation Act of 1993, H.R. 3247, in: Berkeley Woman's Law Journal 9 (1994), S. 206ff.
- Kälin, Walter, Ausländerdiskriminierung, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 561ff.
- Kälin, Walter/Caroni, Martina: Diskriminierungsverbot und Familiennachzug – Eine Studie zur Frage der Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern im schweizerischen Recht, Bern 1998.
- Kälin, Walter/Malinverni, Giorgio/Nowak, Manfred: Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M./Bruxelles 1997.
- Kallen, Evelyn: Ethnicity and Human Rights in Canada, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto/Oxford/New York 1995.
- Karlen, Peter: Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988.
- Kästner, Karl-Hermann: Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 123 (1998), S. 408ff.
- Kaufmann Beat: Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht, Zürich 1989.
- Kley, Andreas: Die Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, St. Gallen 1989.
- Kluge, Hans-Georg: Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächstens, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1992, S. 141ff.
- Kohler, Georg: Demokratie, Integration, Gemeinschaft – Thesen im Vorfeld einer Einwanderungsgesetzdiskussion, in: Schweizerischer Arbeitskreis für ethische Forschung (Hrsg.), Migration – Und wo bleibt das Ethische?, Arbeitsblätter 2.94, Nr. 32 (1994), S. 17-34.
- Kokott, Juliane: Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: Coester-Waltjen, Dagmar/Kronke, Herbert/Kokott, Juliane: Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, Heidelberg 1998, S. 71ff.
- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, hrsg. von Aubert, Jean-François; Eichenberger, Kurt; Müller, Jörg Paul; Rhinow, René A; Schindler, Dietrich, Basel/Zürich/Bern 1987ff.
- Koubi, Geneviève: *Observations* (Conseil d'État, 20.5.1996, Affaire Ali), in: L'Actualité juridique – Droit administratif (AJDA) 1996, S. 710f.
- dies.: *Note* (Affaire Consistoire central des israélites de France et affaire *Koen*), in: Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 483ff.
- dies.: *Note* (Affaire *Kherouaa*), in: Recueil Dalloz Sirey 1993, S. 109ff.
- dies.: *Note* (Affaire *Aoukili*), in: Recueil Dalloz Sirey 1995, S. 366ff.
- Kuhl, Thomas/Unruh, Peter: Religionsfreiheit versus Tierschutz – *Anmerkungen* zum Schächten, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1994, S. 644.

- dies.: Tierschutz und *Religionsfreiheit* am Beispiel des Schächtens, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1991, S. 94ff.
- Kukathas, Chandran: Cultural Toleration, in: Shapiro, Ian/Kymlicka, Will (eds.): Ethnicity and Group Rights, Nomos XXXIX, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York 1997, S. 69-104.
- Kymlicka, Will: *Liberalism, Community and Culture*, Oxford 1991.
- ders.: *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995.
- ders. (ed.): *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995.
- ders.: *Finding Our Way – Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto/Oxford/New York 1998.
- Langenfeld Christine: Integration und kulturelle Identität zugewandeter Minderheiten: Eine Herausforderung für das deutsche Schulwesen – Einführung in einige grundrechtliche Fragestellungen, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 123 (1998), S. 375ff.
- Lederer, Harald W.: Migration und Integration in Zahlen, Europäisches Forum für Migrationsstudien (efms), Bamberg 1997.
- Lerner, Natan: *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht/Boston/London 1991.
- Mahalic, Drew/Mahalic, Joan Gambiae: The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in: Human Rights Quarterly (HRQ) 1987, S. 74ff.
- Malinverni, Giorgio: La Suisse et la protection des minorités (art. 27 Pacte II), in: Kälin, Walter/Malinverni, Giorgio/Nowak, Manfred: Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M./Bruxelles 1997, S. 233ff.
- Mascello, Bruno: Elternrecht und Privatschulfreiheit in der Schweiz, St. Gallen 1995.
- Mayer, Jean-François: Religiöse Polemiken gegen die Heilsarmee in der Schweiz des 19. Jahrhunderts, in: Neumann, Johannes/Fischer, Michael W. (Hrsg.): Toleranz und Repression. Zur Lage religiöser Minderheiten in modernen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1987, S. 198ff.
- Mayer, Matthias: Religionsfreiheit und Schächtverbot, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1997, S. 561ff.
- McGoldrick, Dominic: *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 1994.
- Meehan, Eugene et al.: *The 1997 Annotated Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Scarborough 1996.
- Meyer, Thomas: Identitäts-Wahn. Die Politisierung des kulturellen Unterschieds, Berlin 1997.
- Minow, Martha: Putting up and Putting Down: Tolerance Reconsidered, in: Osgoode Hall Law Journal, Vol. 28, 1990, S. 409ff.
- Modeen, Tore: La liberté religieuse dans le système scolaire finlandais, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1) 1991, S. 67ff.
- Moller Okin, Susan: *Justice, Gender and the Family*, New York 1989.
- Monéger, Françoise: Les musulmans devant le juge français, in: Journal du droit international 2 (1994), S. 345ff.
- Morlok, Martin: Kommentar zu Art. 4 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. 1, Tübingen 1996.
- Moser, Hans-Peter: Anmerkungen zu BGE 119 Ia 178ff, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1994, S. 24ff.

- Müller, Georg: Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht, in: Festschrift Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 231-250.
- Müller, Jörg Paul: *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Aufl., Bern 1991.  
 ders.: *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999.  
 ders.: *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982.  
 ders.: *Einleitung* zu den Grundrechten, in: Jean-Francois Aubert et al. (Hrsg.) *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Bern/Zürich 1996.  
 ders.: Wann existiert ein *demokratischer Staat?*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 117 II (1998), S. 135ff.
- Müller-Volbehr, Jörg.: Das Grundrecht der Religionsfreiheit und seine Schranken, in: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 48 (1995), S. 301ff.
- Münch, Ingo von: Religionsausübung nach islamischem Ritus in einem christlichen Land, in: *Gewissen und Freiheit* 21 (1983), S. 23ff.
- Neumann, Johannes/Fischer, Michael W. (Hrsg.): *Toleranz und Repression. Zur Lage religiöser Minderheiten in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a.M. 1987.
- Neumann, Johannes: Toleranz als grundlegendes Verfassungsprinzip, in: Neumann, Johannes/Fischer, Michael W. (Hrsg.): *Toleranz und Repression. Zur Lage religiöser Minderheiten in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a.M. 1987, S. 71-98.
- Nielsen, Jørgen: *Muslims in Western Europe*, 2<sup>nd</sup> ed., Edinburgh 1995.
- Norgren, Jill/Nanda, Serena: *American Cultural Pluralism and Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Westport/London 1996.
- Nowak John E./Rotunda Ronald D.: *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul/Minnesota 1995.  
 dies.: *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul 1992.
- Nowak, Manfred: UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, *CCPR-Kommentar*, Kehl a.R./Strassburg/Arlington 1989.
- Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, *CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1993.
- Packer, John: On the *Definition* of Minorities, in: Packer, John/Myntti, Kristian (Eds.), *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, Turku/Abo 1993, S. 23ff.  
 ders.: On the *Content* of Minority Rights, in: Rääkkä, Juha (Ed.), *Do We Need Minority Rights ? Conceptual Issues*, *International Studies in Human Rights* vol. 46, The Hague/Boston/London 1994, S. 121ff.
- Packer John/Myntti Kristian (Eds.), *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, Turku/Abo 1993.
- Palm-Risse, Martina: *Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin 1990.
- Parkinson, Patrick: Multiculturalism and the Regulation of Marital Status in Australia, in: Lowe, Nigel/Douglas, Gillian (Eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague/Boston/London 1996.
- Partsch, Karl Joseph, Rassendiskriminierung, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch der Vereinten Nationen*, 2. Auflage, München 1991, S. 649ff.
- Poulter, Sebastian: *English Law and Ethnic Minority Customs*, London 1986.  
 ders.: *The Limits of Legal, Cultural and Religious Pluralism*, in: Hepple, Bob/Szysczak, Erika M. (eds.): *Discrimination: The Limits of Law*, London 1992, S. 172ff.  
 ders.: *Ethnicity, Law and Human Rights, The English Experience*, Oxford 1998.
- Rädler, Peter: Religionsfreiheit und staatliche Neutralität an französischen Schulen, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 56 (1996), S. 353ff.

- Radtke, Frank-Olaf: Fremde und Allzufremde: Zur Ausbreitung des ethnologischen Blicks in der Einwanderungsgesellschaft, in: Wicker, Hans-Rudolf et al (Hrsg.), Das Fremde in der Gesellschaft: Migration, Ethnizität und Staat, Zürich 1996, S. 333-352.
- Räikkä, Juha (ed.): Do we need Minority Rights? Conceptual Issues, International Studies in Human Rights vol. 46, The Hague/Boston/London 1996.
- Raselli, Niccolò: Schickliche Beerdigung für ‚Andersgläubige‘, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 9/1996, S. 1103-1110.
- Raulin, Anne: Femme en cause, Mutilations sexuelles des fillettes africaines en France aujourd'hui, Paris 1987.
- Rao, Arati: The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (eds.), Women's Rights – Human Rights, New York/London 1995, S. 167ff.
- Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M., 1975.
- Rechsteiner, Werner A.: Die Volksschule im Bundesstaat, Zürich 1978.
- Reese-Schäfer, Walter: Grenzgötter der Moral. Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik, Frankfurt a.M. 1997.
- Renck, Ludwig: Staatliche Religionsneutralität und Toleranz – BVerfGE 35, 366 und 52, 233, in: Juristische Schulung (JuS) 1989, S. 451ff.
- Rex, John.: The Concept of a Multicultural Society (1986), in: ders., Ethnic Minorities in the Modern Nation State. Working papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration, Houndsmill/London 1996, S. 11ff.
- Richter, Ingo: *Privatschulen* – Das Thema der achtziger Jahre in den Vereinigten Staaten, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1983, S. 199-208.
- ders.: *Privatschulfreiheit* für die Grundschulen von Sekten?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, S. 1162ff.
- Rieder, Andreas: Indirekte Diskriminierung - Das Beispiel der Fahrenden, in: Kälin, Walter (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte (Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 29) Basel/Frankfurt a.M. 1999, S. 149ff.
- Rimoli, Francesco: École et religion en Italie, in: Revue Française de Droit Administratif 7(1) 1991, S. 71ff.
- Rittstieg, Helmut/Rowe, Gerard C.: Einwanderung als gesellschaftliche Herausforderung: Inhalt und rechtliche Grundlagen einer neuen Politik; eine Untersuchung im Auftrag des Amtes für multikulturelle Angelegenheiten der Stadt Frankfurt am Main, Baden-Baden 1992.
- Rivero, Jean: Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse, L'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989, in: Revue Française de Droit Administratif 6(1) 1990, S. 1-9.
- Rizvi, Fazal: The New Right and the Politics of Multiculturalism in Australia, in: University of London, Institute of Commonwealth Studies, Multiculturalism and the State vol. 1, Collected Seminar Papers no. 47, London 1994, S. 49ff.
- Robert, Jacques: La liberté religieuse, in: Revue International de Droit Comparé 1994, S. 639ff.
- Rockefeller, Steven C.: Kommentar, in: Taylor, Charles, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt am Main 1993, S. 95ff.
- Rodley, Nigel S.: Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments, in: Human Rights Quarterly 17 (1995), S. 48ff.
- Rude-Antoine, Edwige: Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume, Paris 1997.
- Rumpf, Christian: Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1990, S. 129ff.

Saladin, Peter: *Grundrechte im Wandel*, Bern 1982.

ders.: *Rechtsbeziehungen* zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Festschrift Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, S. 175ff.

ders.: Grundrechte und *Privatrechtsordnung*, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 84 (1988), S. 373ff.

Salis, Rudolf Ludwig von: Schweizerisches Bundesrecht. Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesverwaltung seit dem 25.5.1894, Bern 1903.

Sancar-Flückiger, Annemarie: *Ethnische Grenzen – Politische Wirksamkeit. Formen kollektiver Auseinandersetzung von ZwangsmigrantInnen aus der Türkei im schweizerischen Exil*, Bern 1995.

Schlaich, Klaus: *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht*, Tübingen 1972.

Schmitt-Kammler, Arnulf: *Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz*, Berlin 1983.

Schnapper, Dominique: *The Significance of French Immigration and Integration Policy*, in: Heckmann, Friedrich/Bosswick, Wolfgang (eds.), *Migration Policies: A Comparative Perspective*, Stuttgart 1995, S. 99ff.

dies.: *La France de l'intégration*, Paris 1991.

Schulze-Fielitz, Helmuth: *Verfassungsrecht und neue Minderheiten. Verfassungstheoretische Überlegungen zur ‚multikulturellen Gesellschaft‘*, in: Fleiner-Gerster, Thomas (Hrsg.): *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft. Eine neue Herausforderung an die Europäische Verfassung*, Fribourg 1995, S. 133 – 176.

Schweighauser, Jonas: *Anhörung der Kinder bei der Frage der Besuchsrechtsausübung. Direkte Anwendbarkeit von Art. 12 Kinderrechtskonvention*, in: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 7/1998, S. 857ff.

Shapiro, Ian/Kymlicka, Will (Eds.): *Ethnicity and Group Rights*, *Nomos XXXIX*, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York 1997.

Smend, Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 119ff.

ders.: *Integration* (1966), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 482-486.

Spies, Axel: *Verschleierte Schülerinnen in Frankreich und Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1993, S. 637ff.

Spiliotopoulos, Epaminondas P.: *École et religion en Grèce*, in: *Revue Française de Droit Administratif* 7(1) 1991, S. 69f.

Stavenhagen, Rodolfo: *Cultural Rights and Universal Human Rights*, in: Eide, Asbjørn/Krause, Catarina/Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/London 1995, S. 63ff.

Steiger, Heinhard: *Neutralitätsbegriff*, in: Brunner, Otto, et al. (Hrsg), *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 336ff.

Stempel, Martin: *Zwischen Koran und Grundgesetz. Religiöse Betätigung muslimischer Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, Hamburg 1986.

Stienen, Angela/Wolf, Manuela: *Integration – Emanzipation: Ein Widerspruch. Kritische Analyse sozialwissenschaftlicher Konzepte zur ‚Flüchtlingsproblematik‘*, *Sozialwissenschaftliche Studien zu internationalen Problemen*, Bd. 152, Saarbrücken/Fort Lauderdale 1991.

Strauss, Roland, *Das Verbot der Rassendiskriminierung – Völkerrecht, Internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung*, Zürich 1991.

Sullivan, Donna: *The Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (eds.), *Women's Rights – Human Rights*, New York/London 1995, S. 126ff.

- Swinton, Katherine: Multiculturalism and the Canadian Constitution, in: Canadian Institute for the Administration of Justice (ed.), Culture, Justice and Law, Montreal 1992, S. 80ff.
- Taylor, Charles: Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt a.M. 1993.
- Thornberry, Patrick: International Law and the Rights of Minorities, Oxford/New York 1991.
- Tibi, Bassam: Anderssein, ein individuelles oder ein kollektives Menschenrecht?, in: Hoffmann, Hilmar/Kramer, Dieter (Hrsg.): Anderssein – ein Menschenrecht. Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt, Weinheim 1995, S. 65ff.
- Tobler Müller, Vreni: Wirkungen der Migration aus der Sicht ambulanter Ethnologie, in: Kälin, Walter/Moser, Rupert, Migrationen aus der Dritten Welt: Ursachen und Wirkungen, 1. Aufl., Bern/Stuttgart 1989, S. 159f.
- Tschannen, Pierre/Kiener, Regina, Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 403ff.
- Tschümperlin, Urs: Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989.
- Türk, Danilo: Protection of Minorities in Europe, in: Collected Courses of the Academy of European Law 1992, vol. III-2, S. 151ff.
- van den Berghe, Pierre L.: Race – as synonym, in: Cashmore, Ellis, Dictionary of Race and Ethnic Relations, 4<sup>th</sup> ed., London/New York 1996.
- van Dijk, Pieter/van Hoof, Godefriedus J.H.: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3<sup>rd</sup> ed., The Hague/Boston/London 1998.
- Velu, Jacques/Ergec, Rusen: La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990.
- Vierdag, E.W.: Non-discrimination and Justice, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1971, S. 187ff.
- Walzer, Michael: Lokale Kritik – globale Standards. Zwei Formen moralischer Auseinandersetzung, Hamburg 1996.
- ders.: *On Toleration*, New Haven/London 1997.
- ders.: Response to Kukathas, in: Shapiro, Ian/Kymlicka, Will (Eds.): Ethnicity and Group Rights, Nomos XXXIX, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York 1997, S. 105-111.
- Weber-Dürler, Beatrice: Die Rechtsgleichheit und ihre Bedeutung für die Rechtssetzung – eine Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Zürich 1973.
- Wicker, Hans-Rudolf: Von der komplexen *Kultur* zur kulturellen Komplexität, in: Wicker, Hans-Rudolf, et al., Das Fremde in der Gesellschaft: Migration, Ethnizität und Staat, Zürich 1996, S. 373ff.
- ders.: *Multiculturalism and the Sphere Theories of Hannah Arendt and John Rex*, in: ders. (ed.), Rethinking Nationalism and Ethnicity. The Struggle for Meaning and Order in Europe, Oxford/New York 1997, S. 143ff.
- Winzeler Christoph, Fremde Religionen in der Schweiz unter dem Gesichtspunkt der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) nF 117 (1998), S. 237ff.
- Wolf, Susan: Kommentar, in: Taylor, Charles, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt am Main 1993, S. 79-94.
- Wollenschläger, Michael: Rechtsfragen eines Konzeptes gegen Ausländerdiskriminierung, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1994, S. 10ff.
- Wyler, Fritz: Die staatsrechtliche Stellung der israelitischen Religionsgemeinschaft in der Schweiz, Zürich 1929.
- Wyss, Martin-Philipp: Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen *Integration* und Isolation, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1994, S. 385ff.



ders.: Vom *Umgang* mit dem Transzendenten, in: recht 16 (1998), S. 178ff.

Zweifel, Paul: Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zwielficht: zu BGE 116 Ia 252 und 119 Ia 178, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 131 (1995), S. 591ff.