

Dear reader,

This is an author-produced version of an article published in Julia Hänni / Sebastian Heselhaus / Adrian Loretan (eds.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat. Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*. It agrees with the manuscript submitted by the author for publication but does not include the final publisher's layout or pagination.

Original publication:

Adrian Loretan

Religion und Recht in der Rechtsphilosophie von Moses Mendelssohn – Moses Mendelssohns „Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum“

In: Julia Hänni / Sebastian Heselhaus / Adrian Loretan (eds.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat. Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, 167–192

Baden-Baden / Zürich / St.Gallen: Nomos Verlag / Dike Verlag 2019

Access to the published version may require subscription.

Published in accordance with the policy of Nomos: <https://www.nomos.de/urheberrecht/>

Your IxTheo team

---

Liebe\*r Leser\*in,

dies ist eine von dem/der Autor\*in zur Verfügung gestellte Manuskriptversion eines Aufsatzes, der in Julia Hänni / Sebastian Heselhaus / Adrian Loretan (Hg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat. Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit* erschienen ist. Der Text stimmt mit dem Manuskript überein, das die Autorin zur Veröffentlichung eingereicht hat, enthält jedoch *nicht* das Layout des Verlags oder die endgültige Seitenzählung.

Originalpublikation:

Adrian Loretan

Religion und Recht in der Rechtsphilosophie von Moses Mendelssohn – Moses Mendelssohns „Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum“

In: Julia Hänni / Sebastian Heselhaus / Adrian Loretan (Hg.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat. Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, 167–192

Baden-Baden / Zürich / St.Gallen: Nomos Verlag / Dike Verlag 2019

Die Verlagsversion ist möglicherweise nur gegen Bezahlung zugänglich.

Diese Manuskriptversion wird im Einklang mit der Policy des Nomos Verlags publiziert:

<https://www.nomos.de/urheberrecht/>

Ihr IxTheo-Team

# Grundrechte innerhalb der Religionsgemeinschaften - oder: Individuum contra Kollektiv\*

ADRIAN LORETAN\*\*

Dieser Aufsatz will zur Vertiefung des grundrechtlichen Denkens im Bereich der Religionsgemeinschaften beitragen. Dabei können sich die Religionsgemeinschaften nicht allein auf ihre ethische Rolle als Anwältinnen der Menschenrechte zurückziehen, sondern werden danach befragt, wie sie die Menschenrechte in der Religionsgemeinschaft umsetzen, um die „Sakralität der Person“<sup>1</sup> zu gewährleisten. Denn auch jede religiöse Institution, die sich für die Menschenrechte einsetzt, wirkt unglaublich, wenn sie die Menschenrechte in den eigenen Reihen mit Füßen tritt.

Die Frage, ob Grundrechte auch innerhalb der Religionsgemeinschaften denkbar sind, verweist auf ein elementares Problem: das Spannungsverhältnis zwischen den Ansprüchen der Religionsgemeinschaft als Glaubensgemeinschaft und den subjektiven Rechten des einzelnen Mitgliedes. Nehmen wir als Beispiel die Kirchen: „So unzweifelbar der Gedanke der Menschenrechte sich [u.a.] unter christlichem Einfluss entwickelt hat, so unzweifelbar ist zugleich, dass er gegen erheblichen kirchlichen Widerstand durchgesetzt werden musste.“<sup>2</sup> Es musste zuerst die Frage geklärt werden: Wie lassen sich theologisch ausgewiesene Glaubenswahrheiten einerseits und subjektive, am neuzeitlichen Autonomiebegriff orientierte Freiheitsrechte andererseits in der Kirchenordnung verbinden?<sup>3</sup> Ein Ausgleich zwischen Glaubenswahrheit und Freiheitsrechten muss gesucht werden.<sup>4</sup>

Welche Rolle spielt dabei der Rechtsstaat, der Grundrechte gewährleistet? Indem die staatlichen Gerichte kollektive Rechte oder subjektive Rechte<sup>5</sup> im Konfliktfall höher gewichten, beziehen sie Stellung. Durch die ausschliessliche Gewährung von kollektiven Rechten ergreifen die Gerichte Partei für die Religionsgemeinschaft gegen die subjektiven Rechte der Mitglieder einer Religionsgemeinschaft. Oder schützen die Gerichte durch ihre Entscheide Grundrechte

---

\* In den vergangenen 20 Jahren wurde ich mehrfach zur Frage der Güterabwägung zwischen Religionsfreiheit und Gleichstellung angefragt. Darum sind Überschneidungen in der Argumentation mit früheren Publikationen nicht zu vermeiden. Vgl. u.a. *Loretan, Adrian*: Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen aus religionsrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht 2004, Bern 2005, S. 11–38.

\*\* Dr. iur. can. lic. theol., o. Professor für Kirchenrecht und Staatskirchenrecht an der Universität Luzern, Co-Leiter des Zentrums für Religionsverfassungsrecht.

<sup>1</sup> Vgl. *Joas, Hans*: Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte, Berlin 2011.

<sup>2</sup> *Huber, Wolfgang*: Menschenrechte - Christenrechte, in: Recht nach Gottes Wort. Menschenrecht und Grundrecht in Gesellschaft und Kirche, Neukirchen-Vluyn 1989, S. 82.

<sup>3</sup> Anders formuliert: „Wie lässt sich religiöse Inpflichtnahme, die durch gemeinsam anerkannte Glaubenswahrheiten und ein einheitliches Glaubensbekenntnis objektiv vorgegeben sind, mit subjektiv aufgegebener autonomer religiöser Selbstbindung innerhalb der jeweiligen religiösen Rechtstexte in Übereinstimmung bringen?“ *Hafner, Felix*: Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Fribourg 1992, S. 174. (Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 36).

<sup>4</sup> Vgl. *Loretan, Adrian*: Wahrheitsansprüche im Kontext der Freiheitsrechte, Zürich 2017 (Religionsrechtliche Studien, Bd. 3); *Luf, Gerhard*: Rechtsphilosophische Grundlagen des Kirchenrechts, in: Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3., vollständig neubearbeitete Aufl., Regensburg 2015, S. 42–56, bes. S. 46–56.

<sup>5</sup> Ob das Kollektiv oder das Individuum mehr gewichtet wird, ist ein langjähriger Streit in Bezug auf die Wissenschaft, die sich mit Recht und Religion auseinandersetzt, der sich schon im Namen niederschlägt: Vgl. *Heinig, Hans Michael/Walter, Christian*: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Tübingen 2007.

der Individuen, denen damit die Möglichkeit gewährt wird, ihre religiöse Identität selbst zu definieren, wie schon Moses Mendelsohn gegenüber Friedrich dem Grossen eingefordert hat.<sup>6</sup>

## I. Grundrechtsbedarf aus rechtsphilosophischer Sicht

Die Übernahme von Macht über eine Person muss legitimiert werden, weil sie Rechte vom Individuum auf ein Kollektiv überträgt. Montesquieu beschreibt den Umstand, dass mit Macht auch die noch zu beschreibende Möglichkeit des Machtmissbrauchs verbunden ist: „Eine ewige Erfahrung lehrt..., dass jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu missbrauchen“<sup>7</sup>, auch in Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften.

Machtmissbrauch in Religion und Staat im Namen einer Staatskirche, die als politische Einheitsideologie missbraucht wurde, kam häufig im Namen einer religiösen Wahrheit daher. Solche Situationen des religiösen staatlichen Zwangs und der Gewalt zugunsten von Vernunft und Recht zu überwinden, ist das zentrale philosophische Anliegen von Immanuel Kant. Daher entwickelt er gegen die preussische Staatskirche eine Kritik des Politischen und eine Kritik der Religion.

Denn „ab 1792 musste Kant wegen seiner religionsphilosophischen Abhandlungen eine mehrjährige Auseinandersetzung mit der preussischen theologischen Zensurbehörde durchstehen. Er interpretierte die Massnahme der Zensur ... als eine den Fortgang der Aufklärung behindernde Gewaltanwendung“<sup>8</sup>.

Jene religionsphilosophischen Artikel, die zensuriert wurden, fasst Kant in „Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft“ später zusammen. Aber auch seine „Kritik der reinen Vernunft“ und „Der Streit der Fakultäten“ sind von einer gemeinsamen Zielsetzung getragen: „Beide Male sollen Verhältnisse der [Zensur-]Gewalt abgebaut und Bedingungen des [subjektiven] Rechts konstituiert werden.“<sup>9</sup>

Damit hat Kant auch für die heutigen Theologischen Fakultäten die grundlegende Frage gestellt: Wird die Zusammenarbeit von Staat und Religionsgemeinschaften bei den Theologischen Fakultäten als Wissenschaftsfreiheit<sup>10</sup> für die wissenschaftlich tätigen religiösen Subjekte gedeutet. Oder wird in dieser Zusammenarbeit zwischen Staat und Religionsgemeinschaft vor allem die kollektive Religionsfreiheit betont. Je nach Gewichtung des Individuums oder des Kollektivs werden die Gerichte bei Konflikten ganz anders entscheiden. Oder es kann ein Kompromiss zwischen individueller und kollektiver Seite der Religionsfreiheit gefunden wer-

---

<sup>6</sup> Vgl. *Loretan, Adrian*: Religion und Recht in der Rechtsphilosophie von Moses Mendelsohn – Moses Mendelsohns „Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum“, in: Anne Kühler/Felix Hafner/Jürgen Mohn (Hrsg.), *Interdependenzen von Recht und Religion*, Würzburg 2014, S. 93–111 (= *Diskurs Religion. Beiträge zur Religionsgeschichte und religiösen Zeitgeschichte*, Bd. 5).

<sup>7</sup> *Montesquieu, Charles de*: *Vom Geist der Gesetze*, übersetzt von Kurt Weigand, Stuttgart 1984, S. 211.

<sup>8</sup> *Noti, Odilo*: Religion und Gewalt, Eine theologisch interessierte Erinnerung an Immanuel Kant, in: Dietmar Mieth/René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Recht – Ethik – Religion. Der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme*, Bundesrichter Giuseppe Nay zu Ehren, Luzern 2002, S. 134–145, 134.

<sup>9</sup> Ebd. S. 141.

<sup>10</sup> Vgl. *Loretan, Adrian*: Die katholisch Theologischen Fakultäten im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Religionsfreiheit, in: *Adrian Loretan* (Hrsg.) *Theologische Fakultäten an europäischen Universitäten. Rechtliche Situation und theologische Perspektiven*, Münster 2004, 55–65. Vgl. auch *Loretan, Adrian*: Wissenschaftsfreiheit und Wahrheitsanspruch am Beispiel der Theologischen Fakultäten der Schweiz, in: *Matthias Pulte* (Hrsg.) *Kirchliche Hochschulen und konfessionelle akademische Einrichtungen im Lichte staatlicher und kirchlicher Wissenschaftsfreiheit. Staatskirchenrechtliche Tagung Mainz 2016* (Mainzer Beiträge zu Kirchen- und Religionsrecht), Würzburg ab 2016, im Druck.

den wie im deutschen Hochschulrecht,<sup>11</sup> bzw. weniger ideal in der Regelung in Bezug auf die Theologische Fakultät der Universität Luzern.<sup>12</sup>

Kant kritisiert die Religionsgemeinschaften und nimmt ihnen den Nimbus über jeden Verdacht erhaben zu sein: „Ähnlich wie jeder Mensch mit der Verkehrung der Grundsätze sittlichen Handelns den Fall Adams existentiell wiederholt, so lastet auch auf jeder religiösen Institution ‚eine Art von Erbschuld‘, nämlich der Hang zur eigenen Verabsolutierung.“<sup>13</sup> Immanuel Kant warnt vor den sich im Besitz der Wahrheit Wissenden. Rechtlich heisst dies, dass in den Religionsgemeinschaften eine ‚Magna Charta‘ der Menschenrechte zu entwickeln ist bzw. von den Hierarchien abzutrotzen ist.<sup>14</sup>

## II. Grundrechtsbedarf aus juristischer und theologischer Sicht

Religionsgemeinschaften werden von rechtswissenschaftlichen Autoren unter die Begriffe „Interessensgruppe“ oder „Verband“ subsumiert, denn aufgrund ihrer Mitgliederstärke, ihres Organisationsgrades, ihrer gesellschaftlichen Stellung, aber auch ihrer Finanzkraft lässt sich eine „Kirche durchaus mit anderen, anerkanntermassen grundrechtsgefährdenden sozialen Mächten wie etwa dem Staat vergleichen.“<sup>15</sup> Zur Erreichung ihrer Ziele vertreten Weltanschauungsgemeinschaften auch materielle, soziale und politische Interessen, was Machtausübung<sup>16</sup> mit sich bringt, Machtkonflikte in sich birgt und Machtmissbrauch nicht ausschliesst. Vor allem die weltweit bekanntgewordenen Missbrauchsfälle z.B. der katholischen Kirche Australiens, in der „ab 1950 sieben Prozent aller katholischer Geistlichen mit Vorwürfen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger konfrontiert“<sup>17</sup> werden, sind ein klassischer Konflikt zwischen den Interessen einer Religionsgemeinschaft (Kollektiv) und den Betroffenen (Individuen). „In Sachen Kindesmissbrauch war das Kirchenrecht, ohne Anstoss von aussen und als se-

---

<sup>11</sup> Der Professor verliert zwar die Lehrberechtigung in der Theologischen Fakultät, nicht aber seine Professur, die in eine andere Fakultät verlagert wird. Vgl. *Hollerbach, Alexander*: Die rechtliche Stellung der theologischen Fakultäten in der Bundesrepublik Deutschland, in: Adrian Loretan (Hrsg.) *Theologische Fakultäten an europäischen Universitäten. Rechtliche Situation und theologische Perspektiven*, Münster 2004, S. 67–83, bes. S. 75–82.

<sup>12</sup> Weniger ideal ist diese Vereinbarung des Schweizer Hochschulrechts, weil hier nicht explizit die Rechte des Individuums (Wissenschaftsfreiheit), sondern vor allem die Rechte des Kollektivs (Religionsfreiheit) geschützt werden: Vereinbarung zwischen dem Bischof von Basel, der Universität Luzern und dem Kanton Luzern betreffend der Theologischen Fakultät der Universität Luzern vom 8. November 2005, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht* 2007, Bern 2008, 333–338. Kommentar von *Sprecher, Jörg*: Die Vereinbarung zwischen dem Bischof von Basel, der Universität Luzern und dem Kanton Luzern betreffend der Theologischen Fakultät der Universität Luzern vom 8. November 2005, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht* 2008, Bern 2009, S. 87–99.

<sup>13</sup> *Noti*, (Anm. 8), S. 143.

<sup>14</sup> Wie Macht korrumpieren kann, zeigt auf eindrückliche Art und Weise William Shakespeares Schauspiel *Richard III*. Vgl. Dokumentarfilm USA 1996, Al Pacino's *Looking for Richard*. *König Richard III*. Schauspiel in fünf Akten.

Der königlichen Machtfülle von Gottes Gnaden sind wegen des häufigen Machtmissbrauchs die Rechte (Magna Carta) abgetrotzt worden, bzw. die königliche Machtfülle wurde durch konstitutionelle Demokratien ersetzt, bzw. in repräsentative Staatspräsidien umgewandelt.

<sup>15</sup> *Hafner* (Anm. 3), S. 185. Vgl. *Steuer-Flieser, Dagmar*: „Grundrechte“ im Codex Iuris Canonici von 1983 im Vergleich mit dem deutschen Grundgesetz. Eine exemplarische Untersuchung anhand der Wissenschaftsfreiheit, Baden-Baden 1999, S. 83.

<sup>16</sup> Vgl. die Internationale Zeitschrift für Theologie, *Concilium* 24 (1988) Heft 3, zum Thema: Macht in der Kirche.

<sup>17</sup> *Zoll, Patrick*: Der tiefe Fall des Kardinals. Georg Pell, einer der höchsten Würdenträger des Vatikans, wird wegen Sexualdelikten in Australien angeklagt, in: *NZZ* vom 30. Juni 2017, S. 3.

parate Disziplin, nicht in der Lage, zufriedenstellende Antworten auf das Problem zu geben. Es brauchte dazu dringend die indirekte Hilfe des staatlichen Rechts und der öffentlichen Meinung.“<sup>18</sup>

Gleichzeitig ist diese potentiell als „grundrechtsgefährdend“ beschriebene Weltanschauungsgemeinschaft auch Trägerin kollektiver Religionsfreiheit, wenn zwischen der öffentlich-rechtlich anerkannten Körperschaft (Staatskirchenrecht) und der Kirche als Gemeinschaft der Gläubigen (Kirchenrecht) klar unterschieden wird.<sup>19</sup> Zusätzlich ist die katholische Kirche „wegen ihres hierarchischen Aufbaus, der Unterscheidung zwischen Klerikern und Laien sowie ihres bis in das ‚forum internum‘ des Gewissens reichenden ‚Systems von Weisung und Gehorsam‘ [c. 212 § 1 CIC 1983] gegenüber Mitgliedern macht anfällig und gefährdet, Freiheiten über Gebühr einzuschränken.“<sup>20</sup> Diesen Problemkomplex haben die verantwortlichen Bischöfe erkannt und gefordert, „dass die Rechte der Personen in geeigneter Weise umschrieben und sichergestellt werden. Dies bringt mit sich, dass die Ausübung der [Amts-]Gewalt deutlicher als Dienst erscheint, ihre Anwendung besser gesichert und ihr Missbrauch ausgeschlossen wird.“<sup>21</sup> Die Forderung der Bischöfe wurde von Papst Paul VI. im Grundgesetz der Kirche (Lex Ecclesiae Fundamentalis) aufgenommen. Das als Grundgesetz der Kirche geplante Gesetzeswerk ist aber bis heute nicht promulgiert worden, sondern bisher nur in Teilen in die geltenden Codices (CIC 1983 und CCEO 1990) eingeflossen.<sup>22</sup>

Das staatliche Recht müsste die Gläubigen vor Machtmissbrauch innerhalb der Religionsgemeinschaften schützen, wie die sexuellen Missbrauchsskandale weltweit gezeigt haben und könnte dies am wirkungsvollsten mittels gerichtlich durchsetzbarer individueller Grundrechte gewährleisten.<sup>23</sup>

### 1. Kollektive Rechte kontra subjektive Rechte

Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, das aus der kollektiven Religionsfreiheit abgeleitet wird, lässt die Machtfrage innerhalb der Religionsgemeinschaften bisher als tabu erscheinen. Erst die Anschläge auf das World Trade Center am 11. September 2001 oder die Frage des sexuellen Missbrauchs von Priestern und Bischöfen in der katholischen Kirche lassen die Frage aufkommen, wie religiöse Hierarchien mit den Mitgliedern ihrer Religionsgemeinschaft umgehen. Menschenrechtsverletzungen in Religionsgemeinschaften und

---

<sup>18</sup> Torfs, Rik (Früherer Rektor der katholischen Universität Löwen und früherer Dekan der kanonistischen Fakultät derselben Universität): Klerikaler Kindesmissbrauch und das Zusammenwirken von staatlichem und kirchlichem Recht, in: Concilium. Internationale Zeitschrift für Theologie zum Thema: Struktureller Verrat. Sexueller Missbrauch in der Kirche, 40 (2003) S. 344–354, insb. S. 344f.

<sup>19</sup> Vgl. Loretan, Adrian: Das kantonale Staatskirchenrecht oder Die rechtlichen Verhältnisse von Kirche und Staat in den 26 Kantonen der Schweiz, in: Libero Gerosa/Ludger Müller (Hrsg.), Katholische Kirche und Staat in der Schweiz, Münster 2010 (Kirchenrechtliche Bibliothek, Bd. 14), S. 91–106, insb. S.104–106; Loretan, Adrian: § 122 Kirche und Staat in der Schweiz, in: Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3., vollständig neubearbeitete Aufl., Regensburg 2015, S. 1888–1913.

<sup>20</sup> Steuer-Flieser, (Anm. 15).

<sup>21</sup> Praefatio, Vorrede zum CIC 1983, Lateinisch-deutsche Ausgabe, 8. aktualisierte und verbesserte Aufl., Kevelaer 2017, XXXVII.

<sup>22</sup> Vgl. Schmitz, Heribert: § 6 Codex Iuris Canonici, in: Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3., vollständig neubearbeitete Aufl., Regensburg 2015, S. 70–100, insb. S. 75, 81, 87.

<sup>23</sup> Ein juristisches Dissertationsprojekt von Franz Wittmann, einem mehrjährigen Forschungsmitarbeiter am Lehrstuhl Kirchenrecht und Staatskirchenrecht der Universität Luzern, behandelt die Grundrechte als Präventionsmassnahmen im Kampf gegen sexuellen Missbrauch in der Kirche Irlands.

Weltanschauungsgemeinschaften sollten nicht länger im Namen des gesellschaftlichen Images dieser Institutionen verschwiegen werden.<sup>24</sup>

Das Verhältnis zwischen den religiösen Führungseliten und den Religionsmitgliedern sollte aus grundrechtlicher Sicht angegangen werden. Dies bedeutet, dass nicht nur im Staat, sondern ebenfalls in den die Grundrechte gefährdenden Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften grundrechtliches Denken Einzug hält. Dabei wird die Frage der Gleichstellung der Geschlechter in den Religionsgemeinschaften keine unbedeutende Rolle spielen.<sup>25</sup>

## 2. *Subjekte entwickeln sich im Kollektiv*

Das Kollektiv<sup>26</sup> hat für das einzelne Subjekt, das sich ihm zugehörig fühlt, grosse Bedeutung. Gleichzeitig schaffen die kollektiven Recht- und Machtverhältnisse auch Potential für Konflikte zwischen dem Kollektiv und dem Individuum. „Wovon sprechen wir, wenn wir ‚ich‘ sagen? Und wen alles meinen wir mit ‚wir‘?“<sup>27</sup> Menschen entwickeln sich durch Hineinwachsen in intersubjektiv geteilte Bedeutungen und Praktiken zu unverwechselbaren Persönlichkeiten. Dies begründet, warum Individuen in Kontexten eines gleichgesinnten Kollektivs ihr Selbstverständnis, ihre Identität und ihr Lebensprojekt entwickeln und widerrufen können.

Auch Religionsgemeinschaften stellen kulturelle Ressourcen bereit, aus denen Mitglieder und andere schöpfen, um ihre Identität auszubilden und Fragen des Menschbildes und der Weltanschauung individuell und in Bezug auf das Kollektiv, in dem sie leben, zu beantworten. Die religiösen Organisationen werden staatlicherseits durch kollektive Rechte gestärkt, die ihnen erweiterte Organisationsbefugnisse und Selbstverwaltungskompetenzen ermöglichen. Daraus entstehen neue Konfliktfelder.<sup>28</sup> In diesem Aufsatz soll nur der Konflikt zwischen Kollektiv und Individuum herausgegriffen werden. Diese Unterdrückung von Interessen einzelner Mitglieder geschieht durch die Verletzung der individuellen Rechte einzelner Gruppenmitglieder, die z.B. im Dissens zur Leitung stehen.

## 3. *Konflikt zwischen Kollektiv und Subjekt*

Mit kollektiven Rechten stattet eine Verfassung Kantone und Gemeinden oder öffentlich-rechtliche Körperschaften aus. Diese Kompetenzübertragung wird damit begründet, dass die Grundrechte des Einzelnen nicht nur allein, sondern auch in Gemeinschaft wahrgenommen

---

<sup>24</sup> Vgl. *Kirchschläger, Peter G.*: Menschenrechtsverletzungen in und von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: Ders. *Menschenrechte und Religionen. Nichtstaatliche Akteure und ihr Verhältnis zu den Menschenrechten*, Paderborn 2016, S. 47–48.

<sup>25</sup> Gertrud Heinzelmänn war wohl eine der ersten theologisch und juristisch gebildeten Persönlichkeiten in der Schweiz, die sich in den 50ziger Jahren des letzten Jahrhunderts für Grundrechte in Staat und Kirche einsetzte. Vgl. *Kopp, Barbara*: *Die Unbeirrbar*. Wie Gertrud Heinzelmänn den Papst und die Schweiz das Fürchten lehrte, Zürich 2003. Vgl. *Loretan, Adrian*: Ein Leben für Gleichberechtigung in Kirche und Staat. Zu einer Biographie über Gertrud Heinzelmänn (1914-1999), in: *Orientierung* 67 (2003/Nr. 19) S. 202–206. *Loretan, Adrian*: Gleiche Rechte für Frau und Mann, in: *Schweizerische Kirchenzeitung* 172 (2004/Nr. 14) S. 259f. und S. 262–264.

<sup>26</sup> Gruppenrechte werden in der rechtsphilosophischen Diskussion regelmässig als kollektive Rechte bezeichnet. Die religionsrechtliche Literatur differenziert hingegen zwischen kollektiven (=Verbund von Individualrechten) und korporativen Rechten (=Rechte der Gruppe/Körperschaft).

<sup>27</sup> *Häfliger, Michael*: Liebe Musikfreundinnen und Musikfreunde, in: *LUCERNE FESTIVAL* (Hrsg.), *Day by Day, Identität, Sommer-Festival* 11. August – 20. September 2017. Festival-Guide, S. 3.

<sup>28</sup> Vgl. *Habermas, Jürgen*: Kulturelle Gleichbehandlung und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 51 (2003) S. 367–394, insb. S. 385 nennt folgende Konfliktfelder:

- a) Verschiedene Identitätsgruppen machen sich gegenseitig ihre Rechte bzw. Vorrechte streitig.
- b) Eine Gruppe fordert im Hinblick auf den Status anderer Gruppen Gleichbehandlung.
- c) Nichtmitglieder sehen sich benachteiligt gegenüber Mitgliedern privilegierter Gruppen (beispielsweise durch Quoten für Farbige; Männer durch Quoten für Frauen).
- d) Gruppeninterne Unterdrückung.

werden. Durch die rechtliche Stellung einer Religionsgemeinschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft wird die Religionsgemeinschaft theologisch nicht verändert, aber mit weiteren Rechten ausgestattet.

Nicht alle Religionsgemeinschaften, deren Stellung durch Kollektivrechte (z.B. öffentlich-rechtliche Anerkennung) gestärkt wird, genügen in ihrem inneren Aufbau liberalen Massstäben. Für Jürgen Habermas geniesst die katholische Kirche gemäss der jetzigen Gerichtspraxis „das Recht, Frauen vom Priesteramt auszuschliessen, obwohl die Gleichberechtigung von Mann und Frau Verfassungsrang hat und in anderen Sektoren der Gesellschaft durchgesetzt wird. Die Kirche erklärt nämlich diese Einstellungspolitik mit einem wesentlichen Bestandteil der Doktrin ... Aus der [bisherigen] Sicht des liberalen Staates ist das Gleichheitsprinzip nicht verletzt, solange es keinem Mitglied verwehrt ist, seinen Dissens durch Austritt zu bekunden.“<sup>29</sup>

Es stellt sich hier aber die Frage: Kann eine Migrantin ihre Religionsgemeinschaft wirklich verlassen? Eine muslimische Vertreterin der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus verneinte diese Möglichkeit und schlussfolgerte: „In der Schweiz würde die Gleichstellung der Geschlechter nicht garantiert.“<sup>30</sup> Sie begründete ihre These: „Die Religionsfreiheit (Art. 15 BV) geht der Gleichstellung (Art. 8 BV) [in den bisherigen Gerichtsurteilen] vor. [...] Ich riet ihr, aus der Religionsgemeinschaft auszutreten, wenn sie diese vor allem als diskriminierend erlebe. Ich setzte damit den Rat um, den die meisten Grundrechtskommentare für eine solche Situation geben. Die Muslima antwortete mir: Wenn ich austreten würde aus meiner Religions- und Kulturgemeinschaft, würde dies für mich folgendes bedeuten: Ich ziehe alle Kleider hier aus und versuche nackt in der Welt weiterzuleben.“<sup>31</sup> Die meisten Grundrechtskommentare und aktuellen Denkansätze thematisieren also die eigentliche Problematik des Austritts aus einer Religionsgemeinschaft nicht personengerecht, weil sie den Austritt aus der Religionsgemeinschaft nicht mit dem Verlassen der kulturellen und weltanschaulichen Heimat, sondern einem Beenden der Mitgliedschaft im Kegelklub gleichsetzen.

Religionsgemeinschaften meinen, nicht nur Geschlechterdiskriminierung, sondern auch Rassendiskriminierung religiös begründen zu können. Habermas nennt das Beispiel der amerikanischen Bob Jones University. Die staatliche Steuerbehörde war nicht mehr bereit die religiös motivierte Rassendiskriminierung dieser ‚christlichen‘ Universität mit Steuerprivilegien mit zu tragen. Als sie mit Entzug der Steuerprivilegien drohte, änderte die Universität die rassistische Zulassungspraxis und nahm auch schwarze Studierende auf. Wenn der freiheitliche Staat, wie in diesem amerikanischen Beispiel, religiös motivierte Rassendiskriminierung nicht mitträgt, warum trägt er religiös motivierte Geschlechterdiskriminierung mit?

Weitere Fälle dieser Art haben Walter Kälin und Brian Barry<sup>32</sup> in ihren Studien „Grundrechte im Kulturkonflikt“ und „Culture and Equality“ zusammengetragen. Die Gewährung kollektiver Rechte bringt auch hier eine Gefährdung von individuellen Grundrechten mit sich. Unter dem Begriff Kulturkonflikt versteht Kälin nicht nur Konflikte zwischen grossen Kulturtraditionen (z. B. Weltreligionen), sondern auch Binnenkonflikte einer Weltanschauungsgemeinschaft, d.h. zwischen der dominanten Kultur und dissidenten Subkulturen.<sup>33</sup>

Durch die Gewährung kollektiver Rechte soll die Gleichbehandlung der Religionsgemeinschaften gesichert werden. Andererseits kann diese Gleichbehandlung der kollektiven Subjekte

---

<sup>29</sup> Habermas (Anm. 28), S. 383–384.

Habermas hat seinen Standpunkt ergänzt aufgrund der an der Universität Luzern im Rahmen seiner Gastprofessur geführten Gespräche. Das Austrittsrecht allein genügt nicht mehr.

<sup>30</sup> Adrian Loretan (Hrsg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Zürich 2011, (Religionsrechtliche Studien, Bd. 2), S. 9f.

<sup>31</sup> Loretan (Anm. 30), S. 10.

<sup>32</sup> Vgl. Barry, Brian: Culture and Equality, Harvard 2002. Kälin, Walter: Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000.

<sup>33</sup> Vgl. Kälin (Anm. 32), S. 24.

eine Ungleichbehandlung der Mitglieder, z. B. der Frauen in diesen Religionsgemeinschaften, auslösen, was zu einem Binnenkonflikt führen kann. Wie ist also das Problem der Toleranz nach innen zu handhaben?

### III. Problem der Toleranz nach innen

Kollektive nehmen für sich Rechte in Anspruch. Es wird im Folgenden anhand verschiedener theoretischer Ansätze untersucht, in welcher Beziehung die kollektiven Rechte zu den individuellen Rechten der Mitglieder stehen und welche Auswirkungen dies auf die Veränderungsmöglichkeiten der Gruppe und eine angestrebte Gleichberechtigung der Geschlechter hat.

#### 1. *Kommunitaristische Ansätze*

Kommunitaristen<sup>34</sup> wollen Kollektivrechte, d. h. Rechte der Gemeinschaft, unabhängig von den Individualrechten ihrer Mitglieder begründen. Der Wert des Kollektivs für das Individuum erlaube es, auch Grundrechte der betroffenen Mitglieder einzuschränken.

„Kollektive Rechte, die eine Gruppe nicht im Dienste der kulturellen Rechte ihrer individuellen Mitglieder stärken, sondern auch über deren Köpfe hinweg direkt am Fortbestand des kulturellen Hintergrundes des Kollektivs dienen, bergen ein Potential gruppeninterner Unterdrückung,“<sup>35</sup> wie die folgenden Autoren zeigen.

Charles Taylor geht vom Individuum aus wie der Liberalismus. Er erweist sich aber als Kommunitarist durch die starke Betonung des korporativen Elements: Die liberale Politik der universellen Würde des Einzelnen beanstandet er, weil sie „a) auf einer gleichförmigen Anwendung der die Rechte des Individuums definierenden Regeln besteht und keine Ausnahme zulässt“, und „b) misstrauisch gegenüber kollektiven Zielen“<sup>36</sup> ist. Gemäss Taylor beraubt der Assimilationsdruck der Mehrheit, die hinter der Verfassung steht, die Minderheiten ihrer kulturellen Identität. Dieser kommunitaristische Ansatz läuft auf eine Art von Rechtspluralismus hinaus, der sich widersprechende Rechtssysteme nebeneinander gelten lässt. Dadurch kann die bisherige Gleichstellung der muslimischen Frauen auch in westlichen Staaten aufgehoben werden, wie Elham Manea am Beispiel Englands mit ihrer politikwissenschaftlichen Studie<sup>37</sup> nachgewiesen hat.

---

<sup>34</sup> Der Kommunitarismus entstand in den frühen achtziger Jahren als Gegenposition zum Liberalismus. Er setzt den Akzent auf die „community“, auf die Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen.

*Höffe, Otfried: Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a. M. 1996, S. 164–168, unterscheidet vier Grundpositionen:*

1) Kommunitarismus als Moralphilosophie, die sich für die gewachsene Moral überschaubarer Gemeinschaften einsetzt, weil sie eine geschichts- und kulturunabhängige Moralbegründung anzweifelt. (Alasdair MacIntyre)

2) Kommunitarismus als Tugendethik betont die Gemeinschaft bezogene Verantwortung aller.

3) Kommunitarismus als Sozialtheorie wirft dem Liberalismus vor, er zerstöre den Nährboden sozialen Zusammenlebens. Nötig ist deshalb die Stärkung der gewachsenen Lebensformen der Community. (Michael Sandel)

4) Kommunitarismus als sozialtheoretische Staatskritik plädiert für ein von staatlicher Herrschaft möglichst freies Zusammenleben in kleinen, stabilen Gemeinschaften, in denen herrschaftsfreie Kommunikation eher möglich sei. (Michael Taylor, Robert N. Bellah).

<sup>35</sup> *Habermas (Anm. 28), S. 388.*

<sup>36</sup> *Taylor, Charles: Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt a.M. 1993, S. 55.*

<sup>37</sup> Vgl. *Manea, Elham: Woman and Shari'a Law. The Impact of Legal Pluralism in the UK, London 2016.* Kurzfassung: *Manea, Elham: Sharia. Das islamische Gesetz und die Frauenrechte, in: FAMA, feministisch, politisch, theologisch, 33 (2017) Nr. 1, S. 10–11.* Ihre Arbeit kann auch als brillante Kritik des Rechtspluralismus aus politikwissenschaftlicher Sicht gelesen werden. Vgl. *Loretan, Adrian: Book Review, in: Journal of Law and Religion 32, Nr. 1 (2017) S. 202–205.*

Michael Walzer geht noch einen Schritt weiter und will Formen gruppeninterner Unterdrückung tolerieren, solange die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft freiwillig ist. Die freiwillige Mitgliedschaft (Art. 15 Abs. 4 BV) ist in der Praxis eine Illusion, wie am Beispiel der muslimischen Migrantinnen oben aufgezeigt wurde. Als Grenzen der Toleranz gegenüber interner Unterdrückung nennt Walzer schwere Eingriffe gegen die physische Integrität, sowie Vorgänge, die die Mehrheitsgesellschaft in Frage stellen.<sup>38</sup> Ein Beispiel für eine solche Grenzverletzung sind die Todesdrohungen an die Gründerin der liberalen und gleichberechtigten „Ibn-Rushd-Goethe-Moschee“ in Berlin, Seyran Ates.<sup>39</sup> Bei weniger weitgehenden Eingriffen will Walzer Toleranz walten lassen.<sup>40</sup> Die vollständige Durchsetzung tatsächlicher Gleichheit von Mann und Frau in der privaten Sphäre ist für Walzer ein problematisches Instrument, da es zur Auflösung traditioneller, d.h. patriarchaler, vormoderner Kulturen führe. Auf die Durchsetzung der Geschlechtergleichheit müssen daher Staat und Mehrheitsgesellschaften verzichten. Dennoch müssen Männer der Minderheit gemäss Walzer lernen, dass auch ihre Frauen und Töchter Menschenrechte haben, da der Wandel traditioneller Gesellschaftsformen längerfristig nicht verhindert werden könne, so Walzer.<sup>41</sup> Diese Lernbereitschaft wird aber von einer Kennerin der türkischen Gesellschaft in Abrede gestellt.<sup>42</sup> Auch für die schweizerischen staatlichen Behörden stellen sich in diesem Zusammenhang ganz neue Fragen: Wie sollen sie gegenüber dem staatlichen türkischen Präsidium für religiöse Angelegenheiten (Diyanet) agieren, das Kirche und Staat in einem ist.<sup>43</sup>

Für Walter Kälin sind „intolerante Haltungen in einem gewissen Ausmass hinzunehmen“ [...], 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>44</sup> Es werde auch „der Friedensfunktion staatlicher Neutralität besser gerecht, da staatliches Eindringen in die Binnenstruktur geschlossener Gruppierungen und Gemeinschaften immer Konflikt fördernd ist.“<sup>45</sup> Dieser Ansatz ist leichter mit traditioneller Grundrechtsdogmatik zu vereinbaren als die im Folgenden darzustellenden liberalen und feministischen Ansätze.

Zusammenfassend ist hier die grundlegende Frage zu stellen, ob die kommunitaristische Sichtweise (Taylor und Walzer) und auch die bisherige Grundrechtsdogmatik (Kälin) auf die Reduzierung der Grundrechte für religiöse Frauen hinausläuft. Sie anerkennen jedenfalls, dass intolerante Haltungen in einem gewissen Ausmass hinzunehmen seien, weil Religionsgemeinschaften, einen auch grundrechtlich geschützten Eigenwert besitzen. Sind Religionsgemeinschaften damit vor der vollständigen Durchsetzung der Grundrechte der weiblichen Mitglieder

---

<sup>38</sup> Vgl. *Walzer, Michael*: On Toleration, New Haven/London 1997, S. 62f.

<sup>39</sup> Sie steht wegen Todesdrohungen derzeit unter verstärktem Polizeischutz: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article166155366/100-Morddrohungen-gegen-liberale-Moschee-Gruenderin.html>, abgerufen am 07.07.2017.

<sup>40</sup> Vgl. *Walzer* (Anm. 38), 63f. Walzer möchte abweichende Traditionen vom Mainstream zulassen, wenn es sich um kleine, geschlossene Gruppen handelt und ihre Tradition nicht zu weit von der Norm abweicht.

<sup>41</sup> Vgl. *Walzer* (Anm. 38), 65f.

<sup>42</sup> *Toprak, Cigdem*: „Ich mag nicht über Hoffnung diskutieren.“ Sie hat vor Erdogan gewarnt, als der Westen ihn noch als Lichtgestalt betrachtete: die türkische Autorin Ece Temelkuran im Gespräch, in: NZZ vom 10. Juli 2017, S. 25. So meinte man „nach dem 11. September 2001, die Ängste vor dem radikalen Islam durch dieses voreilige, unreife Projekt eines ‚moderaten Islams‘ lindern zu können. Gleichzeitig schaffte es Erdogan, sich in jener Zeit als führender Akteur zu präsentieren.“ Ebd.

<sup>43</sup> Inzwischen wurde zudem nachgewiesen, dass der religiöse türkische Staat seine Bürgerinnen und Bürger über die Imame in der Schweiz und in Deutschland ausspionierte. Vgl. *Gerny, Daniel*: Erdogan verursacht Angst in der Schweiz. Türken, die dem türkischen Präsidenten kritisch gegenüberstehen, fürchten sich zunehmend vor Bespitzelung und Denunziation, in: NZZ vom 10. März 2017, S. 13.

<sup>44</sup> *Kälin* (Anm. 32), 47.

<sup>45</sup> *Kälin* (Anm. 32), 47.

im Innenverhältnis zu schützen? Sind damit Frauenrechte in den Weltanschauungsgemeinschaften also keine Menschenrechte? Sind die patriarchalen Religionsgemeinschaften auch vor ihren weiblichen Mitgliedern, die Gleichberechtigung einfordern, staatlich zu schützen? Diese rhetorischen Fragen zeigen aber, dass religiöse Frauen ihre Gleichberechtigungsanliegen in Religionsgemeinschaften und in staatlichen Gerichten einzufordern haben.

## 2. *Feministische Ansätze*

Die oben beschriebene Toleranz gegenüber Frauen diskriminierenden Religionsgemeinschaften gehen einige Frauen anders an. Sie zeigen auf, dass staatliche Zurückhaltung gegenüber religiöser Diskriminierung von Frauen faktisch Parteinahme für die Diskriminierer bedeutet. Allen staatlichen Rechtfertigungsversuchen der Diskriminierung der Frauen ist stets mit der Frage zu begegnen, in wessen Interesse das religiöse Argument bemüht wird.<sup>46</sup> Die oben beschriebene Zurückhaltung des Staates als Friedensfunktion zu beschreiben, kaschiert die Wirklichkeit, dass Frauen schutzlos den sozialen Zwängen und eigentlicher Unterdrückung und Marginalisierung bei den Entscheidungen ausgeliefert werden.

Damit gruppeninterne Minderheiten von der Gruppenmehrheit nicht im Namen der Gruppenwahrheit übergangen werden, benötigen sie Grundrechte, wie im Staat. Nur so können religiöse Minderheiten gleich behandelt werden wie soziale Minderheiten von der Mehrheitsgesellschaft eines Rechtsstaates.<sup>47</sup>

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Bereich schliesse Menschenrechtsverletzungen im Privatbereich der Familie von öffentlicher Überprüfung aus und diene damit der Rechtfertigung der Subordination der Frau. Wenn aber Frauen Grundrechte im privaten Bereich verweigert werden, wie im Fall der Migrantinnen in traditionellen Gesellschaftsstrukturen deutlich wird, können sie ihre Rechte auch in der öffentlichen oder staatlichen Sphäre nicht angemessen wahrnehmen. Denn die Stellung im privaten Bereich prägt ihre Möglichkeiten, sich im öffentlichen Bereich entsprechend einzubringen. Der Staat kann hier nicht neutral bleiben, weil vormoderne, althergebrachte Privilegien und Diskriminierungen sonst nicht überwunden werden können.<sup>48</sup> Der Staat, so Susan Moller Okin, müsse die Privatsphäre antasten, wenn er die Grundrechte der Frauen wirklich umsetzen wolle.<sup>49</sup> Auch bei der Vergewaltigung in der Ehe hat der Staat begonnen in den Privatbereich einzudringen, um nicht in jedem Fall den Vergewaltiger rechtlich zu schützen.

Auf die Weltanschauungsgemeinschaften bezogen heisst das: Menschenrechtsverletzungen in Religionsgemeinschaften sind nicht zu dulden. Daher kann die korporative Religionsfreiheit nicht weitere Grundrechte wie die Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 BV) im Bereich Religionsgemeinschaften herabstufen oder ganz ausser Kraft setzen.

## 3. *Liberale Ansätze*

Bei der Frage der Gewichtung der individuellen und der kollektiven Religionsfreiheit haben neuere liberale Denker interessante Ansätze entwickelt. Will Kymlicka nimmt die kommunitaristische Kritik am Liberalismus ernst. Individuelle Autonomie verbindet er daher mit dem Schutz der Weltanschauungsgemeinschaft. Die Erzählungen der eigenen Kultur zu interpretieren, ist eine Vorbedingung für die Entwicklung einer eigenen Identität. Letztere ist Vorausset-

---

<sup>46</sup> Vgl. Rao, Arati: The Politics of Gender and Culture in International Human Rights Discourse, in: Julie Peters/Andrea Wolper (Hrsg.), Women's Rights - Human Rights, New York/London 1995, S. 168f.

<sup>47</sup> Vgl. Green, Leslie: Internal Minorities and their Rights, in: Will Kymlicka (Hrsg.), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995, S. 257-272, insb. S. 261-272.

<sup>48</sup> Vgl. dazu das neue Familienrecht in Marokko: Im Namen des Königs, NZZ vom 24./25. Januar 2004, Nr. 19, S. 71-73.

<sup>49</sup> Moller Okin, Susan: Justice, Gender and the Family, New York 1989, S. 116f.

zung für sinnvolle Entscheidungen über die eigene Lebensführung. Im Interesse individueller Autonomie müssen Kulturen und Weltanschauungsgemeinschaften geschützt werden.

Kymlicka unterscheidet dabei zwischen berechtigten und unberechtigten Kollektivrechten.<sup>50</sup> Berechtigte kollektive Rechte sind notwendig, damit eine Religionsgemeinschaft sich nach aussen gegen den Anpassungsdruck ihres gesellschaftlichen Kontextes wehren kann. Werden diese kollektiven Rechte aber verwendet, um innerhalb einer Religionsgemeinschaft die Diskriminierung von Mitgliedern staatlich zu begründen, ist von unberechtigten kollektiven Rechten zu sprechen.

Individuen sollen im Kollektiv einer Religionsgemeinschaft selber entscheiden können, welche Aspekte des religiösen Erbes sie leben wollen. Die Bundesverfassung spricht von „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ (Art 15 BV). Intolerante Religionsgemeinschaften müssen zwar ihre Kultur nicht aufgeben; Tendenzen, sie von innen heraus zu liberalisieren, sind aber zu stärken. „Grundrechte schützen nicht Kulturen als fest gefügte, definierbare Einheiten, sondern sie erlauben Individuen und Gruppen, selbst zu definieren, was ihre kulturelle Identität ausmacht.“<sup>51</sup>

Ob allerdings die Jugendlichen der Amish-Gemeinde<sup>52</sup>, die aus religiösen Gründen nicht einmal die obligatorische Schulzeit für sich in Anspruch nehmen können, fähig sind, sich auch gegen die Autoritäten der eigenen Religionsgemeinschaft zu entscheiden, ist mehr als fraglich. Das US-Supreme Court hatte zu entscheiden, ob die Religionsfreiheit die Amish-Jugendlichen von der obligatorischen Schulpflicht der letzten zwei Jahre befreien könne. „In der High School würden Kinder zu Konkurrenzverhalten erzogen, was der religiösen Pflicht des Verzichts auf weltliche Güter und Erfolgstreben widerspreche.“<sup>53</sup> Experten im Verfahren vor der Vorinstanz kamen zum Schluss, dass der Schulzwang die betroffenen Jugendlichen in einen ernsthaften Gewissenskonflikt stürze. Zudem würde die Gemeinde der Amish mit ihrem Lebensstil damit zerstört. Das Gericht entschied, die Jugendlichen der Amish-Gemeinde von der Ausdehnung der obligatorischen Schulpflicht von acht auf zehn Jahren zu befreien. Damit stellen die Richter die korporative Religionsfreiheit über die individuelle Pflicht auf Schulbesuch (Schulobligatorium) der Jugendlichen dieser Gemeinde. Zudem wird den Jugendlichen im Namen der korporativen Religionsfreiheit das Recht auf Bildung während der obligatorischen Schulzeit eingeschränkt. Kymlicka kritisiert daher den Entscheid des amerikanischen Supreme Court in Bezug auf die Amish-Gemeinde.

#### 4. Kollektive Rechte als abgeleitete Rechte

Kollektivrechte müssen nicht mit Individualrechten in Kollision geraten. Für Jürgen Habermas sind die kollektiven Rechte nur dann legitime Rechte, wenn gezeigt werden kann, „dass kein unter dem Gesichtspunkt staatsbürgerlicher Gleichheit legitimes Gruppenrecht mit den Grundrechten einzelner Gruppenmitglieder kollidieren kann.“<sup>54</sup> Demzufolge sind für Habermas Gruppenrechte nur dann legitim, „wenn diese sich als derivate Rechte – im Sinne einer Ableitung aus den kulturellen Rechten der einzelnen Gruppenmitglieder – verstehen lassen.“<sup>55</sup>

Diese These, dass kollektive Rechte der Religionsgemeinschaften sich aus den subjektiven Rechten der Mitglieder rechtfertigen, wird im Folgenden begründet: Sozialer Wandel wird in einer Gruppe sehr schwierig, wenn „die Freiheit der öffentlichen Meinungsäußerung, und der

---

<sup>50</sup> Vgl. Kymlicka, *Will: Multicultural Citizenship*, Oxford 1995, S. 34–48, insb. S. 38.

<sup>51</sup> Kälin (Anm. 32), S. 28.

<sup>52</sup> Die Amish sind eine aus der Täuferbewegung hervorgewachsene religiöse Gruppierung, die sich einen Lebensstil aus der Zeit ihrer Gründer im 17. und 18. Jahrhundert bewahrt hat.

<sup>53</sup> Kälin (Anm. 32), 67.

<sup>54</sup> Habermas (Anm. 28), 387.

<sup>55</sup> Habermas (Anm. 28), 387.

Religionsausübung Korporationen statt Individuen zugebilligt werden. ... Gruppenrechte würden Hierarchien aufbauen und verstärken, individuelle Rechte dagegen sind im Kern antipater-nalistisch und bieten am ehesten die Chance, hierarchische Verteilungsstrukturen zu verhin- dern.“<sup>56</sup>

Extreme Formen der Anerkennungspolitik könne in letzter Konsequenz zu einem korporatis- tischen Staatswesen führen. In fest gefügten kulturellen Gruppenrechten wird daher eine Gefahr für die Demokratie gesehen, weil diese „alle Kulturen dazu auff[ordert], von jenen intellektuel- len und moralischen Werten abzulassen, die sich mit den Ideen von Freiheit, Gleichheit und beharrlicher kooperativ-experimenteller Suche nach Wahrheit und Wohlergehen nicht vertra- gen.“<sup>57</sup> Gefährlich für die Demokratie erscheint vor allem auch die Anerkennung<sup>58</sup> von Grup- pen mit stark fundamentalistischen<sup>59</sup> Tendenzen, welche keinen Spielraum offenlassen, „in dem eine Partei ohne Preisgabe des eigenen Geltungsanspruchs die anderen Parteien als Mit- streiter um authentische Wahrheiten anerkennen kann.“<sup>60</sup>

Religionsgemeinschaften in pluralistischen Gesellschaften, die eine Konsequenz der Religi- onsfreiheit sind, können ihr Erbe nur durch die Zustimmung von Mitgliedern von einer Genera- tion an die nächste weitergeben. Religionsmitglieder können in ihrer Religionsgemeinschaft auch fremd werden, ohne gleich austreten zu wollen. Die Religionsgemeinschaften sehen sich mit der universelle Geltung beanspruchenden Menschenrechtsidee konfrontiert,<sup>61</sup> vor allem dann, wenn sie in einen Rechtsstaat eingebettet sind. Darum müssen Gläubige in einer pluralisti- schen Gesellschaft „sich auf die Prämissen des Verfassungsstaates einlassen, die sich aus einer profanen Moral begründen.“<sup>62</sup> Die Überbetonung der kollektiven Religionsfreiheit drängt aus dem Bereich der Religionsgemeinschaften die Bedeutung der anderen Grundrechte hinaus,<sup>63</sup> so auch die Gleichstellung. Werden die Religionsgemeinschaften dann von den amtlichen Vertre- tern der Religionsgemeinschaften gar als grundrechtsfreie Zone verstanden? Der Menschen- rechtseinsatz der katholischen Kirche in der Gesellschaft und Rechtsstaat wird angesichts der eigenen Rechtsordnung, die die Gleichstellung der Geschlechter in der Ämterordnung verletzt, als nicht glaubwürdig wahrgenommen.<sup>64</sup>

#### IV. Gleichstellung der Geschlechter

„Als Ergebnis des langen Ringens um politische Gleichberechtigung der Frauen entstand schliesslich 1981 der neue Abs. 2 von Art. 4 der Bundesverfassung (BV), der die Gleichberech-

---

<sup>56</sup> *Reese-Schäfer, Walter*: Grenzgötter der Moral. Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politi- schen Ethik, Frankfurt a. M. 1997, S. 451.

<sup>57</sup> *Rockefeller, Steven C.*: Kommentar, in: Charles Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerken- nung, Frankfurt a.M 1993, S. 95–108, insb. S. 101.

<sup>58</sup> Vgl. René Pahud de Mortanges (Hrsg.) Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften: Zukunfts- oder Auslaufmodell? Zürich 2015 (Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht, Bd. 31).

<sup>59</sup> Vgl. *Dunn, James D. G.*: Fundamentalisms. Threats and Ideologies in the Modern World, London/New York 2016.

<sup>60</sup> *Habermas, Jürgen*: Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor (Hrsg.), Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt a.M. 1993, S. 147–196, insb. S. 177.

<sup>61</sup> Vgl. Kirchschräger, Peter G. (Hrsg.), Die Verantwortung von nichtstaatlichen Akteuren gegenüber den Menschenrechten. Zürich 2017 (Religionsrechtliche Studien, Bd. 4).

<sup>62</sup> *Habermas, Jürgen*: Glauben und Wissen, Frankfurt a. M. 2001, S. 14. Ohne diesen Reflexionsschub ent- falten die Monotheismen in rücksichtslos modernisierten Gesellschaften ein destruktives Potential. Am 11. Sep- tember 2001 ist diese Spannung zwischen säkularer Gesellschaft und Religion explodiert, so Jürgen Habermas.

<sup>63</sup> Vgl. *Loretan* (Anm. 30).

<sup>64</sup> Vgl. Marianne Heimbach-Steins (Hrsg.), Menschenrechte in der katholischen Kirche, Münster 2014 (Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften, Bd. 55).

tigung von Mann und Frau proklamiert.“<sup>65</sup> In der bisherigen Gerichtspraxis wurde bei der Güterabwägung zwischen dem heutigen Artikel 8 Abs. 2 über Gleichstellung und dem Art. 15 über die Religionsfreiheit die kollektive Religionsfreiheit meist vorgezogen mit der Folge, dass Religionsgemeinschaften als gleichstellungsbefreite Zonen verstanden werden, in denen die vormodernen Umgangsformen ungefährdet weiter existieren dürfen, da hier Formen gruppeninterner Unterdrückung toleriert werden sollen.<sup>66</sup>

### 1. *Der Ausschluss der Frauen*

Der Ausschluss der Frauen vom Stimm- und Wahlrecht und seine Konsequenzen bis 1971 beschreibt der 2017 in die Kinos gekommene Film mit dem bezeichnenden Titel: „Die göttliche Ordnung“ von Petra Volpe. Dieser Spielfilm über das Schweizer Frauenstimmrecht und dessen späte nationale Einführung macht deutlich, wie die früheren Generationen von Frauen in einer Demokratie der Männer zu leben hatten. Diese Ungerechtigkeit wurde in den Geschichtsbüchern lange verdrängt. Die späte Einsicht lässt auf einen Lernprozess schliessen. Dass davon auch die grossen Religionsgemeinschaften erfasst werden, ist eher unwahrscheinlich. Die Argumente gegen die Diskriminierung der Frauen verlieren ihre Kraft im Bereich der Religionsgemeinschaften, sobald Frauen-Diskriminierung hier durch Ontologisierung als eine von Gott gewollte Ordnung verstanden wird. Diese Argumentation, die man eben begonnen hat, abzulehnen, wird nun in den Religionsgemeinschaften als angeblich theologisches Argument von staatlichen Institutionen akzeptiert, ohne dass man dagegen die Gleichstellung der Geschlechter auch in den Weltanschauungsgemeinschaften einfordern würde. Anders der Gleichstellungsausschuss des Europarates, der in einem Bericht von 2005 festhält, dass Glaubensgemeinschaften das Recht auf Gleichstellung und Würde der Frau nicht mit staatlicher Hilfe untergraben dürfen.<sup>67</sup> Denn jede Statusordnung, die Frauen von allen leitenden Ämtern einer Religionsgemeinschaft ausschliesst, wirft die Frage nach der Legitimität des zugelassenen Masses an sozialer Ungleichheit auf. Auch religiöse und kulturelle Rechte müssen im Hinblick auf die Ermöglichung der gleichmässigen Inklusion aller Bürgerinnen und Bürger gerechtfertigt werden.<sup>68</sup>

Wie kann das Prinzip der Gleichheit eingeschränkt werden auf Kosten kollektiver Gruppenrechte? Werden damit die universellen Menschenrechte durch die kollektive Religionsfreiheit relativiert?<sup>69</sup> Solche kollektiven Rechte der Religionsgemeinschaften wollen die Selbstbehauptungsfähigkeiten diskriminierter Religionsgemeinschaften stärken. Diese Gleichheit der Religionsgemeinschaften durch kollektive Rechte führt in vielen Religionsgemeinschaften aber zu Repressionen gegen eigene Mitglieder, z.B. die Frauen.

Ein Beispiel aus der grössten Demokratie, Indien, soll dies erläutern. In Indien gelten im Geiste des Rechtspluralismus verschiedene religiöse Familienrechte auch vor dem Staat: Im

---

<sup>65</sup> Meier, Josi J.: Kampf um Gleichheit und Gerechtigkeit, in: Denise Buser/Adrian Loretan (Hrsg.), Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen. Ein Beitrag zur menschenrechtlichen und ökumenischen Diskussion, Fribourg 1999, S. 15–21, insb. S. 16.

<sup>66</sup> Vgl. Walzer (Anm. 38).

<sup>67</sup> Vgl. Wytttenbach, Judith: Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften in der Schweiz im Kontext der Grundrechte, in: Adrian Loretan (Hrsg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Zürich 2011, S. 377–413.388f. (Religionsrechtliche Studien, Bd. 2).

<sup>68</sup> Nancy Fraser hat die Bedeutung einer analytischen Trennung der beiden fast immer miteinander verbundenen Dimensionen staatsbürgerlicher Ungleichheit erkannt. Vgl. Fraser, Nancy/Honneth, Axel: Umverteilung und Anerkennung? Frankfurt a. M. 2003.

<sup>69</sup> Vgl. Richter, Dagmar: Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? Ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen schädlicher religiöser Praktiken, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht - Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin 2001 (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht des Max-Planck-Instituts, Nr. 146), S. 89–212.

Islamischen Recht heisst „Talaq“ Verstossung oder Lossagung. Die dreimalige Wiederholung durch einen Ehemann bedeutete gemäss der in Indien vorherrschenden Interpretation der religiösen Scharia-Gesetzgebung, dass er von seiner Frau geschieden war. Die Ehefrau verlor damit das Recht auf ihren Anteil an den ehelichen Gütern. Verschiedene Versuche einer Änderung dieser Scheidungspraxis vor zivilen und religiösen Institutionen scheiterten. Der All India Muslim Personal Law Board, eine Kommission von 40 Ulemas aus verschiedenen religiösen Strömungen, wurde aufgefordert ein Urteil über diese Scheidungspraxis zu geben und erklärte: „Die Talaq-Scheidung sei ein ‚soziales Übel‘, doch sei sie wie alle Scharia-Gesetze ‚göttlich inspiriert‘. ‚Wir haben nicht das Recht, die Scharia zu verändern.<sup>70</sup> Das dreifache Talaq bleibt bestehen.‘ ... Der Staat wagt es nicht, das heikle Personenrecht der Muslime anzurühren, um sich nicht dem Vorwurf der Diskriminierung religiöser Minderheiten auszusetzen. Dies macht den willkürlich zusammengesetzten Beirat des All India Muslim Personal Law Board zu einer quasi-gerichtlichen Instanz“<sup>71</sup> des Staates. Hier zeigte sich nur deutlicher, was auch in Europa gilt: Der Schutz der kollektiven Religionsfreiheit im Namen der Gleichstellung der Religionsgemeinschaften führt zur Aufhebung von Grundrechten in den Religionsgemeinschaften und damit zur Diskriminierung von Mitgliedern, die wie im Fall der islamischen Migrantinnen nicht austreten können.

Die Anpassung des indischen Staates an diese Interpretation der Scharia war auch aus theologischen Gründen nicht nachvollziehbar. Denn die Scharia ist eine Sammlung nachkoranischer Rechtspraktiken. Zudem gibt es „eine Reihe islamischer Staaten, die inzwischen den Talaq-Brauch abgeschafft haben.“<sup>72</sup> Die indischen Zivilgerichte haben diesen Schritt erst 2017 vollzogen mit der Berufung auf ein koloniales, von Europa beeinflusstes Gerichtsurteil von 1897, das Gerichten eine eigene Koran-Interpretation verbot. „Sie müssten sich stattdessen auf die ‚Autorität und das Alter‘ religiöser Kommentatoren stützen. Genau darum geht es, meinen auch die Frauenvertreterinnen, nämlich nicht um das Talaq, sondern um die ‚Beendigung patriarchalischer Praktiken unter dem Deckmantel religiöser Autorität‘.“<sup>73</sup> Kurz die Gerichte müssen lernen, gleichstellungsbefreite Zonen, die sich auf die kollektive Religionsfreiheit stützen, zu relativieren.

Der oberste indische Gerichtshof hat am 22. August 2017 die Rechte muslimischer Frauen gestärkt, indem er diese „Instant-Scheidung“ als rechtswidrig erklärte.<sup>74</sup> Er entschied in einem als historisch bezeichneten Urteil, „dass die so genannte ‚Instant-Scheidung‘ kein ‚integraler Bestandteil der islamischen Praxis‘ sei und ‚gegen die Grundsätze des heiligen Korans‘ verstosse. Zwei der fünf Richter vertraten zudem die Ansicht, dass der dreifache Talaq auch gegen den Gleichheitsgrundsatz der indischen Verfassung verstosse. Sie konnten sich mit ihrer Argumentation jedoch nicht durchsetzen.“<sup>75</sup> Dennoch ist das Urteil ein Meilenstein auf dem Weg zur Gleichberechtigung muslimischer Frauen in Indien. „Jetzt können muslimische Frauen erhobenen Kopfes leben und ihre Rechte einfordern.“<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Die Argumentation der katholischen Kirche gegen das Frauenpriestertum lautet wörtlich gleich: Wir haben nicht das Recht dies zu ändern. Vgl. Walter Gross (Hrsg.), *Frauenordination. Stand der Diskussion in der Katholischen Kirche*, München 1996.

<sup>71</sup> „Talaq!“ Indiens Musliminnen kämpfen gegen unfaires Scheidungsrecht, in: *NZZ* vom 7./8. August 2004, Nr. 182, S. 19.

<sup>72</sup> Ebd.

<sup>73</sup> Ebd.

<sup>74</sup> *Petersen, Britta*: ‚Instant-Scheidung‘ ist illegal. Das oberste indische Gericht stärkt die Rechte muslimischer Frauen. in: *NZZ* vom 24. August 2017, 5.

<sup>75</sup> Ebd.

<sup>76</sup> Ebd. Eine „Mutter von vier Kindern erhielt 2015 einen Anruf von ihrem Mann, der in Dubai arbeitet. Er beendete die Ehe mit der dreifachen Talaq-Formel und nahm Jehan die vier Kinder weg.“ Ebd.

## 2. Umgang mit Diskriminierung im Europarecht und im Kirchenrecht

Prof. John Gardner, Oxford, wurde im Frühjahrssemester 2017 vom Institut Lucernauris als Experte zum Thema „Discrimination Law“ eingeladen. Den Begriff Diskriminierung habe er aber noch nie im Bereich der Religionsgemeinschaften untersucht. Diese Aussage im persönlichen Gespräch erscheint kennzeichnend für ein hoch differenziertes Diskriminierungsbewusstsein, das den Bereich der Religionsfreiheit bisher ausklammerte.

### a. Regelungen gegen Diskriminierung im Europarecht<sup>77</sup>

Diskriminierung<sup>78</sup> lässt sich mit Walter Kälin 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. Das Diskriminierungsverbot ist verletzt, wenn die Schlechterstellung wegen eines verpönten Merkmals erfolgt und in der konkreten Situation nicht gerechtfertigt werden kann.“<sup>79</sup> Es muss also ein Kausalzusammenhang zwischen der Verwendung des Unterscheidungskriteriums und der Benachteiligung bestehen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht in Strassburg hat in seiner Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK ein dreistufiges Prüfungsprogramm entwickelt. Es wird untersucht,

ob eine Ungleichbehandlung zwischen vergleichbaren Situationen vorliegt,

ob die getroffene Unterscheidung einen objektiven und sachlichen Rechtfertigungsgrund aufweist, und

ob das angestrebte Ziel und die eingesetzten Mittel verhältnismässig sind.

Ähnliche Unterscheidungskriterien wenden auch der Menschenrechtsausschuss der UNO und der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte an. Auch hier liegt keine Diskriminierung vor, 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>80</sup> Die Geschlechterdiskriminierung betreffen die meisten Entscheide in der internationalen Praxis. „Ihnen ist gemeinsam, dass sie im Kern auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung hinauslaufen.“<sup>81</sup>

Auch im Bereich der indirekten Geschlechterdiskriminierung<sup>82</sup> wird vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft untersucht, ob die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in

---

<sup>77</sup> Hier stützte ich mich auf meinen Artikel: *Loretan, Adrian*: Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen aus religionsrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht 2004, Bern 2005, S. 11–38, insb. S. 34–36.

<sup>78</sup> „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. 8 Abs. 2 BV). Diese Umschreibung der Schweizer Bundesverfassung definiert den Begriff der Diskriminierung nicht inhaltlich. Sie macht aber deutlich, dass es um Unterscheidungen geht, welche an bestimmte Merkmale anknüpfen, wie z.B. Sprache, Lebensform und Geschlecht.

<sup>79</sup> Kälin (Anm. 32), S. 107.

<sup>80</sup> Kälin (Anm. 32), S. 111.

<sup>81</sup> Ebd. Vgl. *Buser, Denise*: Die unheilige Diskriminierung. Eine juristische Auslegeordnung für die Interessenabwägung zwischen Geschlechtergleichstellung und Religionsfreiheit beim Zugang zu religiösen Leitungsämtern, Wien/Zürich 2014, (ReligionsRecht im Dialog, Bd. 16).

<sup>82</sup> Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Massnahme neutral formuliert ist, d.h. also keine der verpönten Merkmale aufweist, in ihren Auswirkungen jedoch eine Personengruppe mit Merkmalen, die im Rahmen einer direkten Diskriminierung als verpönt einzustufen wären, besonders stark benachteiligt. Zum Beispiel ist

ihrem Ausmass verhältnismässig ist.<sup>83</sup> Die Rechtfertigung einer indirekten Benachteiligung hängt davon ab, ob das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt ist, das verwendete Unterscheidungsmerkmal notwendig und zur Erreichung des Ziels geeignet ist. Das Geschlecht ist immer ein verpönte Anknüpfungspunkt für Benachteiligung.<sup>84</sup>

*b. Grundlagentexte der katholischen Kirche gegen Diskriminierung und die Umsetzung im geltenden Recht*

In den Grundlagentexten des Zweiten Vatikanischen Konzils (1962-1965) argumentieren die Konzilsväter erstmals menschenrechtlich-theologisch. So wird es möglich die biblisch begründete Menschenwürde (Gen, 1,27) der Person<sup>85</sup> mit den von der Aufklärung formulierten Menschenrechten zusammenzudenken. Das neue Kirchenbild vom „Volk Gottes“ setzt die fundamentale Gleichheit aller Getauften in Christus voraus (LG 32). Davon ausgehend verneint das Konzil ausdrücklich jede Theorie oder Praxis, „die zwischen Mensch und Mensch [...] bezüglich der Menschenwürde und der daraus fliessenden Rechte einen Unterschied macht. Deshalb verwirft die Kirche jede Diskriminierung eines Menschen [...] um seiner Rasse oder Farbe, seines Standes oder seiner Religion willen, weil dies dem Geist Christi widerspricht“ (NA 5) und fordert die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung, „da sie dem Plan Gottes widerspricht“ (GS 29).<sup>86</sup>

Die Ansätze des Konzils gegen Diskriminierung sind allerdings zum grössten Teil bis auf den Grundsatz der allgemeinen Gleichheit der Getauften (c. 208 CIC/1983) nicht geltendes Recht geworden. Auch der Begriff der „Diskriminierung“ taucht im CIC/1983 nicht auf. Dennoch hat das begonnene grundrechtliche Denken in den obersten Autoritäten der Kirche, Konzil und im päpstlichen Lehramt, Aufnahme erhalten, und ist damit unumkehrbar. Die „wahre Gleichheit“ aller Gläubigen (c. 208 CIC/1983) und ihren Anteil an der Sendung der Kirche gilt es dabei einzufordern. Denn die Kirche kann „die Grundrechte der menschlichen Person“ (c. 747 §2 CIC/1983) nicht nach aussen in ihrer Soziallehre einfordern und gleichzeitig Symbole der Ungleichstellung der Geschlechter in ihrer Liturgie und ihrem Kirchenbild vorleben?<sup>87</sup> Frauen und verheiratete Männer können auch unabhängig von der Weihe an der Leitungsvollmacht (c. 129 §2 CIC) und an den kirchlichen Ämtern (c. 228 i. V. m. c. 145 CIC) beteiligt werden.<sup>88</sup>

Die deutschen Bischöfe wollen im Rahmen des geltenden Rechts „den Anteil der Frauen in Entscheidungspositionen ... in der Kirche erhöhen.“<sup>89</sup> Noch deutlicher fordert Papst Johannes Paul II. schon im Jahr 1996, dass es «daher dringend einiger konkreter Schritte [bedürfe ...], dass den Frauen Räume zur Mitwirkung in verschiedenen Bereichen und auf allen Ebenen

---

eine Zulassungsvoraussetzung zur Polizei, die eine bestimmte Mindestgrösse oder ein bestimmtes Mindestgewicht voraussetzt, welche von Frauen nicht oder nur selten erreicht werden, indirekt diskriminierend.

<sup>83</sup> Vgl. *Arioli, Kathrin*: Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1993, S. 1327 ff., insb. S. 1331.

<sup>84</sup> Vgl. *Kälin* (Anm. 32), S. 115.

<sup>85</sup> Damit wird auf den modernen Rechtsbegriff Bezug genommen, der der Konzilserklärung zur Religionsfreiheit zu Grund liegt Vgl. Adrian Loretan (Hrsg.), Die Würde der menschlichen Person. Zur Konzilserklärung über die Religionsfreiheit „Dignitatis humanae“, Wien u. a. 2017 (ReligionsRecht im Dialog, Bd. 21).

<sup>86</sup> Dies ist keine soziologische Beschreibung der Wirklichkeit, sondern eine normative Sicht, wie es sein müsste, aber nicht ist. Solange keine gerichtliche kirchliche Instanz entsprechende Klagen behandelt, wird sich hier nur langsam etwas ändern, wenn überhaupt.

<sup>87</sup> Vgl. Heimbach-Steins (Anm. 64).

<sup>88</sup> Vgl. *Loretan, Adrian*: Laien im pastoralen Dienst. Ein Amt in der kirchlichen Gesetzgebung, Fribourg 21997, hier Laien als Amtsträger: S. 214–280; Laien als Jurisdiktionsträger: S. 281–338.

<sup>89</sup> Kirchenamt der Evangelischen Kirche Deutschlands/Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Hrsg.): Für eine Zukunft in Solidarität und Gerechtigkeit. Bonn, Nr. 203.

(sic!) eröffnet werden, auch in den Prozessen der Entscheidungsfindung, vor allem dort, wo es sie selbst angeht.“<sup>90</sup> Die Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit für Frauen wird eingefordert.<sup>91</sup> Gerade auf dem Gebiet der theologischen, kulturellen und spirituellen Reflexion erwartet der Papst von den Frauen überraschend neue Zugänge zum Glauben in all seinen Ausdrucksformen. So führt er weiter aus: „Sicher muss man viele Forderungen, die die Stellung der Frau in verschiedenen gesellschaftlichen und kirchlichen Bereichen betreffen, als berechtigt anerkennen. In gleicher Weise gilt es hervorzuheben, dass das neue Bewusstsein der Frau auch den Männern hilft, ihre Denkmuster, ihr Selbstverständnis und ihre Art und Weise zu überprüfen, wie sie sich in der Geschichte etablieren und diese auslegen, wie sie ihr soziales, politisches, wirtschaftliches, religiöses und kirchliches Leben gestalten.“<sup>92</sup> Eine Kirche, die sich als „Grossbewegung zur Verteidigung und zum Schutz der Würde des Menschen“<sup>93</sup> versteht, kommt nicht darum herum, die menschenrechtlichen Vorgaben des Zweiten Vatikanums in geltendes Recht umzusetzen. So „gelten in ihr auch (in analoger Weise) die Grundprinzipien menschlichen Zusammenlebens, wie sie etwa die Katholische Soziallehre verkündet. Deshalb kann die Kirche in ihrer sozialen Ausgestaltung und in ihrer Organisation auch einen Weg des Lernens gehen [...] ohne dass die Grundstruktur, die ihr von Christus her eingestiftet ist, verloren gehen würde. [...] Der Geheimnischarakter hebt den Sozialcharakter der Kirche nicht auf.“<sup>94</sup>

Für das Personalrecht der Kirche hat dies zur Folge, dass «die Würde der menschlichen Person» (DH 1) und die daraus folgenden Rechte (NA 5) beachtet werden müssen. Damit wird auf den modernen Rechtsbegriff Bezug genommen, der der Konzilerklärung zur Religionsfreiheit zu Grund liegt.<sup>95</sup> Die Kirche kann in ihrem bewährten Unterscheidungsvermögen dazu gelangen, Bräuche zu revidieren. „Haben wir keine Angst, sie zu revidieren! In gleicher Weise gibt es kirchlichen Normen ..., die zu anderen Zeiten sehr wirksam gewesen sein mögen, aber nicht mehr die gleiche erzieherische Kraft als Richtlinien des Lebens besitzen. Der heilige Thomas von Aquin betonte, dass die Vorschriften die dem Volk Gottes von Christus und den Aposteln gegeben wurden, ‚ganz wenige‘ sind.“<sup>96</sup> Damit ist die angeblich „göttliche Ordnung“ der Diskriminierung von Frauen in der katholischen Kirche als zeitbedingte ungerechte Ordnung einzustufen, die zu überwinden ist. Diese historisch-kritische Beweisführung könnte auch für andere Religionsgemeinschaften entsprechend der jeweiligen Religion durchgeführt werden, wie das VII. Internationale-Rudolf-Otto-Symposium in Marburg gezeigt hat.<sup>97</sup>

---

<sup>90</sup> *Johannes Paul II.*: Nachsynodales Apostolisches Schreiben *Vita consecrata*. Über das geweihte Leben und seine Sendung in Kirche und Welt (25.3.1996), in: *Acta Apostolicae Sedis* 88 (1996) S. 429–431, Nr. 58. (deutsch: Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Hrsg.), Verlautbarungen des Apostolischen Stuhles. Bonn 1996, Nr. 125).

<sup>91</sup> Kongregation für Glaubenslehre (Hrsg.), Schreiben an die Bischöfe der Katholischen Kirche: Über die Zusammenarbeit von Mann und Frau in der Kirche und in der Welt, Rom 2004, Nr. 13.

<sup>92</sup> *Johannes Paul II.* (Anm. 90), Nr. 57.

<sup>93</sup> *Johannes Paul II.*: Enzyklika *Centesimus annus* (1.3.1991), in: *Acta Apostolicae Sedis* 83 (1991) S. 793–867, insb. Nr. 3f..

<sup>94</sup> *Marx, Reinhard Kardinal*: Die Leitungsaufgabe des Bischofs. Anmerkungen und Perspektiven, in: Ludger Müller/Wilhelm Rees (Hrsg.): *Geist – Kirche – Recht*. FS für Libero Gerosa. Berlin 2014, S. 39–47, hier S. 42f.

<sup>95</sup> Vgl. Loretan (Anm. 85).

<sup>96</sup> *Franziskus*: *Evangelii Gaudium*. Apostolisches Schreiben über die Verkündigung des Evangeliums in der Welt von heute (14.11.2013), in: *Acta Apostolicae Sedis* 105 (2013) S. 1038, Nr. 43. Vgl. *von Aquin, Thomas*: *Summa Theologiae I–II*, q. 107, a.4. Vgl. *Kistner, Peter*: *Das göttliche Recht und die Kirchenverfassung*. Der Freiraum für eine Reform. Berlin 2007 (Tübinger kirchenrechtliche Studien, Bd. 9).

<sup>97</sup> Vgl. Christoph Elsas/Edith Franke/Angela Stadhartinger (Hrsg.) *Geschlechtergerechtigkeit: Herausforderung der Religionen*, VII. Internationales Rudolf-Otto-Symposium, Marburg/Göttingen 2011.

## V. Religionsfreiheit

Diese Ausklammerung der Geschlechtergleichstellung in den Religionsgemeinschaften wird bis heute staatlich toleriert, da bei der Güterabwägung zwischen korporativer Religionsfreiheit und Gleichstellung bisher die Religionsfreiheit immer stärker gewichtet wird, wobei die innere Verfasstheit der Kirchen und die Besetzung von Ämtern als Teil des Selbstverwaltungsrechts gelten. Diese Gewichtung wird aber in der neueren juristischen Literatur auch bestritten. „Denn trotz der Strassburger Rechtsprechung, die relativ klar erscheint, ist mit keinem Wort gesagt, dass etwa ein Gleichstellungsgesetz und, viel wichtiger, die verfassungsrechtlich geschützte Gleichstellung von Mann und Frau, automatisch auf eine öffentlich-rechtlich verfasste Kirche keine Anwendung finden sollte.“<sup>98</sup> Eine gerichtliche Klärung dieser Frage scheint für Konrad Sahlfeld wünschenswert.

Historisch war die Religionsfreiheit eine *politische* Antwort auf die Unversöhnlichkeit der christlichen Kirchen in den Religionskriegen. Die Gewissensfreiheit der Andersgläubigen konnte sich nach der Reformation erst in kleinen Schritten durchsetzen. Dennoch hat Luthers „Rebellion gegen den exklusiven und autoritären Wahrheitsanspruch der kirchlichen Hierarchie dazu beigetragen, der neuzeitlichen Toleranz und dem modernen Pluralismus den Weg zu ebnen.“<sup>99</sup> Diese staatliche Friedensregelung war eine politische, keine theologische, die im Namen des Religionsfriedens für eine gleichberechtigte Koexistenz der Konfessionen eintrat. Toleranz wird den Religionsgemeinschaften aufgebürdet. „Toleranz ist nur erforderlich und möglich, wenn die Beteiligten ihre Ablehnung auf eine *vernünftigerweise* fortbestehende Nicht-Übereinstimmung stützen.“<sup>100</sup> Noch weniger waren die innerprotestantischen bzw. innerkatholischen Konflikte mit der Religionsfreiheit zu lösen. Ein solches Instrument für die Lösung der Konflikte in den Religionsgemeinschaften entstand erst in den Grundrechtskatalogen, die die individuelle Subjektivität auch religiös zu denken vermögen.<sup>101</sup>

„Religionsfreiheit hat bis heute dazu beigetragen, dass weltanschauliche Konflikte die inzwischen pluralistisch gewordene Gesellschaft nicht zerreißen. Sie bot den Religionsgemeinschaften einen institutionellen Rahmen innerhalb des Rechtsstaates für die Lösung ihrer eigenen Fragen. In den verschiedenen nationalen Systemen enthält die Religionsfreiheit die drei Grundprinzipien:

- Nichtidentifikation oder Neutralität des Staates
- Gleichbehandlung oder Parität
- Toleranz.

Ohne Neutralität, Parität und Toleranz ist Religionsfreiheit nicht möglich.“<sup>102</sup> Nach modernem Rechtsverständnis darf es keinen Staat im Staate geben. „Wenn sich gleichwohl innerhalb eines liberalen Staates eine (nach dessen Verständnis) illiberale Gruppe [wie eine Religionsgemeinschaft] eine eigene Rechtsordnung geben darf, hat das unauflösbare Widersprüche zur

---

<sup>98</sup> Sahlfeld, Konrad: Aspekte der Religionsfreiheit im Lichte der Rechtsprechung der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und nationaler Gerichte, Zürich 2004, S. 187. (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 3).

<sup>99</sup> Lehmann, Karl Kardinal: Toleranz und Religionsfreiheit. Geschichte und Gegenwart in Europa, Freiburg im Br. 2015, S. 33.

<sup>100</sup> Habermas, (Anm. 28), S. 391.

<sup>101</sup> Vgl. Loretan, (Anm. 30); ders., (Anm. 4).

<sup>102</sup> Loretan, Adrian: Religionsfreiheit und Gleichstellung aus religionsrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, in: Paul Richli (Hrsg.), Wo bleibt die Gerechtigkeit? Antworten aus Theologie, Philosophie und Rechtswissenschaft, Zürich u. a. 2005 (LBR, Bd. 5), S. 87-112, insb. S. 107f.

Konsequenz.“<sup>103</sup> Als Beispiel sind Religionsgemeinschaften zu nennen, die auf vormoderne Ursprünge zurückgehende Doktrinen und Lebensformen beibehalten.

Wer dagegen selbst Auffassungen vertritt, die nicht von Toleranz geprägt sind, verwirkt seine Grundrechte noch nicht. 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 umgesetzt werden, ... Es sind somit nicht die Haltung des Fundamentalismus, sondern die verpönten Aktionen, die der Grundrechtsausübung [von Fundamentalisten] Grenzen setzen.“<sup>104</sup> Deshalb sind Religionsgemeinschaften inzwischen auch zu einem Sicherheitsrisiko für Gesellschaft und Staat geworden,<sup>105</sup> weil die Religionsgemeinschaften sich daran gewöhnt haben, Grundrechte der Andersdenkenden in den eigenen Reihen nicht beachten zu müssen. Eine solche Haltung übertragen sie nun auch auf die pluralistische Gesellschaft.<sup>106</sup>

## VI. Gleichstellung oder Religionsfreiheit

Es stellen sich neue Fragen: Wie können Religionsgemeinschaften in einer Rechtskultur der Grundrechte erklären, dass sie aus theologischen Gründen gewissen Personen diskriminieren müssen (Schwarze oder Frauen)? Werden die Gerichte trotz der rechtlichen Entwicklungen im staatlichen und völkerrechtlichen Gleichstellungsrecht z.B. die Diskriminierung der Frauen und der Farbigen aus religiösen Gründen weiterhin tolerieren?

Werden damit Religionsgemeinschaften in einem modernen Rechtsstaat zum Fremdkörper?<sup>107</sup> Ist das Selbstbestimmungsrecht im Rahmen der Religionsfreiheit das geeignete Mittel, um diese Fremdheit, dieses Nicht-Inkulturieren zu schützen? Oder handelt es sich um staatlich betriebenen kirchlichen Traditionsschutz? Inwiefern dürfen die religiös neutralen staatlichen Instanzen jene Minderheiten in den Religionsgemeinschaften bevorzugen, die sich klar von den Grundrechten für alle Mitglieder distanzieren?

Solche Fragen zeigen, dass der liberale Staat den Religionsgemeinschaften grosse rechtliche Anpassungsleistungen abverlangt. Die intellektuelle theologische und rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem modernen Rechtsstaat ist für die bisherigen und neuen Religionsgemeinschaften angesagt.<sup>108</sup> Die auch von Jürgen Habermas angemahnte Auseinandersetzung der Religionsgemeinschaften mit dem liberalen Rechtsstaat wird für die Religionsgemeinschaften nicht ohne Folgen bleiben. „Religiöse Lehren, die dem Staat einmal die sakralen Grundlagen seiner Legitimation bereitgestellt hatten, verarbeiten den Zwang zur Entpolitisierung, indem sie aus ihrer Binnenperspektive das Verhältnis der religiösen Gemeinde (a) zum liberalen Staat, (b) zu den anderen Religionsgemeinschaften und (c) zur säkularisierten Gesellschaft im

---

<sup>103</sup> Habermas, (Anm. 28), S. 390. Inwiefern hier das Verhältnis von Staatskirchenrecht und Kirchenrecht betroffen ist, wäre eigens auszuführen.

<sup>104</sup> Kälin (Anm. 32), S. 43.

<sup>105</sup> Das 18. interuniversitäre Engelberger Seminar zwischen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Basel (Prof. Dr. Felix Hafner) und der Theologischen Fakultät der Universität Luzern (Prof. Dr. Adrian Loretan) trägt den Titel: Religion - ein Sicherheitsrisiko.

<sup>106</sup> Dagegen vgl. Loretan (Anm. 4).

<sup>107</sup> Oder sind Religionsgemeinschaften die letzte Bastion gegen die Gleichstellung der Geschlechter und die Menschenrechte? Mit Urs Kardinal von Balthasars Ruf wäre auch hier die „Schleifung der Bastionen“ zu fordern.

<sup>108</sup> Vgl. Legutke, *Daniel: Religionsfreiheit versus Meinungsfreiheit*, in: Herder- Korrespondenz 67, 10 (2013) S. 511–515.

Ganzen neu bestimmen.“<sup>109</sup> Als Hoffnungsschimmer ist es zu bewerten, dass diese Verhältnisbestimmung auch international als Option wahrgenommen wird.<sup>110</sup> Die Theologien der Religionsgemeinschaften, die interdisziplinär mit den Rechtswissenschaften zusammenarbeiten, können so einen wirklichen Beitrag zum friedlichen Zusammenleben leisten.

Es kann von den Religionsmitgliedern allerdings nicht verlangt werden, dass sie aus den Religionsgemeinschaften austreten müssen, wenn sie gleiche Rechte der Personen unabhängig von Geschlecht, Farbe oder Rasse einfordern, die der Staat zu garantiert hat. Daher ist die Alternative Gleichstellung oder Religionsfreiheit abzulehnen.

Adrian Loretan  
Universität Luzern  
Frohburgstrasse 3  
6002 Luzern

---

<sup>109</sup> *Habermas, Jürgen*: Intoleranz und Diskriminierung, in: Aram Mattioli/Markus Ries/Enno Rudolph (Hrsg.), *Intoleranz im Zeitalter der Revolutionen, Europa 1770-1848*, Zürich 2004, (Kultur — Philosophie — Geschichte. Reihe des Kulturwissenschaftlichen Instituts Luzern, Bd. 1), S. 43–56, 48.

<sup>110</sup> Vgl. [http://de.radiovaticana.va/news/2017/07/04/libanon\\_christen\\_und\\_muslime\\_neue\\_arabische\\_staats\\_doktrin/1323054#](http://de.radiovaticana.va/news/2017/07/04/libanon_christen_und_muslime_neue_arabische_staats_doktrin/1323054#), aufgerufen am 05.07.2017. Vgl. die Begründungen für die Menschenwürde aus den Theologien der verschiedenen Religionen in: Marcus Düwell/Jens Braarvig/Roger Brownsword/Dietmar Mieth (Hrsg.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge 2014.