

## § 122 Kirche und Staat in der Schweiz

Von Adrian Loretan

Die Schweiz kennt verschiedene Modelle des Zusammenwirkens von Staat und Religionsgemeinschaften. Der Staat, das heißt die Kantone, hatte bisher vor allem das Verhältnis zu den christlichen Kirchen geregelt – allenfalls noch zu den israelitischen Gemeinden. Daher der bisherige Begriff Staatskirchenrecht.

Mit den Einwanderungsschüben seit dem Zweiten Weltkrieg, besonders aber mit der Personenfreizügigkeit seit 2007/2009<sup>1</sup> ist die Schweiz zu einer multireligiösen Einwanderungsgesellschaft geworden. Die Kantone müssen sich der Frage stellen, wie sie ihr Verhältnis zu den neu in der Schweiz wirkenden Religionsgemeinschaften regeln wollen. In der gegenwärtigen Situation geht es u. a. um die Integration von Menschen orthodoxer und islamischer Herkunft in das staatliche Religionsrecht.<sup>2</sup> Nach der Auswertung der Volkszählung 2000 bekennen sich 310.807 Personen in der Schweiz zum Islam,<sup>3</sup> was 4,3 % der Schweizer Gesamtbevölkerung entspricht.<sup>4</sup> Inzwischen geht man von 400.000 Muslimen aus, dazu kommen die 35.000 bis 50.000 Aleviten.<sup>5</sup> Islamische Organisationen, bestehend aus vielen nationalen

<sup>1</sup> Mit einer 60-Prozent-Mehrheit beschloss das Schweizer Volk 2009 die Fortführung der Personenfreizügigkeit mit der EU unter Einschluss von Rumänien und Bulgarien. Die Einführung der Personenfreizügigkeit mit den 15 „alten“ EU-Staaten erfolgte 2007. Am 1. 1. 2015 treten Verfahrensartikel in Kraft, die die Personen-Freizügigkeit begrenzen (BV Art. 69ter; 19)

<sup>2</sup> Vgl. *Adrian Loretan, Quirin Weber, Alexander H. E. Morava*, Freiheit und Religion. Die Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften in der Schweiz. Münster 2014 (RRD 17); *Adrian Loretan*, Die öffentlich-rechtliche Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften – ein Instrument gesellschaftlicher Integration?: Martin Baumann, Samuel M. Behloul (Hg.), Religiöser Pluralismus. Empirische Studien und analytische Perspektiven. Bielefeld 2005, 171–196.

<sup>3</sup> Vgl. *Werner Haug*, Die Religionsgemeinschaften der Schweiz im Spiegel der Volkszählungen: René Pahud de Mortanges, Erwin Tanner (Hg.), Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht. Zürich 2005 (FVRR 15), 3–33; vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2005, 50 (Kommentar) u. 52 (Grafik). Vgl. den Bericht „Raum zwischen Agglomerationen füllt sich. Volkszählungsergebnisse zur Bevölkerungsstruktur“: NZZ v. 23. 1. 2002, Nr. 18, 11. Gemäß der Strukturhebung der eidgenössischen Volkszählung 2013 gehören etwa 330.000 Personen bzw. 5,0 % der Gesamtbevölkerung muslimischen und aus dem Islam hervorgegangenen Gemeinschaften an. Vgl. *Bundesamt für Statistik*, Strukturhebung der eidgenössischen Volkszählung 2013. Bevölkerung nach Sprachen und Religionen v. 26.2.2015. Neuchâtel 2015, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/05/blank/key/religionen.html> (20.6.2015).

<sup>4</sup> Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2006, 54: 18,3 % der in der Schweiz lebenden Ausländer sind Muslime.

<sup>5</sup> Vgl. *Stéphane Lathion, Andreas Tunger-Zanetti*, Switzerland: Jørgen S. Nielsen (ed.), Yearbook of Muslims in Europe, Vol. 5. Leiden, Boston 2013, 633–647.

Untergruppen, bilden heute die drittgrößte Religionsgemeinschaft in der Schweiz.<sup>6</sup> Dennoch haben sie bisher noch in keinem Kanton die öffentlichrechtliche Anerkennung erlangt.<sup>7</sup> Der Forderung nach einer Besserstellung<sup>8</sup> der muslimischen Glaubensgemeinschaften wird u. a. von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus politisch Gehör verschafft.<sup>9</sup>

Die christlichen Kirchen sind ebenfalls von den Veränderungen aufgrund der Personenfreizügigkeit betroffen. In der Wirtschaftsmetropole Zürich werden die Kirchaustritte z. B. der katholischen Kirche „durch Eintritte von Zuzüglern gut kompensiert. ... Die Zugewanderten stellen nun rund ein Drittel der Mitglieder.“<sup>10</sup> Die Frage der Migration und Integration ist nicht nur für die Schweiz, sondern für Europa eine Existenzfrage.<sup>11</sup> Für die Weiterentwicklung des bisherigen Staatskirchenrechts zu einem Religionsverfassungsrecht, das der Pluralität der Religionsgemeinschaften gerecht wird, ist seine Geschichte von Bedeutung.

Das Verhältnis von Kirche und Staat bzw. Staat und Religionsgemeinschaften hängt entscheidend davon ab, welches Selbstbild sowohl der Staat als auch die Religionsgemeinschaften von sich entwerfen. Es gilt daher zuerst das staatliche Selbstverständnis der Schweiz zu beleuchten, welche sich als ein direktdemokratischer, liberaler Rechtsstaat versteht, um dann die Beziehung zwischen Kirche und Staat entfalten zu können.<sup>12</sup>

## I. Geschichtlicher Zugang

Die Dreistufigkeit des historisch gewachsenen schweizerischen Staatswesens (Gemeinden, Kantone, Bund) ist auch für das Staatskirchenrecht von zentraler Bedeutung. Innerhalb der Grenzen des Bundes haben die 26 Kantone und die Gemeinden einen großen Gestaltungsfreiraum.

<sup>6</sup> Vgl. *Christian Jäggi*, Die Muslime und ihr Verhältnis zum westlich-säkularen Staat: Adrian Loretan (Hg.), *Kirche – Staat im Umbruch. Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum Staat*. Zürich 1995, 156–160.

<sup>7</sup> Vgl. *Sandro Cattacin, Cla Reto Famos, Michael Duttwiler, Hans Mahning*, Staat und Religion in der Schweiz. Anerkennungskämpfe, Anerkennungsformen. Eine Studie des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien (SFM) im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR). Bern 2003.

<sup>8</sup> Vgl. *René Pahud de Mortanges, Erwin Tanner* (Hg.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung*. Freiburg/Schweiz 2002 (FVRR 13).

<sup>9</sup> Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus hat im Herbst 2002 eine geschlossene Fachtagung zum Thema „Rechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften“ durchgeführt.

<sup>10</sup> *Reto Scherrer*, *Integration durch Engagement*: NZZ v. 8. 7. 2011, 17.

<sup>11</sup> Vgl. *Rita Süßmuth*, *Migration und Integration. Testfall für unsere Gesellschaft*. München 2006; vgl. auch *Walter Laqueur*, *Die letzten Tage von Europa. Ein Kontinent verändert sein Gesicht*. Berlin 2006.

<sup>12</sup> Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften wäre ebenfalls zu beleuchten, was in diesem Artikel nur für die katholische Kirche möglich ist.

laturrecht.<sup>20</sup> Da die Schweiz durch die Weltkriege keinen Abbruch der Rechtstradition erlebt hat, bestehen die alten Traditionen gerade auch institutionell auf kommunaler Ebene fort.<sup>21</sup> Das schweizerische Staatskirchenrecht geht von diesen ursprünglich im kanonischen Recht umschriebenen juristischen Personen der Kirchengemeinschaften aus, den heutigen Kirchgemeinden. Diese können gewohnheitsrechtlich verstanden werden (c. 23 CIC/1983). Das Kirchgemeindeprinzip ist heute „ein staatsrechtliches Prinzip ... und veranschaulicht ... die [besondere] Stellung des schweizerischen Staatskirchenrechts im europäischen Umfeld“<sup>22</sup>.

Das katholisch gebliebene ländliche Gemeinwesen bildet „den geistigen Hintergrund für die schweizerische direkte Demokratie. Oberste Instanz in diesen Gemeinwesen war die Gemeindeversammlung [Urversammlung] und bei ihrem Zusammenschluss zu einem Stand [Kanton] die ebenfalls direkt demokratische ‚Landsgemeinde‘.“<sup>23</sup> Die Landsgemeinde war die Versammlung aller Bürger des Standes, der nach *Napoleon* „Kanton“ genannt wird. Auch diese Versammlung aller Bürger wurde Landsgemeinde genannt.

## 2. Autonomie der 26 Kantone (Föderalismus)

Die Schweiz entstand 1848 aus dem gemeinsamen Willen der Kantone, sich zu einem Bundesstaat zusammenzuschließen. In dieser *Confoederatio Helvetica* (CH) unterscheiden sich die Kantone grundsätzlich von den rein administrativen Unterteilungen eines Einheitsstaates nach französischem oder italienischem Modell. Montesquieu, der für einen ausgeprägten Föderalismus plädiert, sieht diesen in der Schweizer Geschichte vorbildlich verwirklicht. Durch ihn wird dieses schweizerische Prinzip „zu einem entscheidenden Strukturprinzip der US-Verfassung“<sup>24</sup>. Die Kantone behalten sich auch heute eine gewisse Autonomie v. a. in Fragen der Schule und der Religion vor. Beide Bereiche sind aus der Geschichte zu verstehen. Um nach den Religionskriegen die Einheit des Bündnisses zu sichern, gewährte

<sup>20</sup> *Josef Frei*, Die Pfarrwahlbulle Papst Julius' II.: Der Geschichtsfreund. Mitteilungen des Historischen Vereins der fünf Orte Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden und Zug 89 (1934) 165–193.

<sup>21</sup> Vgl. *Sabine Arend*, Zwischen Bischof und Gemeinde. Pfarrbenefizien im Bistum Konstanz vor der Reformation. Leinfelden, Echterdingen 2003; *Peter Blickle, Johannes Kunisch*, Kommunalisierung und Christianisierung. Voraussetzungen und Folgen der Reformation 1400–1600. Berlin 1989; *Rosi Fuhrmann*, Kirche und Dorf. Religiöse Bedürfnisse und kirchliche Stiftung auf dem Lande vor der Reformation. Stuttgart, Jena, New York 1995.

<sup>22</sup> *Dieter Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht. Tübingen 1993, 368; vgl. *ders.*, Das Verhältnis von Staat und Kirche bzw. Religionsgemeinschaften in der Schweiz: Hartmut Kress (Hg.), Religionsfreiheit als Leitbild. Staatskirchenrecht in Deutschland und Europa im Prozess der Reform. Münster 2004, 257–273.

<sup>23</sup> *Henrici*, Problemanzeige (Anm. 17), 21 f. Obwohl die Landsgemeinden bis auf eine durch Urnenabstimmung ersetzt wurden, blieb die zugrunde liegende Überzeugung der direkten Demokratie für alle Ebenen erhalten: Alle Bürgerinnen und Bürger werden fast jedes Jahr drei bis vier Mal an die Urne gerufen, um über wichtige Sachgeschäfte abzustimmen.

<sup>24</sup> *Müller*, Die demokratische Verfassung (Anm. 13), 113.

man in Religionsfragen den Ständen die Souveränität.<sup>25</sup> Als die Schweiz sich 1848 als Bundesstaat konstituierte, wurde ebenfalls festgehalten: Der Bund ist in Religions- und Schulfragen neutral, da Letztere als mit der Religion verbunden verstanden wurden. Bis heute gibt es im Bereich des Staatskirchenrechts keine gesamtschweizerische, zentralstaatliche Regelung. Denn „die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist“ (Art. 3 BV). Um jeden Interpretationszweifel auszuräumen, wird dies in Bezug auf die „Regelungen des Verhältnisses von Kirche und Staat“ in Art. 72 BV nochmals eigens betont. Dieser Rechtsbereich soll im Grundsatz also weiterhin den Kantonen überlassen bleiben. Der Zweckartikel der Bundesverfassung spricht daher von der föderalen Vielfalt in der Einheit (Art. 2 BV), was auch auf das Verhältnis von Staat und Kirchen in besonderer Weise zutrifft. Altbundesrat *Hans-Rudolf Merz* formulierte es so: „Die Schweiz ist ein Land ohne gemeinsame Sprache, Kultur und Religion. ... Zwei Klammern verbinden unseren Bundesstaat: die direkte Demokratie und das Primat der kantonalen Eigenständigkeit. Dank unserem Föderalismus können eine Vielzahl von Kulturen und Sprachen, von gesellschaftlichen, politischen und religiösen Minderheiten koexistieren, ohne dafür ihre eigenen Wurzeln und Identitäten preisgeben zu müssen.“<sup>26</sup>

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, ist die Schweizer Demokratie „von unten nach oben“ gewachsen. Dies prägte ihr Verständnis auch im Bereich Kirche – Staat. Die übergeordneten Instanzen sind grundsätzlich subsidiär, d. h. sie erfüllen nur jene Aufgaben, welche untergeordnete Instanzen nicht selber erfüllen können. Das damit verwirklichte Subsidiaritätsprinzip ist zu einem Grundprinzip der katholischen Soziallehre geworden.<sup>27</sup>

### 3. „Kirche und Staat“ auf Bundesebene

Die Vielfalt staatskirchenrechtlicher Systeme in der Schweiz ist darauf zurückzuführen, dass weder die Bundesverfassung noch das Bundesgericht eine einheitliche Zuordnung für die ganze Schweiz vorsieht. Wie in Europa insgesamt, so gibt es auch in der Schweiz kein allgemein gültiges Modell des Verhältnisses von Religion und Staat. Die Regelung der Beziehung des Staates zu den Religionsgemeinschaften ist aufgrund Art. 3 und 72 Abs. 1 der Bundesverfassung im Wesentlichen den Kantonen überlassen. Art. 72 Abs. 1 der BV formuliert: „Für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat sind die Kantone zuständig.“ Diese „Ver-

<sup>25</sup> Vgl. *Thomas Maissen*, Die Geburt der Republic. Staatsverständnis und Repräsentation in der frühneuzeitlichen Eidgenossenschaft. Göttingen 2008, 366 ff., 397 ff., 498 ff.

<sup>26</sup> *René L. Frey* (Hg.), Föderalismus – zukunftstauglich? Zürich 2005, 7.

<sup>27</sup> Vgl. *Benedikt XVI.*, Enz. *Caritas in veritate* v. 29. 6. 2009: AAS 101 (2009) 641–709; dt.: VApSt 186, Nr. 57. Durch die Werke von zwei Schweizer Jesuiten (*Theodor Meyer*; *Victor Cathrein*) hat das Subsidiaritätsprinzip Eingang in die kirchliche Lehre gefunden. Vgl. *Henrici*, Problemanzeige (Anm. 17), 24 f.; *Heinrich Pesch*, Nationalökonomie II. Freiburg i. Br. 1925, 238 mit Rekurs auf die Moralphilosophie des Schweizer Jesuiten *Victor Cathrein*; *Quirin Weber*, Korporatismus statt Sozialismus. Freiburg/Schweiz 1989, 68.

wendung des Singulars erinnert an Ausschließlichkeitsansprüche und Ausgrenzung“<sup>28</sup>. Damit der Verfassungsartikel „nicht zu einer Diskriminierung kleinerer oder in der Schweiz neuer Religionsgemeinschaften“<sup>29</sup> führt, muss er menschenrechtskonform ausgelegt werden. Daher verwendet die neue Luzerner Kantonsverfassung den Begriff „Religionsgemeinschaften“ anstatt den Begriff „Kirche“.<sup>30</sup>

Auch das internationale Recht, also Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder Art. 18 des für die Schweiz geltenden Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, ergibt keine zusätzlichen Anforderungen an das kantonale staatskirchenrechtliche System. Denn die „margin of appreciation“ oder Lehre vom Ermessensspielraum nimmt „Rücksicht auf Rechtstraditionen und moralische Standards der einzelnen Staaten“<sup>31</sup>. Die europäische Erfahrung lehrt aber auch, dass die bundesstaatliche oder supranationale Integration dazu führt, „dass die Ausrichtung der neuen verfassungsrechtlichen Ebene auf eine bestimmte Religion oder Kirche, wie sie in einem religiös homogenen Territorium möglich ist, notwendigerweise schwindet“<sup>32</sup>. Gesetzgebungen, die speziell auf eine bestimmte Hauptreligion ausgerichtet sind, nehmen ab. Das Bestreben geht dahin, alle Religionen möglichst gleichmäßig zu berücksichtigen. Die Kantone aber genügen dem übergeordneten Religionsverfassungsrecht, wenn sie die Religionsgemeinschaften nicht feindlich behandeln.

Ausnahmeartikel in der Bundesverfassung, die gegen die katholische Kirche gerichtet waren, wurden 1973 gestrichen: BV-Artikel über das Jesuitenverbot und über das Verbot der Errichtung neuer Klöster. Die Streichung dieser Ausnahmeartikel war eine Voraussetzung für die Unterzeichnung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die 1974 von der Schweiz ratifiziert wurde. Das ebenfalls fehlende Frauenstimmrecht war 1971 eingeführt worden. Kaum war der allerletzte Ausnahmeartikel (Verbot der Gründung neuer Bistümer) in der neuen Bundesverfassung gestrichen, wurde er ersetzt durch einen Minarettverbotsartikel: „Der Bau von Minaretten ist verboten.“ Dieser war in der Volksabstimmung vom 29. November 2009 angenommen und am gleichen Tag in Kraft gesetzt worden.

Seither wird die Frage der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit wieder stärker diskutiert, und als Antwort auf die Minarettverbotsinitiative entstand ein Forum zur Stärkung der Menschenrechte und der direkten Demokratie, das aus der Solothurner Landhausversammlung hervorgegangen ist. Es will verhindern, dass die direkte Demokratie diskreditiert wird, wenn eine Mehrheit über Grundrechte einer

<sup>28</sup> *Yvo Hangartner*, Religiöser Grundrahmen der Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften: Pahud de Mortanges / Tanner, Kooperation (Anm. 3), 91–112, 96.

<sup>29</sup> Ebd., 96.

<sup>30</sup> Vgl. *Adrian Loretan*, VIII. Religionsgemeinschaften: Paul Richli, Franz Wicki (Hg.), Kommentar der Kantonsverfassung Luzern. Bern 2010, 665–676, 665.

<sup>31</sup> *Konrad Sahlfeld*, Aspekte der Religionsfreiheit im Lichte der Rechtsprechung der EMRK-Organen, des UNO-Menschenrechtsausschusses und nationaler Gerichte. Zürich 2004, 237 f.

<sup>32</sup> *Dieter Kraus*, Schweizerisches und europäisches Religionsrecht im Dialog: SJKR 2002. Bern 2003, 11–38, 38.

Minderheit befindet.<sup>33</sup> Gegen das Minarettverbot wurde von Muslimen geklagt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hielt die Kläger nicht für klageberechtigt, da sie mangels eines abgewiesenen Minarett-Bauantrages nicht direkt betroffen sind.<sup>34</sup> Diese Frage „lässt sich letztlich nur klären, wenn ein Antrag für einen Minarettbau von Schweizer Behörden abgelehnt wird und die abgewiesenen Muslime gegen ein solches Verdikt vor der Schweizer Justiz scheitern: Dann kann der Menschenrechtsgerichtshof angerufen werden.“<sup>35</sup> Ob die Schweizer Richter es so weit kommen lassen, darauf darf man gespannt sein.

## II. Religionsverfassungsrecht in Bund und Kantonen

### 1. Individuelle, kollektive und korporative Religionsfreiheit (Bund)<sup>36</sup>

#### a) Historische und rechtsphilosophische Grundlagen

Der Dreißigjährige Krieg brachte unendlich viel Leid über Europa. In den Verhandlungen für den Westfälischen Frieden herrschte die Parole: „Silete theologi in munere alieno! – Schweigt, ihr Theologen, in fremden Obliegenheiten!“<sup>37</sup> Auch in der Schweiz wurden die Religionskriege nicht durch ökumenische Verhandlungen<sup>38</sup> seitens der religiösen Führer überwunden. Am Kriegsgeschehen beteiligt waren das nördliche Fürstbistum Basel und Graubünden. Die konfessionellen Gegensätze führten auch nach 1648 zu Bruderkriegen. Das konfessionelle Zeitalter dauerte hierzulande länger als anderswo. Mit dem Westfälischen Frieden (1648) erreichte die Eidgenossenschaft die völkerrechtliche Anerkennung der Unabhängigkeit vom Reich.<sup>39</sup>

Zur gleichen Zeit begann sich die europäische politische Rechtsordnung „auf sich selbst zu stellen, sich zu lösen von der bis dahin unbestrittenen Verankerung

<sup>33</sup> [www.landhausversammlung.ch](http://www.landhausversammlung.ch) (24.8.2011).

<sup>34</sup> Vgl. EGMR erklärt Beschwerden gegen das Minarett-Bauverbot in der Schweiz für unzulässig. Pressemitteilung des Kanzlers v. 8. 7. 2011.

<sup>35</sup> Der Bau von Minaretten bleibt untersagt: NZZ v. 9. 7. 2011, 13.

<sup>36</sup> Schweizerische Kirchenrechtsquellen II: Religionsrecht des Bundes, Beih. 3, Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht (SJKR). Bern 2000.

<sup>37</sup> *Martin Kriele*, Säkularisierung und die islamische Herausforderung: Hermann Lübke u. a. (Hg.), Religionsfreiheit und Konformismus. Über Minderheiten und die Macht der Mehrheit. Münster 2004, 242–259, 251.

<sup>38</sup> „Meist haben erst politische Herrscher sie [die Kriege] beendet, Politiker, die Toleranz aushandelten und verordneten, etwa 1598 im Edikt von Nantes nach dem Hugenottenkrieg, oder 1648 im Westfälischen Frieden nach dem 30-jährigen Krieg.“ *Altbundesrat Moritz Leuenberger*, Das Böse, das Gute, die Politik. Verführung in der Politik: Bulletin ET 13 (2002) 245–248, 246.

<sup>39</sup> *Kaspar von Greyerz*, 1648. Religion und Gesellschaft am Ende des Dreißigjährigen Krieges: Urban Fink, Hilmar Gernet, Das Ende von Religion, Politik und Gesellschaft? Eine Annäherung an das Jubiläumsjahr im Zeitraffer. Solothurn 1997, 23–44, 25.

in der wahren Religion. Sie suchte ihren Grund und ihr Ziel unabhängig von der religiösen Wahrheit in der Begründung und Erhaltung von äußerem Frieden, öffentlicher Sicherheit und Ordnung. Und sie machte schließlich die Frage der anerkannten Religion ... selbst zu einer politischen, nicht mehr zu einer religiösen Angelegenheit.“<sup>40</sup> Auch das Aufklärungszeitalter reagierte auf die Zerstörung des bürgerlichen Friedens. Die Aufklärungsphilosophie entwickelte Konzepte der Toleranz und der Religionsfreiheit gegen den „religionsbewirkten bürgerlichen Unfrieden“<sup>41</sup> oder entwarf Vorstellungen einer multireligiösen Gesellschaft mit gleichen bürgerlichen Rechten für Angehörige einer Minderheitsreligion.<sup>42</sup> Dabei verließ der jüdische Philosoph *Mendelssohn* das Konzept von „Kirche und Staat“<sup>43</sup> bzw. „Staat und Religion“<sup>44</sup> und fragte: „Wem sollen wir die Sorge für das Ewige anvertrauen?“<sup>45</sup> Der Kirche oder dem Staat? Der Aufklärer *Mendelssohn* weist beide ab und entwickelt ein Drittes, denn diese beiden „vertragen sich selten anders, als um ein drittes moralisches Wesen, die Freiheit des Gewissens, die von ihrer Uneinigkeit einigen Vorteil zu ziehen weiß“<sup>46</sup>. Diesen Gang vom Institutionellen zum Personalen hat mit der Staatsrechtslehre schließlich auch die Theologie angetreten, „obwohl Grundrechte in der Geschichte oft *gegen* und nicht *durch* Kirchen errungen worden sind. ... ‚Dignitatis humanae‘ [Vaticanum II] war nicht – wie so oft in früheren Verlautbarungen des Lehramts – eine Gegenüberstellung von ‚Institutionen‘, sondern eine entschieden anthropologische Grundlegung.“<sup>47</sup>

In europäischen Gesellschaften, die auf der Grundidee größtmöglicher Selbstbestimmung des Einzelnen entstehen, ist eine Vielfalt von religiösen Meinungen die Konsequenz der Freiheit. Bei *John Rawls* findet sich in diesem Zusammenhang die terminologische Unterscheidung zwischen einem „vernünftigen“ und einem „unvernünftigen“ Pluralismus. „Eine Rechtsprechung und Gesetzgebung, die das Recht des einzelnen Individuums, beispielsweise der Muslimin, zum Austritt nicht

<sup>40</sup> *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Die Religionsfreiheit im Spannungsfeld zwischen Kirche und Staat: ders., Religionsfreiheit. Die Kirche in der modernen Welt. Freiburg i. Br. 1990 (Schriften zu Staat – Gesellschaft – Kirche 3), 33–58, 37 f.

<sup>41</sup> *Hermann Lübke*, Politik und Religion nach der Aufklärung: ders., Politik nach der Aufklärung. Philosophische Aufsätze. München 2001, 40.

<sup>42</sup> *Moses Mendelssohn*, Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum. Berlin 1783 bzw. Hamburg 2005.

<sup>43</sup> Der erste Entwurf von „Jerusalem“ beginnt mit dem Satz: „Kirche u. Staat. Grenzstreitigkeiten zwischen denselben hat schreckliche Uebel verursacht“ (ebd., 29).

<sup>44</sup> Die definitive Fassung von „Jerusalem“ beginnt mit „Staat und Religion – bürgerliche und geistliche Verfassung – weltliches und kirchliches Ansehen – diese Stützen des gesellschaftlichen Lebens ...“ (ebd., 33).

<sup>45</sup> Ebd., 38.

<sup>46</sup> Ebd., 33.

<sup>47</sup> *Ueli Friedrich*, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat. Zur Bedeutung der Religionsfreiheit im schweizerischen Staatskirchenrecht. Bern 1993 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht 546), 219.

schützt, ist für unsere schweizerische Ordnung, den *ordre public*, aber auch im Rahmen der Idee ... des ‚vernünftigen Pluralismus‘, nicht mehr akzeptabel.“<sup>48</sup>

Bleibt man in der Terminologie Rawls‘, ist ferner die Frage des Zusammenhalts der multireligiösen Schweizer Gesellschaft zu stellen, die jahrhundertlang nach dem *cuius regio, eius religio*-Prinzip beantwortet wurde: „Wie kann eine gerechte und stabile Gesellschaft von freien und gleichen Bürgern dauerhaft bestehen, wenn diese durch ihre vernünftigen religiösen, philosophischen und moralischen Lehren einschneidend voneinander getrennt sind? ... Die Frage sollte ... schärfer so gestellt werden: Wie können auch diejenigen, die eine auf einer religiösen Autorität, wie zum Beispiel der Kirche oder der Bibel, beruhende religiöse Lehre bejahen, eine vernünftige politische Konzeption haben, die eine gerechte demokratische Ordnung stützt?“<sup>49</sup>

Grundrechte können selbst dann nicht verwirkt werden, wenn eine Person Auffassungen vertritt, die nicht von Toleranz geprägt sind. Um fundamentalistische Ansprüche zurückzuweisen, dienen Güter wie die öffentliche Ordnung oder die Rechte Dritter. „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 Grenzen setzen.“<sup>50</sup>

Dass weltanschauliche Konflikte die inzwischen pluralistisch gewordene Gesellschaft nicht zerreißen, ist auf das Grundrecht Religionsfreiheit mit zurückzuführen. Es bietet den Religionsgemeinschaften innerhalb des Rechtsstaates einen institutionellen Rahmen für die Lösung ihrer eigenen Fragen.

## b) Glaubens- und Gewissensfreiheit

Die schweizerische Bundesverfassung und die völkerrechtlichen Menschenrechtskonventionen<sup>51</sup> folgen in ihren Formulierungen „den Menschenrechtserklärungen der Französischen Revolution. Die Religionsfreiheit ist in dieser Sicht primär ein Recht des einzelnen Menschen.“<sup>52</sup> Diese individualistische Ausrichtung von Art. 9 EMRK und Art. 15 BV kommt dadurch zum Ausdruck, dass bei beiden auch die Gewissensfreiheit gewährleistet wird. Das Gewissen, als innere Instanz

<sup>48</sup> Georg Kohler, Vernünftiger Pluralismus – Der liberale Staat als Hüter der Religionsfreiheit: Bernhard Ehrenzeller u. a. (Hg.), Religionsfreiheit im Verfassungsstaat. Zweites Kolloquium der „Peter Häberle-Stiftung“ an der Universität St. Gallen. Zürich 2011, 69–88 u. Diskussion 89–100, 99.

<sup>49</sup> John Rawls, Political Liberalism. New York 1991, dt. Frankfurt a. M. 1998, 35.

<sup>50</sup> Walter Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft. Zürich 2000, 43.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 15 BV, Art. 9 EMRK, Art. 18 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte.

<sup>52</sup> Hangartner, Religiöser Grundrahmen (Anm. 28), 95.

des Menschen, als *forum internum*, dient zur eigenen Selbstprüfung<sup>53</sup> und ist von jedem Erfordernis der kollektiven Ausübung gelöst.

Die Bundesverfassung garantiert mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit jeder Person *positiv* das Recht, „ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen“ (Art. 15 Abs. 2) und „religiösem Unterricht zu folgen“ (Art. 15 Abs. 3). Andererseits garantiert die Verfassung *negativ*, dass niemand gezwungen werden darf, „einer Religionsgemeinschaft ... anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen“ (Art. 15 Abs. 4).

Die Religionsfreiheit ist nicht nur ein individuelles, kollektives und korporatives Freiheitsrecht, sondern auch eine objektive Norm, an der sich die gesamte Staatstätigkeit zu orientieren hat. Sie hat die Funktion, das Individuum und die Religionsgemeinschaft vor unzulässigen Eingriffen des Staates zu schützen, und ist gleichzeitig eine wichtige normative Funktion des Gesetzgebers.<sup>54</sup> Als Teilgehalte der Religionsfreiheit werden in der Lehre regelmäßig die Grundsätze der Neutralität, der Parität und der Toleranz<sup>55</sup> genannt.

Die positive Religionsfreiheit ermöglicht es jeder Person, ihren Glauben allein oder in Gemeinschaft öffentlich auszuüben. Die kollektive Kultusfreiheit ist zu unterscheiden von der korporativen Religionsfreiheit. Unter deren Rechtsschutz fallen nicht nur religiöse Handlungen im engeren Sinn, sondern auch religiös motivierte Sitten- und Moralüberzeugungen oder die innere Organisationsstruktur einer Religionsgemeinschaft.<sup>56</sup> Die Bundesverfassung garantiert den Religionsgemeinschaften die freie Entfaltung gemäß ihrem Selbstverständnis im Rahmen des *ordre public*. Religionsfreiheit kann, wie alle Grundrechte, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen eingeschränkt werden. Diese Voraussetzungen werden in Art. 36 der Bundesverfassung genannt: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismäßigkeit, Unantastbarkeit des Kerngehaltes.

So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte „in seiner Rechtsprechung zur in Art. 9 EMRK verankerten Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit festgehalten, dass den Religionsgemeinschaften aufgrund der Religionsfreiheit autonome Bereiche zustehen müssen, allerdings nicht im Sinne einer Kirchenfrei-

<sup>53</sup> Vgl. *Martin Hilti*, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz. Zürich 2008, 65 ff.; vgl. *Anne Kühler*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit. Ein Beitrag zum Verständnis von Art. 15 der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und im Rechtsvergleich. Zürich 2012, 22 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Christian Tappenbeck, René Pahud de Mortanges*, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität: René Pahud de Mortanges (Hg.), Religiöse Neutralität. Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft. Zürich 2008 (FVRR 21), 105–136.

<sup>55</sup> Vgl. *Sahlfeld*, Aspekte der Religionsfreiheit (Anm. 31), 108–122; *Ueli Friederich*, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat. Zur Bedeutung der Religionsfreiheit im schweizerischen Staatskirchenrecht. Bern 1993, 298, vgl. ferner 297–360.

<sup>56</sup> Vgl. *Christoph Winzeler*, Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz. Zürich 2009, 162.

heit mit umfassendem Selbstbestimmungsrecht“<sup>57</sup>. Ein „relativ enge Verständnis“<sup>58</sup> im Hinblick auf die Herleitung allfälliger korporativer Rechte liegt Art. 9 EMRK zugrunde. Die Straßburger Praxis zu Art. 9 EMRK „schützt das Individuum; die Perspektive, aus welcher das Schutzobjekt dieses Grundrechts umschrieben wird, ist der Einzelne. ... Entsprechend stützt der Gerichtshof den Schutz der kollektiven Religionsausübung nicht allein auf Art. 9 EMRK, sondern zieht dafür stets auch die Versammlungsfreiheit nach Art. 11 EMRK heran; das kollektive Element ergibt sich damit nicht aus der Religionsfreiheit selber, sondern aus dem – seiner Grundausrichtung nach – kollektiven Grundrecht der Versammlungsfreiheit.“<sup>59</sup>

Obwohl die korporative Religionsfreiheit weder in der Bundesverfassung noch in der Europäischen Menschenrechtskonvention explizit gewährleistet wird, sind Teile der Lehre der Meinung, „dass die allgemeine Umschreibung der Religionsfreiheit in den angeführten Art. 15 BV und Art. 9 EMRK ebenfalls eine korporative Religionsfreiheit mitumfasst“<sup>60</sup>.

Das Bundesgericht<sup>61</sup> ist zudem der Auffassung, dass zur Gewährleistung der Religionsfreiheit der Staat gewisse *positive* Leistungen erbringen muss, damit Menschen ihren Glauben zusammen feiern können. Als Beispiel sei die Ermöglichung des gemeinsamen Freitagsggebets der Muslime im Gefängnis genannt.<sup>62</sup> „Die Frage der leistungsrechtlichen Komponente der Freiheitsrechte stellt sich überall dort, wo Freiheitsrechte besser oder nur durch positive Leistungen des Staates geschützt werden können“<sup>63</sup>, z. B. Anstaltsseelsorge, „Ewige Ruhestätten“ für Muslime, Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen, theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten oder interreligiöse Institute wie das Institut für Jüdisch-Christliche Forschung an der Theologischen Fakultät und an der Kultur- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

<sup>57</sup> *Felix Hafner*, Religionsfreiheit im Kontext der Menschenrechte: Adrian Loretan (Hg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte. Religionsrechtliche Studien, Teil 2. Zürich 2011, 121–161, 147.

<sup>58</sup> *Hermann Weber*, Die individuelle und kollektive Religionsfreiheit im europäischen Recht einschließlich ihres Rechtsschutzes: ZevKR 47 (2002) 265–302, bes. 277 f.

<sup>59</sup> *Markus Schefer*, Religionsfreiheit aus gemeineuropäischer Sicht: Ehrenzeller, Religionsfreiheit (Anm. 48), 105–119, 110.

<sup>60</sup> *Giusep Nay*, Strukturelle Entwicklungen in der staatlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung der Schweiz: Gerosa / Müller, Katholische Kirche (Anm. 17), 53–63, 54; *Andreas Auer*, *Giorgio Malinverni*, *Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, Vol. II: Les droits fondamentaux. Bern 2006, 221 f. (Rzn. 466 f.) u. 234 (Rz. 493).

<sup>61</sup> [http://www.unifir.ch/iur/religionsrecht\\_de/dienstleistungen/rechtsprechung/bundesgericht](http://www.unifir.ch/iur/religionsrecht_de/dienstleistungen/rechtsprechung/bundesgericht) (20.6.2015).

<sup>62</sup> BGE 113 Ia 304.

<sup>63</sup> Vgl. *Felix Hafner*, *Georg Gremmelspacher*, Islam im Kontext des schweizerischen Verfassungsrechts: René Pahud de Mortanges, Erwin Tanner, Muslime in der schweizerischen Rechtsordnung. Freiburg i. Ue. 2002 (FVRR 13), 87–110, 91; *Felix Hafner*, *Kathrin Ebnöther*, Staatliche Förderung religiöser Aktivitäten: Pahud de Mortanges / Tanner, Kooperation (Anm. 3), 131–161.

Die *negative* Religionsfreiheit hat das Bundesgericht z. B. in Schultscheidungen verdeutlicht wie dem „Kruzifixentscheid“ und dem „Kopftuchentscheid“. Im Kruzifixentscheid hielt das Bundesgericht fest, dass Schülerinnen und Schüler vor einer Beeinflussung durch religiöse Symbole zu schützen seien. Es erachtete deshalb das *staatlich angeordnete* Anbringen von Kruzifixen im Schulhaus der Tessiner Gemeinde Cadro als Verstoß gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit.<sup>64</sup>

Das religiös begründete Tragen von bestimmten Kleidungsstücken ist grundsätzlich dem Schutzbereich der positiven Glaubensfreiheit zugeordnet.<sup>65</sup> Das Bundesgericht hielt es aber für zulässig, einer Genfer Lehrerin das Tragen eines Kopftuches als „symbole religieux fort“ in der Schule zu untersagen, weil das öffentliche Interesse an der staatlichen Neutralität der Schule, also die negative Religionsfreiheit der Kinder und ihrer Erziehungsberechtigten, das Grundrechtsinteresse der Lehrerin überwiege.<sup>66</sup>

Dieses grundrechtsorientierte Verfassungsdenken hat mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 18. April 1999 verstärkt Einzug gehalten. Die Betonung der Grundrechtsbindung der öffentlichrechtlichen Handlungsträger hat Auswirkungen auf das Staatskirchenrecht. „Die Entwicklung vom alten ‚Staatskirchenrecht‘ zum heutigen ‚Religionsverfassungsrecht‘, wie sie in den jüngeren Verfassungsrevisionen [verschiedener Kantone] zum Vorschein kommt, belegt diesen Wandel augenscheinlich.“<sup>67</sup> Die Grundrechte in der Bundesverfassung setzen der kantonalen Kompetenz des Kirchen- und Religionswesens Grenzen. Das Bundesgericht hat im Geiste des Föderalismus „die Kantone als befugt betrachtet, ihren öffentlichrechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften weitgehendere Vorschriften im Hinblick auf die demokratische Organisation zu machen, als dies nach deren Selbstverständnis und innerreligiösem Recht zulässig wäre“<sup>68</sup>.

### c) Grundrechtskonflikte

Das korporative Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften steht in einer Spannung zur individuellen Religionsfreiheit, aber auch zu anderen Grundrechten. Bei begünstigenden staatlichen Leistungen oder beim Übertragen von staatlicher Hoheitsgewalt an Religionsgemeinschaften ist der Staat an die Grundrechte gebunden. Das Spannungsfeld von Individuum und Kollektiv im Religionsverfassungsrecht der Schweiz soll im Folgenden auf fünf Ebenen angedeutet werden.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> BGE 116 Ia 252 ff.

<sup>65</sup> BGE 119 Ia 184 f.

<sup>66</sup> BGE 123 I 296 ff.

<sup>67</sup> Bernhard Ehrenzeller, Zukunftsperspektive: Trennung von Kirche und Staat oder neue Kooperationsformen?: Gerosa / Müller, Katholische Kirche (Anm. 17), 187–199, 187.

<sup>68</sup> Hafner, Religionsfreiheit (Anm. 57), 154.

<sup>69</sup> Für eine Einwanderungsgesellschaft ist es von Bedeutung, wie die Einwanderer über Individuum und Kollektiv denken. Vgl. z. B. Parinas Parhisi, Individuum und Staat im schiitischen Islam – Grundlagen für die Menschenrechtsdebatte: Loretan, Religionsfreiheit (Anm. 57), 209–250.

Erstens kann der Rechtsstaat bei einer Kooperation mit Religionsgemeinschaften nicht indirekt die Benachteiligung von Frauen in Kauf nehmen. Der Gleichstellungsausschuss des Europarates hat sich ausführlich mit dem Verhältnis von Religionsgemeinschaften und der Gleichstellung bzw. Diskriminierung der Frauen in Europa befasst. In einem Bericht von 2005 hält der Ausschuss fest, dass Glaubensgemeinschaften das Recht auf Gleichstellung der Frau nicht mit staatlicher Hilfe untergraben dürfen.<sup>70</sup>

Zweitens gilt im schweizerischen Arbeitsrecht, also bei Anstellungs-, Entlassungs- und Lohnfragen „aufgrund des Gleichstellungsgesetzes eine direkte Drittwirkung: In diesem Bereich dürfen sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber niemanden wegen des Geschlechts ungleich behandeln oder diskriminieren.“<sup>71</sup>

Drittens hat die Organisation der Islamischen Konferenz (OIC) an der 7. Session des UNO-Menschenrechtsrates in Genf im März 2008 in einer Resolution ein weltweites Verbot der öffentlichen Diffamierung aller Religionen gefordert. Die Resolution wurde mit 21 zu 10 Stimmen angenommen.<sup>72</sup> Sollen damit die Religionsgemeinschaften geschützt werden vor der grundrechtlichen Kritik? Schafft die korporative Religionsfreiheit einen rechtsfreien Raum für die Religionen auch in der Schweiz? Die Muslimin *Necla Kelek* hält in ihrem Zürcher Vortrag fest: „Einer der Hauptgründe für die gesellschaftliche Misere in der arabischen Welt [bestehe] gerade in der Unmöglichkeit, den Islam und die damit verbundene patriarchalische Kultur zu hinterfragen. Ohne Religionskritik aber könne es keine Demokratie geben.“<sup>73</sup> Die Integration von muslimischen Einwanderern in den Schweizer Rechts-

<sup>70</sup> „All women living in Council of Europe member states have a right to equality and dignity in all areas of life. Freedom of religion must not be accepted as a pretext for justifying violations of women’s rights. It is the duty of the member states of the Council of Europe to protect women against violations of their rights in the name of religion and to promote and fully implement gender equality.“ Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 1464, 4. 10. 2005, § 56. Ausführlicher vgl. *Judith Wyttenbach*, Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften in der Schweiz im Kontext der Grundrechte: Loretan, Religionsfreiheit (Anm. 57), 377–413, bes. 387–390. „Großen in Europa verbreiteten Glaubensgemeinschaften wie der katholischen Kirche, den orthodoxen und manchen evangelikalischen Kirchen, dem orthodoxen Judentum oder manchen islamischen Gruppen sei gemeinsam, so der Bericht weiter, dass sie diskriminierende Rollenstereotype aufrechterhielten, das sittliche Verhalten und die Sexualität von Frauen wesentlich stärker kontrollierten als von Männern und die weiblichen Glaubensangehörigen in ihrer patriarchalischen Organisationsstruktur teilweise massiv benachteiligten“ (ebd., 389).

<sup>71</sup> *Hafner*, Religionsfreiheit (Anm. 57), 153; *Denise Buser*, Die unheilige Diskriminierung. Eine juristische Auslegeordnung für die Interessenabwägung zwischen Gleichstellung und Religionsfreiheit beim Zugang zu religiösen Leitungssämtern. Münster 2014 (RRD 16), 51–54.

<sup>72</sup> NZZ v. 29. 3. 2008. In der verabschiedeten Resolution wird nur der Islam anstelle aller Religionen erwähnt.

<sup>73</sup> *Andreas Breitenstein*, Freiheit im Islam, NZZ v. 21. 5. 2011, Nr. 118, 63; vgl. *Necla Kelek*, Über die Freiheit im Islam. Zürich 2010; vgl. das Interview mit *Ayaan Hirsi Ali*, Die Feinde der offenen Gesellschaft. René Scheu trifft Ayaan Hirsi Ali: Schweizer Monat Nr. 988, 91. Jahr, Aug. Juli/August 2011, 60–64.

staat, der individuelle Grundrechte kennt, wird in jedem Fall eine Herausforderung bleiben. Die semantischen Parallelen zwischen der aktuellen Islam-Debatte in der Schweiz und der Problematisierung der katholischen Kirche und der Katholiken im 19. Jahrhundert hat der katholische Theologe und Islamwissenschaftler *Samuel M. Behloul* herausgearbeitet.<sup>74</sup>

Viertens wird die Religionsfreiheit im Rahmen der Freiheitsrechte der Verfassung interpretiert. Eine Religionsgemeinschaft, die für sich korporative Religionsfreiheit in Anspruch nimmt, ist verpflichtet, ihren Mitgliedern auch individuelle Religionsfreiheit zu gewähren, zum Beispiel das Recht auf Austritt. Jede Religionsgemeinschaft, die Apostaten (Austrittswillige) mit dem Tod oder einer anderen drastischen Strafe bedroht, zerstört den religiösen Frieden in der Schweiz. Es muss betont werden, dass die Religionsfreiheit ein Freiheitsrecht jedes Menschen ist. Wer dieses Freiheitsrecht aus religiösen Gründen in Frage stellt, stellt die gesamte staatliche Rechtsordnung in Frage.

Fünftens ist in diesen Kontext der unbewältigten Grundrechtskonflikte auch die Frage des Präsidenten der vom Bundesrat eingesetzten Ethikkommission, des Philosophen *Otfried Höffe*, einzuordnen: „Darf die christliche Religion in unseren europäischen Staaten Vorrechte genießen, die andere Religionen nicht haben? Die Frage ist strittig. Wie fällt die Antwort aus, wenn man unstrittige, ‚universalisierbare‘ europäische Errungenschaften in Erinnerung ruft, die sich mit Athen [Überwindung der Privatjustiz; Rationalität], Rom [Jurisprudenz, Trennung von privat und öffentlich] und Aufklärung [wissenschaftliche Kritik an den hl. Schriften] verknüpfen? ... Aus Angst, andernfalls der Xenophobie beschuldigt zu werden, verfielen liberale Intellektuelle ... einer ‚Idiophobie‘. Zu dieser ‚Furcht vor dem Eigenen‘ gehört fraglos der Widerstand gegen jede Berufung auf ein christliches Erbe.“<sup>75</sup> *Höffe* fasst seine Position so zusammen: „Ihre überragende, freilich nicht bloß segensreiche kulturgeschichtliche Bedeutung kann eine gewisse Sonderstellung der christlichen Kirchen durchaus rechtfertigen. Hinzu kommt die vielfältige Arbeit fürs Gemeinwohl, etwa im Bereich von Krankenhäusern, Schulen, auch in der Entwicklungshilfe. Wenn eine andere Religionsgemeinschaft eine ähnlich konstruktive Leistung nicht bloß verspricht, sondern wie das Christentum über Generationen tatsächlich vollbringt, dann – aber auch erst dann – erwirbt sie sich das moralische Recht auf eine öffentlichrechtliche Gleichstellung.“<sup>76</sup> Viel zurückhaltender äußert sich dazu der evangelische Theologe und Jurist *Cla Reto Famos*, der im Namen der Rechtsgleichheit der Religionsgemeinschaften argumentiert.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> *Samuel M. Behloul*, „Homo islamicus“ als Prototyp des Fremden: *swissfuture*, Magazin für Zukunftsmonitoring 1/2011, Zukunft der Werte, 8–11.

<sup>75</sup> *Otfried Höffe*, Glaube und Vernunft im säkularen Staat. Europas kosmopolitische Eigenarten und die Religion: *NZZ* v. 16. 7. 2011, Nr. 164, 61.

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> *Cla Reto Famos*, Die öffentlichrechtliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Lichte des Rechtsgleichheitsprinzips. Freiburg/Schweiz 1999 (FVRR 6), 167–170.

## 2. Die neuere religionsverfassungsrechtliche Entwicklung in den Kantonen<sup>78</sup>

„Die Ausweitung des Schutzbereiches der Religionsfreiheit auf ein aus der korporativen Religionsfreiheit fließendes Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften“<sup>79</sup> zeigt deutliche Auswirkungen auf die neuen Kantonsverfassungen. Nach der Revision und Annahme der Bundesverfassung vom 18. April 1999 ist es in mehreren Kantonen zu Revisionen der kantonalen Verfassungen gekommen. Neue Verfassungen traten z. B. „in den Kantonen St. Gallen (2001), Neuenburg (2002), Waadt (2003), Freiburg (2004), Zürich (2005) und Basel-Stadt (2005) [Luzern (2008), Schwyz (2013) und Genf (2013)] in Kraft“<sup>80</sup>. In diesen jüngeren Verfassungsrevisionen ist eine starke Angleichung der kantonalen Regelungen in Richtung einer Entflechtung der Beziehungen zwischen Kirche und Staat festzustellen. Diese Kantone anerkennen im Grundsatz das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetzgebung.<sup>81</sup> Die Kantone Basel-Land und Graubünden gewähren in ihren Verfassungen den Religionsgemeinschaften das Recht, „ihre Angelegenheiten“ – also auch die äußeren – selbständig zu regeln.<sup>82</sup> Der katholisch geprägte Kanton Obwalden hält seit 1968 in seiner Verfassung fest: „Die Religionsgemeinschaften organisieren sich nach ihrem Selbstverständnis“ (Art. 4 Abs. 1). Die Verfassungen der Kantone Jura, Aargau und Zürich sehen ein allgemeines autonomes Organisationsrecht vor.

Im Rahmen dieser kantonalen Verfassungsrevisionen wurden zudem neue Lösungen des Religionsverfassungsrechts besprochen.<sup>83</sup> Vorschläge für einen Systemwechsel sind in verschiedenen Kantonen im Verfassungsrat oder im Parlament eingegangen, waren aber politisch nicht mehrheitsfähig. Im Kanton Freiburg wurde eine Trennung von Staat und Kirche nach dem Vorbild von Neuenburg diskutiert. Die Mandatssteuer wurde in Freiburg, Basel-Stadt und Luzern genauer ge-

<sup>78</sup> Vgl. *Denise Buser*, *Kantonales Staatsrecht*. Basel 2011, Rz. 36 (in Fn. 68 werden sämtliche Kantonsverfassungsrevisionen seit 1965 aufgelistet). [http://www.unifr.ch/ius/religionsrecht\\_de/dienstleistungen/rechtssammlung/kantone](http://www.unifr.ch/ius/religionsrecht_de/dienstleistungen/rechtssammlung/kantone) (20.6.2015). Vgl. *Jakob Frey* (Hg.), *Schweizerische Kirchenrechtsquellen I: Kantonales Recht*. Bern 1999 (SJKR, Beih. 2).

<sup>79</sup> *Nay*, *Strukturelle Entwicklungen* (Anm. 60), 55.

<sup>80</sup> *René Pahud de Mortanges*, *System und Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein*: ZevKR (2007) 495–523, 509; vgl. [www.lexfind.ch](http://www.lexfind.ch) (20.6.2015).

<sup>81</sup> *Giusep Nay*, *Organisatorische Verselbständigung als Leitidee: Staatsrechtliche Überlegungen zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht: Römisch-katholische Zentralkonferenz der Schweiz* (Hg.), *Weiterentwicklung des Staatskirchenrechts. Aktuelle Herausforderungen im Licht der Denkanstöße von Urs Josef Cavelti*. St. Gallen 2008, 19–26, 21.

<sup>82</sup> In älteren Kantonsverfassungen wurde den Kirchen vielfach nur das Recht eingeräumt, die inneren Angelegenheiten, die konfessionell verschieden verstanden werden, autonom zu ordnen.

<sup>83</sup> Vgl. *René Pahud de Mortanges*, *Kantonale Verfassungsrevision und Religionsrecht in der Westschweiz*: Peter Hänni (Hg.), *Mensch und Staat. Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag*. Freiburg i. Ue. 2003, 147–160; *Adrian Loretan*, *Das Religionsverfassungsrecht des Kantons Luzern*: Richli / Wicki, *Kommentar* (Anm. 30), 665–676.

prüft. Ein Gesetz, welches einen Rechtsanspruch auf öffentlichrechtliche Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften bei Erfüllung entsprechender Voraussetzungen vorsah, erlitt in einer Volksabstimmung im Kanton Zürich Schiffbruch.<sup>84</sup> Im Wesentlichen beinhalten die staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der neuen Zürcher Kantonsverfassung „eine gezielte Erweiterung der Autonomie der kirchlichen Körperschaften und eine minimale Ausdehnung hinsichtlich der Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften [auf zwei jüdische Gemeinden]. Es liegt keine Neuregelung, sondern eine Fortentwicklung des heutigen Zustandes vor.“<sup>85</sup> Die Autonomie zeigt sich z. B. in der Ermöglichung der vom kantonalen Recht unabhängigen Regelung des Stimm- und Wahlrechts für die kirchlichen Körperschaften.

Die Kirchensteuer juristischer Personen spielt für die Finanzierung der Kirchen eine große Rolle. Gegen diese Besteuerungsart werden Bedenken von Verfassungsrechtlern,<sup>86</sup> Wirtschaftskreisen und Politikern<sup>87</sup> geäußert. Es stand die Frage im Mittelpunkt, ob infolge des geänderten Verfassungstextes von Art. 15 BV (gegenüber Art. 49 alte BV) sich auch die juristischen Personen auf die Religionsfreiheit berufen können. Mit dem Grundsatzentscheid BGE 126 I 122 verzichtete das Bundesgericht auf eine Abkehr seiner langjährigen Rechtsprechung. Der kantonale Gesetzgeber darf weiterhin den juristischen Personen mit verfassungsgerichtlichem Plazet Kirchensteuern auferlegen. Einige Kantone nehmen die obige Kritik auf. Sie schränken die Verwendung der Kirchensteuererträge juristischer Personen zu Recht ein, indem sie die Erträge aus dieser Kirchensteuer „nicht für kultische, sondern für soziale und kulturelle Tätigkeiten der Kirche“<sup>88</sup> einsetzen. Davon profitieren alle Menschen. Die kirchlichen Körperschaften bzw. Kirchen müssen entsprechende, praktisch umsetzbare Kriterien entwickeln, „die die kultischen Tätigkeiten von den nichtkultischen abgrenzen, und sie müssen sich in dieser Frage auch eine gewisse staatliche Aufsicht gefallen lassen“<sup>89</sup>. Die Zürcher und Luzerner Kantonsverfassung haben die Besteuerung der juristischen Personen beibehalten, gekop-

<sup>84</sup> *Martin Röhl*, Neuregelung des Verhältnisses zwischen Kirchen und Staat im Kanton Zürich – Standortbestimmung nach der Volksabstimmung vom 30. November 2003: SJKR 8 (2003) 241–251.

<sup>85</sup> *Martin Röhl*, Die staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der neuen Zürcher Kantonsverfassung: SJKR 10 (2005) 200–209, 208. Diese Beurteilung wird auch auf die anderen revidierten Kantonsverfassungen angewandt. Vgl. *Pahud de Mortanges*, System (Anm. 80), 510.

<sup>86</sup> Vgl. *Ferdinand Zuppinger*, Zur Kirchensteuerpflicht Juristischer Personen: Louis Carlen, Die Kirchensteuer juristischer Personen in der Schweiz. Freiburg/Schweiz 1988 (FVKS 26), 11–24, bes. 11–20.

<sup>87</sup> Die Jungfreisinnigen Zürich, die Jungfreisinnigen Graubünden und die Jungfreisinnigen im Kanton Freiburg lancierten je eine kantonale Volksinitiative 2011, um die Kirchensteuer für juristische Personen abzuschaffen. Kurz zuvor lehnte der Grosse Rat des Kantons Thurgau eine entsprechende Motion ab. Abgelehnt wurde die Initiative im Kanton Graubünden (2014).

<sup>88</sup> *Pahud de Mortanges*, System (Anm. 80), 511.

<sup>89</sup> Ebd.; vgl. *Raimund Süess*, *Christian R. Tappenbeck*, *René Pahud de Mortanges*, Die Kirchensteuer juristischer Personen in der Schweiz. Eine Dokumentation. Zürich 2013 (FVRR 28).

pelt neu mit der Zweckbindung für soziale bzw. kulturelle Zwecke.<sup>90</sup> Dank dieser Zweckbindung hatte die Kirchensteuer juristischer Personen in den Kantonen Zürich und Luzern eine Chance, die Hürde des Parlamentes zu überwinden. Die Kantone Aargau, Appenzell-Außerrhoden, Basel-Stadt, Genf, Neuenburg, Schaffhausen und Waadt kennen keine Kirchensteuer für juristische Personen.

Im Kanton Waadt wurde mit der Verfassungsrevision die Ungleichbehandlung der römisch-katholischen und der evangelisch-reformierten Kirche beseitigt. Hier war die evangelisch-reformierte Kirche Staatskirche gewesen, während die römisch-katholische Kirche sich als bloßer Verein staatskirchenrechtlich organisierte. Nun sind beide *institutions de droit public*. „Der Kanton Waadt hat sich damit als letzter Kanton der Schweiz von staatskirchlichen Verhältnissen verabschiedet.“<sup>91</sup> Im Kanton Zürich ist die römisch-katholische Kirche bei den finanziellen Leistungen des Staates zulasten der evangelisch-reformierten Kirche bessergestellt worden.

In Wissenschaft, Religionsgemeinschaften und Staat setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass die Zukunft des schweizerischen Religionsverfassungsrechts nicht in der radikalen Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften und in der Laizität des Staates besteht, sondern in der Kooperation zwischen dem Staat und den Kirchen. Die Anerkennung weiterer Religionsgemeinschaften wird aus politischen Gründen nach der Minarettverbotsabstimmung 2009 deutlich langsamer erfolgen als noch vor kurzem erwartet. Dies zeigt sich darin, dass die kantonalen Ausführungsgesetze zu den neuen Kantonsverfassungen, die die Kriterien für die Anerkennung regeln sollten, auf sich warten lassen.

#### a) Die öffentlichrechtlichen Körperschaften

Aus der Bundesverfassung lässt sich kein einheitliches System von Kirche und Staat ableiten, es lassen sich nur Grenzen der kantonalen Gestaltungsmöglichkeiten skizzieren. Die Religionsgemeinschaften haben deshalb drei Rechtsmöglichkeiten:

1. Auf Bundesebene steht primär das privatrechtliche Vereinsrecht (Art. 60 ff. ZGB) allen Religionsgemeinschaften offen. Von dieser Rechtsform (Kultusvereine) können auch Religionsgemeinschaften Gebrauch machen, die sich – wie der Islam – mit Rücksicht auf ihr Selbstverständnis nicht als solche öffentlichrechtlich organisieren wollen oder können.<sup>92</sup> Punktuelle Kooperationen für die Erbringung staatlicher Leistungen, wie z. B. bezüglich Friedhof oder schulischem Religionsunterricht, werden angestrebt.

<sup>90</sup> Vgl. *Andreas Kley* u. a., Die negative Zweckbindung von Kirchensteuern juristischer Personen: SJKR 9 (2004) 73–82, 74; vgl. *Daniel Kosch*, Die öffentliche Finanzierung der katholischen Kirche in der Schweiz. Zahlen, Zusammenhänge und Zukunftsperspektiven. Zürich 2013 (FVRR 30), dreisprachig: dt., franz., ital.

<sup>91</sup> *Pahud de Mortanges*, System (Anm. 80), 510 f.

<sup>92</sup> *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung. Tübingen 2003, 87 ff. u. 178.

2. Als zweiten Schritt gibt es in einigen Kantonen die Möglichkeit der symbolischen oder kantonalen Anerkennung der privatrechtlichen Organisationen, ohne öffentlichrechtlichen Status. In den Trennungskantonen Genf und Neuenburg werden die beiden großen Kirchen auf diese Weise anerkannt. Diese Möglichkeit wird auch in der Kantonsverfassung von Basel-Stadt festgehalten (Art. 132/133). So konnten u. a. die Aleviten im Kanton Basel-Stadt anerkannt werden.<sup>93</sup>

3. Religionsgemeinschaften können sich öffentlichrechtlich organisieren. Dabei ist begrifflich zu unterscheiden zwischen den umfassend öffentlichrechtlich organisierten evangelisch-reformierten Landeskirchen und den römisch-katholischen Bistümern mit ihren kantonalen öffentlichrechtlichen Körperschaften, die fälschlicherweise auch „Landeskirchen“ genannt werden. Die öffentlichrechtliche Organisation ist begrifflich abzugrenzen von der Anerkennung der privatrechtlichen Vereine. „Die öffentlichrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften sind autonome Körperschaften des staatlichen Rechts. ... Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich nicht auf die Grundrechte Privater berufen. Eine Ausnahme sollte jedoch gemacht werden, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts der Grundrechtsausübung von Privaten dient. Dies trifft für die öffentlichrechtlich verfassten Religionsgemeinschaften zu.“<sup>94</sup>

Mit diesen Selbstverwaltungskörpern im Rahmen des öffentlichen Rechts der Kantone sind Privilegien verbunden. Diese landeskirchlichen Körperschaften erhalten staatliche Hoheitsrechte über ihre Mitglieder und genießen im Rahmen des kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrechts Autonomie. Sie üben mittelbare staatliche Gewalt aus. Sie sind aber im Fall der katholischen Kirche weder Kirche noch Staat. Diese staatskirchenrechtlichen Körperschaften finanzieren grösstenteils die katholische Kirche. Bei ihrem Wegfall durch Trennung von Staat und Kirche muss die Finanzierung mit privatrechtlichen Vereinen kompensiert werden. In den Trennungskantonen Genf<sup>95</sup> und Neuenburg<sup>96</sup> ist dies der Fall. Wegen der finanziellen Folgen ist mindestens kurz- und mittelfristig keine realistische Alternative in Sicht, die die kantonalen staatskirchenrechtlichen Körperschaften ablösen könnte.

Die öffentlichrechtliche Organisation der Religionsgemeinschaften bedeutet freilich nicht, dass ihnen überhaupt keine korporativen Rechte zukommen. Die Schweizer Bundesverfassung verzichtet darauf, den öffentlichrechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften ein wie immer ausgestaltetes Selbstbestimmungsrecht zu garantieren (Art. 15 BV); allerdings ist das Ausmaß der Autonomie abhängig von der jeweiligen verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Kantone. Dies bedeutet für die öffentlichrechtlichen Körperschaften (nicht für die Kirche), dass sie grundsätzlich nicht dasselbe Selbstbestimmungsrecht beanspruchen können, wie

<sup>93</sup> Basel anerkennt die Aleviten. *Premiere in der Schweiz*, NZZ v. 19. 10. 2012.

<sup>94</sup> *Hangartner*, Religiöser Grundrahmen (Anm. 28), 93 f.

<sup>95</sup> *Bernard Jordan*, Le statut de l'Eglise catholique romaine dans le canton de Neuchâtel: Libro Gerosa, René Pahud de Mortanges (Hg.), *Eglise catholique et Etat en Suisse*. Zürich 2010, 253–264.

<sup>96</sup> *Philippe Gardaz*, Le statut de l'Eglise catholique romaine dans le canton de Genève: Gerosa / Pahud de Mortanges, *Eglise catholique* (Anm. 95), 265–276.

es zum Beispiel Religionsgemeinschaften im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zugestanden wird.<sup>97</sup>

Das Verhältnis zwischen dieser Autonomie der in den Kantonen öffentlichrechtlich anerkannten Selbstverwaltungskörperschaften und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 15 BV) wird in der Rechtsliteratur verschieden interpretiert.<sup>98</sup> In jedem Fall ist der Begriff des Selbstbestimmungsrechts anders zu werten als der Begriff der Autonomie.<sup>99</sup>

#### b) Das hoheitliche Besteuerungsrecht der Körperschaften

Hoheitliches Handeln der öffentlichrechtlichen Körperschaften ist grundrechtsgebunden. Dass ein europäischer „Staat dies als Bedingung nennt, ist unter der EMRK nicht zu beanstanden“<sup>100</sup>. Diese Einschränkungen sind wie folgt zu begründen: „Der Rechtsstaat, dessen ‚Grundlage und Schranke‘ das Recht ist,<sup>101</sup> kann hingegen den Religionsgemeinschaften nicht hoheitliche Befugnisse [z. B. das Besteuerungsrecht] einräumen, ohne sicherzustellen, dass von diesen nur in seinem rechtsstaatlichen Sinn Gebrauch gemacht wird.“<sup>102</sup> Um mit dem Selbstverständnis der anerkannten Religionsgemeinschaft vereinbar zu sein, muss der Zweck der öffentlichrechtlichen Körperschaft auf die Interessen und Bedürfnisse der Religionsgemeinschaft ausgerichtet sein.

Die öffentlichrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften, die von ihren Mitgliedern Steuern erheben wollen, haben sich nach direktdemokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien zu organisieren.<sup>103</sup> Dieses Erfordernis ist dem kanonischen Verfassungsrecht fremd, wird aber von den Kirchenmitgliedern geschätzt, weil ihnen damit ein demokratisches Mitspracherecht bei der Finanzierung ihrer Kirche vermittelt wird, das über Jahrhunderte in den mittelalterlichen Kirchengenossenschaften im Gebiet der katholischen Stände auf kirchenrechtlicher Grundlage bestanden hat.<sup>104</sup> Diese Institutionen haben einiges zur Inkulturation des Christen-

<sup>97</sup> Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleistet das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften.

<sup>98</sup> *Felix Hafner*, Trennung von Kirche und Staat. Anspruch und Wirklichkeit: Basler Juristische Mitteilungen (1996) 225–256; *Giusep Nay*, Schweizer Rechtsstaat und Religionsgemeinschaften. Hilfe und Grenzen: Adrian Loretan-Saladin, Toni Bernet-Strahm (Hg.), Das Kreuz der Kirche mit der Demokratie. Zum Verhältnis von katholischer Kirche und Rechtsstaat. Zürich 2006, 35–47, 41 f.

<sup>99</sup> *Adrian Loretan*, Das kantonale Staatskirchenrecht oder Die rechtlichen Verhältnisse von Kirche und Staat in den 26 Kantonen der Schweiz: Gerosa / Müller, Katholische Kirche (Anm. 17), 91–106, bes. 104–106.

<sup>100</sup> *Sahlfeld*, Aspekte der Religionsfreiheit (Anm. 31), 174.

<sup>101</sup> Art. 35 Abs. 3 BV: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.“

<sup>102</sup> *Nay*, Schweizer Rechtsstaat (Anm. 98), 36.

<sup>103</sup> Vgl. *Felix Hafner*, Kirche und Demokratie. Betrachtungen aus juristischer Sicht: SJKR 1997. Bern 1998, 37–90, 77.

<sup>104</sup> Vgl. *Pius Hafner*, Staat und Kirche im Kanton Luzern. Historische und rechtliche Grundlagen. Freiburg 1991, 321 f. Die Kirchengenossenschaft entwickelte sich „aus der Zehntgenos-

tums in die direktdemokratische Eidgenossenschaft beigetragen.<sup>105</sup> Zur Demokratie in der Kirche schreibt *Joseph Kardinal Ratzinger*: „Kirchliche Amtsverantwortung ist gebunden an die Weihe. ... Aber die heilige Gewalt ist nicht vonnöten für die kirchlichen Finanzen.“<sup>106</sup> Der ehemalige Kardinal und Papst ist noch einiges weiter gegangen als sein Amtsvorgänger *Leo XIII.*, der im April 1879 in die Abhaltung von Pfarrwahlen im französischsprachigen Teil des damaligen Kantons Bern (heute Kanton Jura) einwilligte.<sup>107</sup> Die Frage von Demokratie und Kirche kehrt wieder in den theologisch-kirchenrechtlichen Denkhorizont zurück, was für den Schweizer Katholizismus von großer Bedeutung ist.<sup>108</sup>

Die Demokratiebindung der öffentlichrechtlichen Körperschaften beruht auf dem freiwilligen Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht für Religionsgemeinschaften, denen der Demokratiebegriff ganz fremd sein sollte.<sup>109</sup> Um das staatliche hoheitliche Besteuerungsrecht der Mitglieder zu erhalten, muss, im Rahmen der öffentlichrechtlichen Organisation einer Religionsgemeinschaft als kantonale Selbstverwaltungskörperschaft, auf Vorgaben aus dem eigenen religiösen Recht verzichtet werden. Das kantonale Recht bietet diese Möglichkeit an, auf die aus theologischen Gründen<sup>110</sup> auch verzichtet werden kann.<sup>111</sup>

senschaft und stellt den körperschaftlichen Zusammenschluss der Pfarrgenossen zu Wahrung ihrer Rechte (z. B. Wahl des Kirchmeiers, beim Vorliegen eines Gemeindepatronates Präsentation des Pfarrers usw.) dar“ (ebd., 62).

<sup>105</sup> Ebd., 321.

<sup>106</sup> *Joseph Ratzinger*, *Demokratisierung der Kirche?*: ders., Hans Maier, *Demokratie in der Kirche. Möglichkeiten und Grenzen*. Limburg 2005, 7–46, 32.

<sup>107</sup> „Das dem jurassischen Emissär Ernest Daucourt auf den Weg gegebene päpstliche ‚tolerari posse‘ hinsichtlich der Pfarrwahlen, das ‚den Abbau des jurassischen Kulturkampfes so entscheidend erleichterte, gehört in den größeren Kontext der politischen Annäherung an republikanische und demokratische Lebensformen, die dieser große Papst inaugurierte“ (*Kraus*, *Schweizerisches Staatskirchenrecht* [Anm. 22], 47 f).

<sup>108</sup> Das *Quod omnes tangit*-Prinzip des römischen Privatrechts wurde erst im kanonischen Recht zu einer Allgemeinverbindlichkeit ausgestaltet. Vgl. *Yves Congar*, *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet*: *Revue historique de droit français et étranger* 36 (1958) 210–259. Dieser ausgezeichnete Artikel von *Congar* verfolgt die Wirkungsgeschichte nur bis zum Konzil von Basel (1431) und verpasst so die intensive Rezeption in der Neuzeit bei den spanischen Klassikern des Naturrechts und damit die weiterreichende Wirkungsgeschichte für die Entstehung des modernen Demokratie- und Völkerrechtsverständnisses. Dazu: *Patrik Huser*, *Vernunft und Herrschaft*. Die kanonischen Rechtsquellen als Grundlage natur- und völkerrechtlicher Argumentation im zweiten Prinzip des Traktates *Principia quaedam* des Bartolomé de Las Casas. Münster 2011 (RRD 11). Zur neueren Wirkungsgeschichte dieses Rechtssatzes vgl. *Heribert Heinemann*, „*Quod omnes tangit* ...“ Kanonistische Erwägungen im Anschluss an einen bedeutenden Rechtssatz: *FS Aymans* (65) 199–217; vgl. *Adrian Loretan*, *Wie entwickelte die römisch-katholische Kirche ein Ja zum demokratischen Rechtsstaat und seinen Grundrechten?*: ders. / *Bernet-Strahm*, *Das Kreuz* (Anm. 98), 19–34.

<sup>109</sup> Aus der obigen Anmerkung sollte deutlich geworden sein, dass in der katholischen Tradition Demokratie kein Fremdwort ist.

<sup>110</sup> Vgl. *Stefan Streiff*, *Kirchenfinanzen in der pluralistischen Gesellschaft*. Die Einnahmen der reformierten Kirchen aus theologischer Perspektive. Zürich 2008 (FVRR 22); *Daniel Kosch*,

### III. Die Vereinbarkeit von Kirchenrecht *und* Staatskirchenrecht

#### 1. Prinzipielle Überlegungen zur katholischen Dualstruktur

Religionsgemeinschaften sollten auch im Falle der öffentlichrechtlichen Organisation keine Demokratievorschriften gemacht werden dürfen. Eine unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchgeführte Güterabwägung mit dem Selbstorganisationsprinzip würde dies nahelegen. Denn es besteht kein staatlicher Auftrag, demokratische Teilhaberechte auch im nichtstaatlich-gesellschaftlichen Raum zur Geltung zu bringen.<sup>112</sup> Die öffentlichrechtlichen Körperschaften dagegen sind den rechtsstaatlichen Prinzipien und der direktdemokratischen Mitwirkung der Mitglieder verpflichtet, da sie staatliche Hoheitsrechte wie die Besteuerung erhalten.

Im Unterschied zu diesem Selbstverwaltungskörper ist die katholische Kirche hierarchisch aufgebaut. Sie ist „die mit hierarchischen Organen ausgestattete Gesellschaft und der geheimnisvolle Leib Christi, ... die aus menschlichem und göttlichem Element zusammenwächst. Deshalb ist sie in einer nicht unbedeutenden Analogie dem Mysterium des fleischgewordenen Wortes ähnlich“ (Art. 8 VatII LG). Mit Hilfe eines christologisch verstandenen Sakramentenbegriffs soll „sowohl einer spiritualistischen Sicht der Kirche wie einer ... rein soziologischen gewehrt werden“<sup>113</sup>. Denn „die Kirche ist ja in Christus gleichsam das Sakrament, das heißt Zeichen und Werkzeug für die innigste Vereinigung mit Gott wie für die Einheit der ganzen Menschheit“ (Art. 1 VatII LG). Dieses theologische Kirchenverständnis des Zweiten Vatikanischen Konzils hat Auswirkungen auf das Recht der Kirche. Es „hat auch die Gemeinschaft zwischen Gott und den Menschen im Blick zu behalten, deren Zeichen und Werkzeug die Kirche in einem gewissermaßen sakramentalen Sinn ist“<sup>114</sup>.

Die Kirche ist strukturiert durch das Kollegium der Apostel und ihrer Nachfolger, der Bischöfe, mit dem ihnen eigenen Auftrag, die Völker zu lehren, „alles zu befolgen, was ich [Jesus Christus] euch geboten habe“ (Mt 28,20). Der hierarchische Dienst der Apostel ist „unerlässlich für die Existenz der Kirche in all ihren Erschei-

Demokratisch – solidarisch – unternehmerisch. Organisation, Finanzierung und Management in der katholischen Kirche in der Schweiz. Zürich 2007 (FVRR 19).

<sup>111</sup> Vgl. Michael Marti, Eliane Kraft, Felix Walter, Dienstleistungen, Nutzen und Finanzierung von Religionsgemeinschaften in der Schweiz. Synthese des Projekts FAKIR (Finanzanalyse Kirchen) im Rahmen des Nationalen Forschungsprojekts 58 „Religionsgemeinschaften, Staat und Gesellschaft“. Bern 2010.

<sup>112</sup> Hafner, Kirche und Demokratie (Anm. 103), 50 f. m. w. N.

<sup>113</sup> Walter Kasper, Kirche als universales Sakrament des Heils: ders., Theologie und Kirche. Mainz 1987, 244.

<sup>114</sup> Markus Graulich, Unterwegs zu einer Theologie des Kirchenrechts. Die Grundlegung des Rechts bei Gottlieb Söhngen (1892–1971) und die Konzepte der neueren Kirchenrechtswissenschaft. Paderborn 2006 (KStKR 6), 376.

nungsformen“<sup>115</sup>. Der CIC/1983 entfaltet die hierarchische Struktur der Kirche, angefangen von der höchsten Autorität, dem Papst und dem Bischofskollegium (cc. 330–367), bis hin zu den Kaplänen (cc. 564–572). Die geistliche Vollmacht der Bischöfe kommt aus der Bischofsweihe, die sie nur „in der hierarchischen Gemeinschaft“ (c. 375 § 2) mit dem Papst ausüben können. Eine Diözese wird vom Bischof „durch das Evangelium und die Eucharistie im Heiligen Geist zusammengeführt“ (c. 369) und bildet so „eine Teilkirche, in der die eine, heilige, katholische und apostolische Kirche Christi wahrhaft gegenwärtig ist und wirkt“ (c. 369).

Die Begriffe „Kirche“ und „öffentlichrechtliche Körperschaft“ müssen deshalb klar auseinandergelassen werden. *Kurt Kardinal Koch* schreibt dazu: „Im Rahmen meiner Ekklesiologie-Vorlesungen habe ich es für unabdingbar gehalten, nicht nur die dogmatische Lehre des Zweiten Vatikanischen Konzils über die Kirche vorzutragen, sondern auch den spezifisch helvetischen Kontext zu beleuchten.“<sup>116</sup> Die öffentlichrechtlichen Körperschaften werden kirchenrechtlich als „Unternehmungen“ (c. 216) der Gläubigen zur Finanzierung der Kirche verstanden. Sie sind aber nicht Bischofskirche im ekklesiologischen bzw. kirchenrechtlichen Sinn. Daher ist der Begriff „Landeskirche“ für die öffentlichrechtlichen Körperschaften der Katholiken zu ändern. Auch dürfen die Synodalität der Kirche und die demokratischen Organe der öffentlichrechtlichen Körperschaften nicht gleichgesetzt werden.<sup>117</sup> Die öffentlichrechtlichen Körperschaften sind subsidiäre Hilfskonstruktionen für die Finanzierung der Diözesen und der Pfarreien. Die Leitungsverantwortung der Diözese liegt beim Bischof.

## 2. Übereinkunft zwischen dem Bistum und den öffentlichrechtlichen Körperschaften

Die hier dargestellte Rechtslage führt bei einer hierarchisch gegliederten Religionsgemeinschaft wie der römisch-katholischen Kirche zu einer Doppelstruktur. Das kanonische Verfassungsrecht der katholischen Kirche und die staatskirchenrechtliche Körperschaft der katholischen Mitglieder, die die Hoheitsrechte des Staates (Besteuerungsrecht der Mitglieder) erhalten hat, arbeiten einvernehmlich zusammen im Wissen darum, dass hier zwei Rechtsordnungen aufeinandertreffen, die nicht ausnahmslos übereinstimmen. Die hierarchische Verfasstheit der katholischen Kirche (Kirchenrecht) sieht in der Mehrheit der Leitungsfunktionen keine demokratische Mitsprache der Mitglieder vor. Dennoch hebt die kanonische Amtsverleihung in c. 525, 1° den Respekt hervor, „den das kanonische Recht im

<sup>115</sup> *Jean-Claude Périsset*, Theologische und kanonistische Postulate zur Struktur der Ortskirchen: Gerosa / Müller, *Katholische Kirche* (Anm. 17), 64–79, 66.

<sup>116</sup> *Kurt Koch*, Ekklesiologische und staatskirchenrechtliche Fragestellungen im Bistum Basel. Eröffnungsvortrag zur öffentlichen Ringvorlesung „Kirche–Staat“ in der Jesuitenkirche in Luzern am 2. April 2008: Gerosa / Müller, *Katholische Kirche* (Anm. 17), 291–320, 291.

<sup>117</sup> Vgl. ebd., 297–299; vgl. zur Synodalität: *Walter Kardinal Kasper*, *Katholische Kirche. Wesen – Wirklichkeit – Sendung*. Freiburg i. Br. 2011, 484: „Kirche als *communio* verstehen führt zu einem kommunikativen, dialogischen und geschwisterlichen Stil. ... Dazu gehört die Neubelebung und Stärkung synodaler Institutionen in der Kirche.“

Hinblick auf die wohlverordneten Rechte [c. 4] von Körperschaften oder Personen hat, die nicht kirchlicher Autorität sind, besonders was die Auswahl eines Kandidaten für ein Amt betrifft, und zwar in vollkommenem Respekt vor der Synergie zwischen dem gemeinschaftlichen und hierarchischen Prinzip der Kirche“<sup>118</sup>. Konflikte sollten im Ausgleich der Rechte zwischen Kirchenrecht und Staatskirchenrecht und in der Respektierung der Zuständigkeiten gelöst werden.<sup>119</sup> Nach der Besprechung einer Liste von ekklesiologischen und ekklesiopraktischen Problemen dieser Zusammenarbeit kommt *Kurt Kardinal Koch* zum Schluss, dass das „Miteinander der beiden Rechtssysteme nur dann funktioniert und auch eine gute Zukunft haben wird, wenn beide einvernehmlich zusammenwirken und sowohl ihre Kompetenzen als auch ihre Grenzen klar kennen“<sup>120</sup>. Dies setzt auf beiden Seiten kirchenrechtlich und staatskirchenrechtlich kompetente Persönlichkeiten voraus.

Altbundesgerichtspräsident *Giusep Nay* hat eine Anerkennung von Kirchgemeinden und kantonalkirchlichen Körperschaften als gewohnheitsrechtliche Institutionen des partikularen Kirchenrechts vorgeschlagen. „Die römisch-katholische Kirche hat die Kirchgemeinden ... stets faktisch anerkannt, scheut sich aber, diesen förmlich kirchlichen Charakter anzuerkennen. Allerdings gibt es ... für Graubünden auch ein Beispiel einer indirekten förmlichen Anerkennung, indem das Bischöfliche Ordinariat Chur jeweils die Verfassungen der ... neu entstandenen Kirchgemeinden offiziell genehmigte.“<sup>121</sup> *Kurt Kardinal Koch* antwortete: „Auf diese Forderung könnte zunächst nur unter der Voraussetzung eingetreten werden, dass die staatskirchenrechtlichen Organisationen auf kantonaler Ebene inskünftig auf die Bezeichnung ‚Kirche‘ für eine staatskirchenrechtliche Körperschaft verzichten.“<sup>122</sup> *Koch* nennt noch weitere Bedingungen, die für eine De-iure-Anerkennung erfüllt werden müssten. So sollten die staatskirchenrechtlichen Körperschaften eines Bistums verstärkt mit den Bistumsorganen zusammenarbeiten. Dafür sollte es eine vertragliche Übereinkunft geben zwischen dem jeweiligen Bistum einerseits und den kantonalen Körperschaften andererseits.<sup>123</sup>

*Bernhard Ehrenzeller* schlägt für eine solche Übereinkunft weder ein „völkerrechtliches Konkordat“ noch ein „staatsrechtliches Konkordat“ vor, sondern „eine gemeinsame Vereinbarung zwischen den staatskirchenrechtlichen Kantonalorganisa-

<sup>118</sup> *Périsset*, Postulate zur Struktur (Anm. 115), 76. Anm.: Die Ernennung eines gewählten Pfarrers: ebd., 76 f.

<sup>119</sup> Vgl. *Giusep Nay*, Kirche und Staat im Lichte der Religionsfreiheit. Die schweizerische Lösung des Dualismus: Adrian Loretan, Franco Luzzatto, Gesellschaftliche Ängste als theologische Herausforderung. Kontext Europa, Theologie Ost-West 3. Münster 2004, 65–78, 74.

<sup>120</sup> *Koch*, Ekklesiologische und staatskirchenrechtliche Fragestellungen (Anm. 116), 307.

<sup>121</sup> *Nay*, Kirche und Staat (Anm. 119), 74.

<sup>122</sup> *Koch*, Ekklesiologische und staatskirchenrechtliche Fragestellungen (Anm. 116), 309.

<sup>123</sup> Lösungen für die Zusammenarbeit der Körperschaften in einer Bistumsregion hat *Marie-Andrée Beuret* entwickelt: L'organisation d'une région diocésaine. Question de droit canonique et de droit ecclésiastique à l'exemple de la région Berne-Jura-Soleure (Ste Vèrene) du diocèse de Bâle. Münster 2008 (RRD 8). Eine ausführliche deutschsprachige Rezension dazu liefert *Daniel Kosch*: SJKR 14 (2009) 223–238.

tionen und dem jeweiligen Bistum“<sup>124</sup>. Nach seiner Auffassung kann ein Bistum, repräsentiert durch den Bischof, „ohne weiteres Vertragspartner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sein, denn die Bistümer sind als Juristische Personen des öffentlichen Rechts anerkannt. Dies gilt für alle Kantone der Schweiz.“<sup>125</sup> Eine solche verbindliche Vereinbarung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts liegt z. B. für die Theologische Fakultät der Universität Luzern vor.<sup>126</sup> Es ist anzuraten, verbindliche Vereinbarungen zwischen den Bistümern und ihren staatskirchenrechtlichen Körperschaften von gemischten Kommissionen<sup>127</sup> erarbeiten zu lassen. Es gilt, den Sendungsauftrag der Kirche unter den konkreten staatsrechtlichen Bedingungen eines Landes optimal zu erfüllen. Wenn ein Diözesanbischof in der Synode 72 in Übereinstimmung mit dem späteren c. 1263 anerkennt, dass „die Erhebung von Kirchensteuern eine legitime Form der Konkretisierung der kirchlichen Beitragspflicht“<sup>128</sup> im Sinne von c. 222 ist, so können die öffentlichrechtlichen Körperschaften nicht als ekklesiologisch bedeutungslos betrachtet werden. Erachtet eine Kirche die Tätigkeit dieser Körperschaften allerdings als nicht mehr notwendig, „so müsste sie konsequenterweise auf einen Verzicht der öffentlichrechtlichen Anerkennung drängen“<sup>129</sup>. Wegen der finanziellen Folgen wird dies, jedenfalls kurz- und mittelfristig, kein Lösungsweg sein. Nicht zu empfehlen ist „eine ambivalente oder gar unterstützende Haltung der kirchlichen Autoritäten zum ‚partiellen Kirchenaustritt‘“<sup>130</sup>, die ein neuerer Bundesgerichtsentscheid<sup>131</sup> ermöglicht. Die damit indirekt verbundene Freiwilligkeit der Steuer stellt nur das System der öffentlichrechtlichen Körperschaften der katholischen Kirche mit ihrer Dualstruktur in Frage. Die evangelische Kirche ist davon nicht betroffen. Das

<sup>124</sup> *Ehrenzeller, Zukunftsperspektive* (Anm. 67), 196 f.

<sup>125</sup> *Ebd.*, 197. Dazu kommt noch die Anerkennung des Bistums als juristische Person durch die Kantone in völkerrechtlichen Konkordaten. Vgl. *Schweizerische Kirchenrechtsquellen III. Konkordate und weitere Verträge*. Bern 2004 (SJKR, Beih. 5).

<sup>126</sup> Vgl. *Jörg Sprecher, Die Vereinbarung zwischen dem Bischof von Basel, der Universität Luzern und dem Kanton Luzern betreffend die Theologische Fakultät der Universität Luzern vom 8. November 2005*: SJKR 2008, Bd. 13. Bern 2009, 87–99.

<sup>127</sup> Dabei sollten Vertreter, die im Auftrag des Bischofs Einsitz nehmen, und Vertreter, die im Auftrag der betroffenen öffentlichrechtlichen Körperschaften Einsitz nehmen, eine verbindliche Übereinkunft erarbeiten, die auch Lösungsmodelle für den Konfliktfall (z. B. Röschenz) aufzeigen.

<sup>128</sup> „Neben den freiwilligen Leistungen ist die Erhebung von Kirchensteuern eine legitime Form der Konkretisierung der kirchlichen Beitragspflicht“, wie c. 1263 ebenfalls unterstreicht. Vgl. Synode 72 der Diözese Basel. Solothurn 1978, IX: Beziehung zwischen Kirche und politischen Gemeinschaften, Entscheidungen und Empfehlungen [von der Synode am 29. 11. 1975 verabschiedet und vom Bischof Dr. Anton Hänggi genehmigt], 4.2.1.

<sup>129</sup> *Ehrenzeller, Zukunftsperspektive* (Anm. 67), 194.

<sup>130</sup> *Ebd.*

<sup>131</sup> BGE 134 I 75. Es handelt sich bei diesem Bundesgerichtsentscheid um eine Fehlentscheidung, wie *Yvo Hangartner* überzeugend argumentiert. Vgl. *Yvo Hangartner, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen. Bemerkungen aus Anlass von Leitentscheiden des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und des Bundesgerichts*: AJP 8 (2008) 983–994, 987–990.

Bundesgericht hat diese Praxis in einem zweiten Urteil bestätigt,<sup>132</sup> hat aber inzwischen von einem neuen Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern zum partiellen Kirchenaustritt mindestens die Idee des rechtsmissbräuchlichen partiellen Kirchenaustritts übernommen.<sup>133</sup>

Abschließend kann mit dem emeritierten Apostolischen Nuntius in der Schweiz und in Liechtenstein (1993–1997), *Karl Josef Rauber*, festgestellt werden, dass die öffentlichrechtlichen Körperschaften heute „als nützliche, der Kirche willkommene Hilfseinrichtungen begrüßt [werden]. Sie stellen Bindeglieder zwischen der staatlichen Organisation und der eigentlichen Kirche dar. Sie sind Körperschaften, die in ihrer Zielrichtung auf die Kirche hin geordnet sind. ... In den katholischen Kantonen blicken sie auf eine lange, bis ins Mittelalter reichende Vergangenheit zurück.“<sup>134</sup> Für die Zukunft bleibt eine weitere Entflechtung von Kirche und Staat sowohl aus kirchlicher wie aus staatlicher Sicht wünschenswert.

<sup>132</sup> BGE 2C\_406/2011, Entscheid v. 9. 7. 2012; vgl. *Yvo Hangartner*, Entscheidungsbesprechungen: AJP (2012) 1636–1643.

<sup>133</sup> Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern v. 11. 4. 2011 zum modifizierten bzw. partiellen Kirchenaustritt: SJKR 2011. Bern 2012, 141–157; vgl. *Daniel Kosch*, Staatliches Gericht schützt diözesane Richtlinien zum Partiellen Kirchenaustritt: SKZ 179 (2011) 455 f. u. 461 f.

<sup>134</sup> *Karl Josef Rauber*, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Schweiz: Loretan, Kirche – Staat im Umbruch (Anm. 6), 170–177, 174.