

**Beilage: Prof.Dr. Walter Kälin, Grundrechte und kantonale Gesetzgebungsspielräume im Bereich religiöser und kultureller Spannungsfelder; Stellungnahme zuhanden der Regierung des Kantons St.Gallen vom 19. September 2014**

**Grundrechte und kantonale Gesetzgebungsspielräume im Bereich religiöser und kultureller Spannungsfelder**

Stellungnahme zuhanden der Regierung des Kantons St. Gallen

verfasst von

Prof. Walter Kälin

Ordinarius für Staats- und Völkerrecht

Institut für öffentliche Recht der Universität Bern

Bern, 19. September 2014

**Inhaltsübersicht**

<b>Einleitung</b>	<b>2</b>
<b>1 Begriff, Funktion und Bedeutung der Grundrechte</b>	<b>3</b>
1.1 Grundrechtsfunktionen	3
1.2 Grundrechte als konkretisierungsbedürftige Prinzipien	4
1.3 Bedeutung der Grundrechte für die Kantone	5
<b>2 Grundrechtsbeschränkungen</b>	<b>8</b>
2.1 Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	8
2.2 Kerngehalt	10
2.3 Grundpflichten?	12
<b>3 Religion, Kultur und das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Gleichheit</b>	<b>13</b>
3.1 Problemskizze	13
3.2 Grundrechte im Kontext der Schule	15
<b>4 Integrationsorientierte Grundrechtspolitik</b>	<b>21</b>
<b>5 Beantwortung der Fragen</b>	<b>22</b>

## Einleitung

Im Kanton St. Gallen sind mehrere parlamentarische Vorstösse im Spannungsfeld Migration, kulturelle Vielfalt und Schule (z.B. zu Bekleidungsfragen) hängig. Die „Schwerpunktplanung der Regierung 2013–2017“ sieht unter Ziff. 3.2 „Gesellschaftliche Vielfalt und Integration“ als strategisches Ziel vor, dass im Kanton St. Gallen die gegenseitige Offenheit und Anerkennung zwischen Menschen mit unterschiedlichen Lebensformen gross ist. Beides wirft die Frage der praktischen Bedeutung der Grundrechte für den Kanton St. Gallen auf. In diesem Kontext hat die Regierung am 6. Mai 2014 eine interne Klausur zum Thema „Grundrechte“ durchgeführt, an welcher der Verfasser dieser Stellungnahme referierte.

Mit Auftrag vom 17. Juni 2014 wurde der Verfasser vom Departement des Innern beauftragt, die damalige Präsentation in einem Text von ca. 20 Seiten auszuführen und dabei insbesondere folgende Fragen zu beantworten:

- *Gibt es generelle, für alle oder die Mehrzahl der Grundrechte geltende Aussagen (in Sinn eines "roten Fadens") des Bundesgerichtes, evtl. auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, zum Kerngehalt der Grundrechte bzw. von Grundrechten oder nur Entscheide im Einzelfall?*
- *Ist es möglich, einen Kerngehalt der Grundrechte zu formulieren oder ihn mindestens in Beispielen zu umreissen, den staatliche Eingriffe in keinem Fall tangieren dürfen? Wenn ja: Können Sie den Kerngehalt für die im vorliegenden Zusammenhang im Fokus stehenden Grundrechte umschreiben?*  
*Ist es umgekehrt möglich, einen "Kerngehalt" staatlicher/gesellschaftlicher Werte zu skizzieren, der von den Bürgerinnen und Bürgern auch unter Berufung auf Grundrechte in keinem Fall tangiert werden darf?*
- *Gibt es kantonale Freiräume, in kantonalen Zuständigkeitsbereichen zu entscheiden, ob und wieweit bestimmte Grundrechte beschränkt werden sollen? Wie weit gehen sie?*
- *Was halten Sie von einem kantonalen Einführungsgesetz zu den Grundrechten? Gibt es so etwas in anderen Kantonen? Oder in anderer Form?*
- *Verfahrensrechtliche Fragen: Verfassungsgerichtbarkeit gegenüber kantonalen Gesetzen in Bezug auf Grundrechte: Wie weit respektiert das Bundesgericht den kantonalen Gesetzgeber?*
- *Hätte eine Vorschrift betr. Tragen von Schuluniformen Bestand vor den Grundrechten?*
- *Ziel ist es, im Bericht Positionen der Regierung zu den Grundrechten zu definieren. Wie könnten die Positionen der Regierung generell lauten?*

Angesichts des Charakters dieser Stellungnahme wird auf umfassende Nachweise in Literatur und Rechtsprechung verzichtet.<sup>1</sup> Die angeführten Belege sind in diesem Sinne exemplarisch zu verstehen. Wenn im Folgenden von „Kantonen“ die Rede ist, sind damit alle Ebenen der kantonalen Staatsorganisation, d.h. auch die Gemeinden, gemeint, soweit sich eine Aussage nicht ausdrücklich auf die oberste Ebene bezieht.

## 1 Begriff, Funktion und Bedeutung der Grundrechte

### 1.1 Grundrechtsfunktionen

Grundrechte lassen sich definieren als

*„von der Verfassung (oder als Menschenrechte vom Völkerrecht) garantierte Rechtsansprüche Privater gegen den Staat, die dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde dienen.“<sup>2</sup>*

Diese Definition verweist auf zwei zentrale Funktionen der Grundrechte:

- Grundrechte *beschränken die Staatsgewalt* und sind Instrumente der Privaten, um Übergriffe des Gesetzgebers oder der Exekutive abzuwehren.
- Grundrechte dienen *dem Schutz menschlicher Grundbedürfnisse*: Wir alle haben beispielsweise das Bedürfnis, in unserer Individualität respektiert und nicht wegen unseres Geschlechts, unseres Alters, unserer Herkunft oder unseren religiösen oder politischen Überzeugungen ausgegrenzt und herabgesetzt zu werden (Art. 8 Abs. 2 BV: Diskriminierungsverbot), unser Privat- und Familienleben ohne staatliche Überwachung selbst gestalten zu dürfen (Art. 13 BV: Schutz der Privatsphäre), oder uns informieren bzw. unsere Meinung äussern zu können (Art. 16 BV: Meinungs- und Informationsfreiheit).

Darüber hinaus kommen den Grundrechten weitere wichtige Funktionen zu:

- Grundrechte sind ein *Instrument zur Abgrenzung von Rechten von Pflichten*: Grund- und Menschenrechten wird oft vorgeworfen, sie würden nur egoistische Ansprüche schützen und verkennen, dass Menschen auch Pflichten haben. Der Pflichtbegriff ist der Grundrechtsterminologie tatsächlich fremd. Aus der Tatsache, dass wir alle grundsätzlich die *gleichen* Rechte haben, folgt aber automatisch, dass meine Freiheit nicht schrankenlos ist sondern ihre Grenzen an der Freiheit der Anderen findet und ich

---

<sup>1</sup> Teile der Ausführungen sind aus Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013; Walter Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt - Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000; Judith Wytenbach/Walter Kälin, Schulischer Bildungsauftrag und die Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, in: AJP 3/2005, S. 315 ff und Walter Kälin/Judith Wytenbach, Religiöse Freiheit und ihre Grenzen in der Einwanderungsgesellschaft, in: Mathias Tanner/Felix Müller/Frank Mathwig/Wolfgang Lienemann (Hrsg.), Streit um das Minarett – Zusammenleben in der religiös pluralistischen Gesellschaft, Theologischer Verlag Zürich, Zürich 2009, S. 255 – 286 übernommen, ohne dass dies explizit gekennzeichnet wird.

<sup>2</sup> Kiener/Kälin (Anm. 1), S. 10.

zumindest die Pflicht habe, die Rechte Dritter zu respektieren. Gleichzeitig bedeutet das Gleichbehandlungsgebot nicht nur, dass ich Anspruch darauf habe, gleich wie die anderen behandelt zu werden, sondern auch, dass ich mich den gleichen Pflichten wie Andere unterziehen muss. Schliesslich ist jede Einschränkung von Freiheitsrechten im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Rechte Dritter ein Entscheid darüber, dass die Betroffenen bestimmte Pflichten gegenüber Staat und Gesellschaft oder gegenüber bestimmten Privaten haben.

- Grundrechte dienen dem *Schutz von Demokratie und Rechtsstaat*: Ohne Informations-, Meinungsäusserungs-, Presse-, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit ist eine lebendige Demokratie nicht möglich. Die detaillierten Verfahrensgarantien von Art. 29 – 32 BV stellen sicher, dass Behörden und Gerichte Verfahrensbeteiligte in straf-, privat- und verwaltungsrechtlichen Fällen korrekt behandeln, und Grundsätze wie das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage allen Staatshandelns oder das Verhältnismässigkeitsprinzip stellen zentrale Grundlagen rechtsstaatlichen Handelns dar.
- Grundrechte waren historisch und sind teilweise bis heute *Instrument der bundesstaatlichen Integration*:<sup>3</sup> Im 19. Jh. leisteten die Niederlassungs- und Religionsfreiheit einen wichtigen Beitrag zur Herstellung eines schweizerischen Binnenmarktes, weil sie protektionistischen Praktiken zur Fernhaltung kantons- oder konfessionsfremder Wirtschaftsakteure den Riegel schoben. Im 20. Jahrhundert diente die Handels- und Gewerbefreiheit (heute Wirtschaftsfreiheit) ebenfalls dem Ziel, Schranken für Wirtschaftsakteure abzubauen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Verfahrensrechten hatte im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts eine stark vereinheitlichende Wirkung auf die kantonalen Straf- und Zivilprozessordnungen, was ihre Vereinheitlichung auf Bundesebene zu Beginn dieses Jahrhunderts massgeblich erleichterte.

## 1.2 Grundrechte als konkretisierungsbedürftige Prinzipien

Grundrechte sind in aller Regel als weit offene Prinzipien („Die Würde des Menschen ist zu achten und gewährleisten“ / „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“), d.h. allgemeinen Richtlinien für Gesetzgebung und Gericht formuliert, und nicht als klassische Rechtssätze mit der Grundstruktur Tatbestand – Rechtsfolge (gemäss dem Muster „wer X tut, wird mit Y bestraft“ / „falls Z gegeben ist, wird die Bewilligung erteilt“). Deshalb bestimmen sie nicht im Voraus in präziser Weise, was ihre Tragweite und ihr Inhalt ist. Vielmehr ist ihre Konkretisierung, d.h. die Ableitung konkreter Rechtsregeln, die sich auf den Einzelfall anwenden lassen, den rechtsanwendenden Organen - in letzter Instanz dem Bundesgericht (und für die EMRK dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte) - überlassen.<sup>4</sup> Aus diesem Grund ist bei Fragen, zu welchen nicht bereits eine gefestigte Rechtsprechung besteht, oft schwierig vorauszusehen, wie das Bundesgericht entscheiden wird.

---

<sup>3</sup> Walter Kälin, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, Bern 1987, S. 179ff.

<sup>4</sup> Siehe ders., S. 132ff.

## 1.3 Bedeutung der Grundrechte für die Kantone

### 1.3.1 Bindung an die Grundrechte als Teil der Bindung an das Bundesrecht

Die Grundrechte sind primär auf Bundesebene und als Menschenrechte im Völkerrecht, namentlich in der EMRK, verankert. Insofern binden sie die Kantone als übergeordnetes Recht.

Dies gilt nur für den Bereich der Rechtsanwendung, sondern auch der Rechtssetzung, wo das Bundesgericht gegenüber kantonalen und kommunalen Erlassen aller Stufen im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (Art. 87 Bundesgerichtsgesetz) und im Anwendungsfall vorfrageweise im Rahmen der sog. konkreten Normenkontrolle Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt.

In diesem Sinn bilden Grundrechte negativ eine Schranke kantonaler Gestaltungsfreiheit. Positiv können sie Anleitung für eine freiheitliche Ausgestaltung konkreter Rechtsbereiche geben. Beides trifft beispielsweise auf die Bedeutung der Eigentumsgarantie für kantonale Richt- und kommunale Nutzungspläne oder der Wirtschaftsfreiheit für die Regelung kantonaler Berufsbewilligungen zu.

### 1.3.2 Kantonale Spielräume

Trotz dieser bundesrechtlichen Vorgaben besitzen die Kantone im Bereich des Grundrechtsschutzes verschiedene Spielräume:

*Erstens* sind die Kantone beim Entscheid frei, **ob** sie in einem bestimmten Bereich relevante Grundrechte einschränken. Sie dürfen beispielsweise für Demonstrationen und anderen Formen von Versammlungen und Meinungsäusserungen auf öffentlichem Grund ein Vermummungsverbot vorsehen, sind dazu aber nicht verpflichtet.<sup>4</sup> Es ist ihnen grundsätzlich erlaubt, Personen bei ungebührlichem Verhalten von bestimmten öffentlichen Plätzen oder Anlagen wegzuweisen und damit die persönliche Freiheit zu beschränken, sie können aber auf dieses Instrument auch verzichten.<sup>5</sup> Der Entscheid, den Wirteberuf einer Bewilligungspflicht zu unterstellen und damit die in die Wirtschaftsfreiheit einzugreifen, steht ihnen frei. Falls Kantone sich für eine Grundrechtsbeschränkung entscheiden, sind sie bezüglich des **wie** allerdings nicht nur an die Regeln von Art. 36 BV (dazu unten Ziff. 2) gebunden, sondern auch an die konkreten und teilweise detaillierten Vorgaben des Bundesgerichtes zu einzelnen Grundrechtsgarantien.

*Zweitens* sind bundesgerichtliche Vorgaben oft als **Mindeststandards** formuliert, d.h. die Kantone können grosszügiger – aber nicht strenger – sein als vom Bundesgericht verlangt. Beispielsweise verlangt das Bundesgericht für Untersuchungsgefangene die Gewährung eines Spaziergangs an der frischen Luft von mindestens einer Stunde Dauer ab dem 2. Hafttag,<sup>6</sup> die Kantone können aber eine längere Dauer vorsehen. Die Kantone und Gemeinden dürfen für Veranstaltungen auf öffentlichem Grund eine Bewilligungspflicht vorsehen,<sup>7</sup> sie können sich aber

---

<sup>4</sup> BGE 117 I 472.

<sup>5</sup> BGE 132 I 49 E. 5.2 und E. 6.3 S. 55 ff.

<sup>6</sup> BGE 122 I 222, E. 4a, S. 229f.

<sup>7</sup> Beispielsweise BGE 121 I 279 E. 2b S. 283.

auch mit einer blossen Meldepflicht mit der anschliessenden Möglichkeit zu einem Verbot im konkreten Fall bei schweren Risiken für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begnügen.

Ein *dritter* Spielraum besteht darin, dass die Kantone nicht verpflichtet sind, die gleichen Regeln zu adoptieren, wie sie in anderen Kantonen gelten. Das Bundesgericht bestätigt in konstanter Praxis, dass die Rechtsgleichheit Privaten keinen Anspruch auf Gleichbehandlung über Kantons- und Gemeindegrenzen hinaus gewährt.<sup>8</sup> Mit anderen Worten kann niemand unter Berufung auf das Gleichheitsgebot verlangen, dass Rechtsnormen, welche Kantone und Gemeinde in ihren Zuständigkeitsbereichen erlassen, gleich wie in anderen solchen Gemeinwesen ausgestaltet werden.

*Viertens* besitzen die Kantone die Möglichkeit, in ihren Verfassungen Grundrechte zu verankern, welche über die Garantien von Bundesverfassung und EMRK hinausgehen. Die diesbezügliche Praxis der Kantone ist sehr unterschiedlich mit einem gewissen West-Ost Gefälle: Kantone wie Jura oder Genf kennen sehr ausführliche Grundrechtskataloge mit ausgedehnten Sozialrechten, die Berner Kantonsverfassung ist zurückhaltender mit Innovationen, zählt die Grundrechte aber immer noch detailliert auf, und der Kanton St. Gallen (ähnlich wie andere Kantone der Ostschweiz<sup>9</sup>) beschränkt sich in seiner Verfassung auf einen allgemeinen Verweis auf die Grundrechte der Bundesverfassung und wenige kantonale Grundrechte (Art. 3 KV SG: Schule, Petitionen) sowie Grundpflichten (Art. 6 und 7 KV SG). In keinem Fall dürfen kantonale Grundrechtsgarantien jene des Bundes unterschreiten.

### **1.3.3 Verfahrensrechtliche Instrumente des Bundesgerichts zum Schutz kantonaler Freiräume**

Das Bundesgericht muss einerseits gegenüber den Kantonen das Bundesrecht und damit auch die Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung (und der EMRK) durchsetzen, andererseits hat es in seiner Praxis verschiedene verfahrensrechtliche Techniken entwickelt, um zu einem gewissen Grad Rücksicht auf kantonale Freiräume nehmen zu können. Im Vordergrund stehen zwei Methoden:

(1) Wird ein kantonaler Erlass innert 30 Tagen nach seiner Publikation als solcher angefochten und im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle überprüft, hebt ihn das Bundesgericht nur auf, wenn er sich trotz problematischer Formulierungen nicht verfassungskonform auslegen lässt. In ständiger Praxis führt es dazu aus:

*„Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale (oder kommunale) Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dabei wird auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit, bei einer*

---

<sup>8</sup> Kiener/Kälin (Anm. 1), 414. Vgl. z.B. BGE 136 I 1 E. 4.4.4 S. 11 f.

<sup>9</sup> Eine Ausnahme bildet die Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden.

*späteren Normkontrolle einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erhalten, die konkreten Umstände, unter denen die Norm zur Anwendung kommt, sowie die Möglichkeit einer Korrektur und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abgestellt. Der blosse Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung.*<sup>10</sup>

Trotz dieser Bereitschaft, problematische kantonale Normen als solche nicht aufzuheben, macht das Bundesgericht manchmal konkrete Vorgaben für die Auslegung.<sup>11</sup> In konkreten Anwendungsfällen findet es später eine Grundrechtsverletzung, wenn die kantonalen Behörden die Norm in einer nicht verfassungskonformen Weise auslegen.

(2) Hat das Bundesgericht im Anwendungsfall zu prüfen, ob ein kantonales Gesetz, auf welches die Behörde einen Grundrechtseingriff abstützt, diesen tatsächlich erlaubt, beschränkt es bei Grundrechtseingriffen die Überprüfung der gesetzlichen Grundlage aus Gründen der Rücksichtnahme auf die kantonale Autonomie auf die Frage, ob die Auslegung des fraglichen Gesetzestextes durch die kantonale Behörde geradezu willkürlich, d.h. offenkundig unhaltbar ist, und greift nicht schon ein, wenn die Auslegung sich als falsch erweist. Eine Ausnahme von dieser sog. Willkürkognition gilt allerdings für schwere Grundrechtseingriffe, bei welchen frei, d.h. umfassend überprüft wird, ob das Gesetz bei richtiger Auslegung den Eingriff autorisiert.<sup>12</sup>

#### **1.3.4 Ein kantonales Einführungsgesetz?**

Würde der Erlass eines kantonalen Einführungsgesetzes zu den Grundrechten Sinn machen? Im Rahmen dieser Stellungnahme lässt sich Folgendes festhalten.

Kantonale Einführungsgesetze haben typischerweise drei Funktionen: Sie regeln (1.) organisatorische Fragen, d.h. bestimmen die Behörden, welche mit der Anwendung und Umsetzung bundesrechtlicher Bestimmungen betraut werden, und regeln ihre Kompetenzen.<sup>13</sup> Sie enthalten (2.) Bestimmungen inhaltlicher Art, welche für die Ausführung des Bundesrechts notwendig sind.<sup>14</sup> Schliesslich statuieren sie (3.) zusätzliche Normen inhaltlicher Art, falls der Bund ihnen diese zur Regelung überlässt.<sup>15</sup>

Ein Einführungsgesetz zu den Grundrechten der EMRK mit diesen Inhalten würde aus folgenden Gründen wenig Sinn machen:

- Die zur Durchführung und Umsetzung der Grundrechte zuständigen Behörden zu bestimmen würde für ein Einführungsgesetz zu den Grundrechten bedeuten, dass

---

<sup>10</sup> BGE 133 I 77, E. 2 S. 79 (Polizeireglement Stadt St. Gallen).

<sup>11</sup> Kaspar Plüss, Kognition im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2014, S. 422 mit Verweis auf BGE 136 I 87 E. 4.4.

<sup>12</sup> Statt vieler BGE 130 I 360 E. 1.2 S. 362 und BGE 132 I 68 E. 1.1. S. 69f; Regina Kiener, Bernhard Rüttsche, Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrechts, Zürich/St. Gallen 2012, S. 384, Randziffer (Rz.) 1459 und S. 423, Rz. 1775.

<sup>13</sup> Siehe z.B. Art. 52 Abs. 1 Schlussbestimmungen ZGB.

<sup>14</sup> So z.B. Art. 52 Abs. 2 Schlussbestimmungen ZGB.

<sup>15</sup> Z.B. Art. 335 StGB (kantonales Übertretungsstrafrecht).

ausnahmslos *alle* kantonalen und kommunalen Behörden aufgezählt werden, da gemäss Art. 35 Abs. 2 BV alle Personen und Organe an die Grundrechte gebunden sind, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen. Alternativ könnte das Einführungsgesetz den Wortlaut dieser BV-Bestimmung wiedergeben, der Mehrwert einer solchen Einführungsbestimmung wäre aber nicht ersichtlich.

- Die für die Ausführung der Grundrechte notwendigen Bestimmungen des kantonalen Rechts sind identisch mit den gesetzlichen Grundlagen für Grundrechtseingriffe. Diese gehören in die Erlasse, welche in einem bestimmten Sachbereich solche Eingriffe vorsehen, und es macht offenkundig keinen Sinn, alle gesetzlichen Grundlagen in einem separaten Erlass aufzuzählen. Denkbar wäre eine Bestimmung, wie gesetzliche Grundlagen aussehen müssen, diese würde aber bloss in abstrakter Weise die Vorgaben des Bundesgerichtes (z.B. schwere Eingriffe müssen im Gesetz im formellen Sinn, leichte können auch auf Verordnungsstufe geregelt werden) kodifizieren und hätte keine selbständige Bedeutung.<sup>16</sup>
- Ergänzende Grundrechte darf der Kanton erlassen, diese gehören aber in die Kantonsverfassung und nicht in ein Einführungsgesetz.

Darauf, dass kein echtes Bedürfnis nach einem Einführungsgesetz zu den Grundrechten besteht, weist auch die Tatsache hin, dass - soweit ersichtlich - kein Kanton ein solches Gesetz kennt.

Will der Kanton ein ausdrückliches Bekenntnis zu den Grundrechten ablegen, ihre Rolle im Rechtsalltag definieren oder ein bestimmtes Grundrechts in den Vordergrund rücken, eignet sich dafür ein Strategiedokument wie die „Schwerpunktplanung der Regierung 2013–2017“ oder ein Beschluss des Kantonsrats (Art. 2 Abs. 1 Bst. h, Ziff. 2 seines Geschäftsreglements) zu einem Grundrechtsbericht der Regierung besser.

## 2 Grundrechtsbeschränkungen

### 2.1 Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Gemäss Art. 36 BV sind Grundrechtsbeschränkungen nur zulässig wenn (1) sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, wobei „schwerwiegende Einschränkungen [...] im Gesetz selbst vorgesehen sein“ müssen (Abs. 1); (2) „durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt“ (Abs. 2); und (3) verhältnismässig sind (Abs. 3). Zu

---

<sup>16</sup> Wenn schon, macht eine solche Bestimmung auf Ebene der Kantonsverfassung Sinn. So regelt Art. 69 Abs. 4 KV Bern, dass „alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts [...] in der Form des Gesetzes zu erlassen“ sind und dazu u.a. Bestimmungen über „die Grundzüge der Rechtsstellung der einzelnen“ gehören.



diesen Voraussetzungen hat das Bundesgericht eine überaus reiche Rechtsprechung entwickelt,<sup>17</sup> welche sich hier nicht im Detail wiedergeben lässt. Dabei stehen folgende Grundsätze im Vordergrund:

(1) Bezüglich der **gesetzlichen Grundlage** müssen drei Anforderungen erfüllt sein:

- *Genügende Normstufe*: Laut Bundesgericht bedürfen schwere Eingriffe in Freiheitsrechte einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem Gesetz im formellen Sinn, während leichte Eingriffe auch auf Verordnungsstufe, d.h. in einem Gesetz im materiellen Sinn geregelt werden dürfen, falls dafür im Gesetz im formellen Sinn eine genügende Delegationsnorm besteht.<sup>19</sup> Mit anderen Worten muss umso mehr im Gesetz im formellen Sinn geregelt sein, je schwerer der Eingriff ist. In einer äusserst detaillierten und kasuistischen Rechtsprechung hat das Bundesgericht für jedes Grundrecht entschieden, was als schwerer und was als leichter Eingriff einzustufen ist.
- *Genügende Normdichte*: Die gesetzliche Grundlage muss klar und präzise formuliert sein, damit Private mögliche Einschränkungen absehen können und der Spielraum der Behörden, welche Grundrechte beschränken will, begrenzt bleibt. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt:

*Die „anzuwendenden Rechtssätze [...]müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können [...]. Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienste der Rechtssicherheit (mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns) sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung [...]. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich dabei jedoch nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.“<sup>18</sup>*

- *Verfassungsmässigkeit*: Die gesetzliche Grundlage darf ihrerseits nicht inhaltlich verfassungswidrig sein, soweit es sich um kantonale Erlasse handelt.<sup>19</sup>

(2) **Öffentliche Interessen** sind erstens jene, die dem Schutz der sog. *Polizeigüter* dienen, wobei zu diesen Gütern die öffentliche Ordnung und Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Sitt-

<sup>17</sup> Siehe dazu beispielsweise Kiener/Kälin (Anm. 2), S. 99 – 125 mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>19</sup> Z.B. BGE 139 I 280 E. 5.1 S. 284 (Kopftuch Gemeinde Bürglen TG).

<sup>18</sup> Am gleichen Ort.

<sup>19</sup> Das gilt grundsätzlich auch für Bundesgesetze, das Bundesgericht muss aber wegen des Ausschlusses der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene (Art. 190 BV) solche Gesetze auch anwenden, wenn sie verfassungswidrig sind.

lichkeit, die öffentliche Gesundheit und der Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zählen. Zweites liegen jene Grundrechtsbeschränkungen im öffentlichen Interesse, die dazu dienen, dass das Gemeinwesen eine ihm von Verfassung oder Gesetz übertragene *Aufgabe* erfüllen kann. Der *Schutz der Rechte Dritter* schliesslich rechtfertigt Grundrechtseinschränkungen nur, wenn es sich dabei um grundrechtlich geschützte Ansprüche und nicht bloss gesetzlich verankerte Rechte handelt.

- (3) Schliesslich müssen Grundrechtseingriffe **verhältnismässig** sein. Die Verhältnismässigkeit ist nur gegeben, wenn der Eingriff zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses oder zum Schutz der Grundrechte Dritter *geeignet, erforderlich* und *zumutbar* ist. Offenkundig muss sich niemand eine Grundrechtsbeschränkung gefallen lassen, wenn diese untauglich ist, das öffentliche Interesse zu schützen oder zu verwirklichen, und damit die Berufung auf diese Interessen nur vorgeschoben erscheint. Erforderlichkeit bedeutet, dass die im konkreten Fall getroffene Massnahme unverhältnismässig ist, wenn ein mildereres, das Grundrecht weniger oder nicht beschneidendes Mittel ausreichen würde, um den angestrebten Zweck zu verwirklichen. Schliesslich müssen die öffentlichen Interessen oder das Interesse am Schutz der Grundrechte Dritter die privaten Interessen der Person, deren Grundrechte eingeschränkt werden wollen, überwiegen. Dabei gilt, dass je gewichtiger die privaten Interessen der betroffenen Person sind, desto schwerwiegender das öffentliche Interesse wiegen muss um in dieser Güterabwägung den Ausschlag geben zu können.

## 2.2 Kerngehalt

Als vierte Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs verlangt Art. 36 BV in Abs. 4, dass er den Kerngehalt des betreffenden Grundrechts unangetastet lässt.

Der Kerngehalt umschreibt jenen Teilgehalt von Grundrechtsgarantien, der absolut geschützt ist und unter keinen Umständen, d.h. auch nicht bei besonders gewichtigen öffentlichen Interessen eingeschränkt werden kann. Somit vermögen auch eine klare Grundlage im formellen Gesetz, ein ausgewiesenes Eingriffsinteresse und eine differenzierte Verhältnismässigkeitsprüfung einen Eingriff in ein Grundrecht nicht zu legitimieren, wenn der Kerngehalt tangiert wird.

Das Konzept des Kerngehalts im schweizerischen Verfassungsrecht ist von Art. 19 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes beeinflusst. Diese Bestimmung bezeichnet den „Wesensgehalt“ der Grundrechte als unantastbar. Sie wurde als Reaktion auf den Rechtspositivismus des Dritten Reiches, wo auch die schlimmsten Gräueltaten legal waren, soweit sie sich auf ein Gesetz abstützen konnten, in den Verfassungstext aufgenommen. Die EMRK kennt keine Kerngehaltstheorie, sie äussert sich in Art. 15 aber insofern zum harten Kern der Menschenrechte, als dort die Frage geregelt wird, inwiefern diese im Krieg oder einem öffentlichen Notstand, der das „Leben der Nation“ bedroht, derogiert, d.h. ausser Kraft gesetzt werden können:

- Gemäss Art. 15 Abs. 2 EMRK darf auch im Krieg oder Notstand nie vom Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)<sup>20</sup> abgewichen werden, soweit es sich nicht um Todesfälle

---

<sup>20</sup> Art. 2 EMRK enthält eine Liste von Situationen, in welchen das Recht auf Leben nicht vor Tötung schützt (z.B. Notwehr).

infolge rechtmässiger Kriegshandlungen handelt. Absolut gelten auch das Verbot von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3), das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft (Art. 4 Abs. 1 EMRK), sowie der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ und das strafrechtliche Rückwirkungsverbot (Art. 7). Diese Rechte gelten auch in der schweizerischen Rechtsordnung unabhängig von der EMRK absolut.

- Die übrigen Rechte der EMRK dürfen in Zeiten des Notstands zwar ausser Kraft gesetzt werden, „jedoch nur, soweit es die Lage *unbedingt* erfordert“ (Art. 15 Abs. 1 EMRK). Dies bedeutet, dass der Kern des Verhältnismässigkeitsprinzips notstandsfest ist, d.h. sogar in Notstandssituationen *klar* unverhältnismässige Eingriffe in an sich derogierbare Rechte unzulässig sind.<sup>21</sup>

Diese Regeln sind mit dem verfassungsrechtlichen Kerngehaltsverbot insofern verwandt als sie Eingriffe in fundamentale Rechte gerade in Extremsituationen verbieten, in welchen die öffentlichen Interessen daran besonders klar und überwiegend sein können.

Wie lässt sich über die notstandsfesten Rechte der EMRK hinaus bestimmen, was inhaltlich zu den Kerngehaltsgarantien der Bundesverfassung gehört? Das Bundesgericht hat festgestellt, dass der Kerngehalt berührt ist, wenn eine *Freiheitsgarantie* „*völlig unterdrückt*“ oder „*ihres Gehaltes als Institution der Rechtsordnung entleert*“ wird,<sup>22</sup> aber nie in allgemeiner Weise definiert, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind. Vielmehr bestimmt es, falls sich die Frage überhaupt ernsthaft stellt,<sup>23</sup> fallweise, was der Kerngehalt eines bestimmten Rechts ist. So hat es beispielsweise ausgeführt, zum Kerngehalt der persönlichen Freiheit gehörten das *Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigen Behandlung*, das *Verbot des Einsatzes „von Lügendetektoren, der Narkoanalyse oder von Wahrheitsseren als Methode der Wahrheitsermittlung“*<sup>24</sup> sowie das Verbot von Massnahmen, welche die *Vernichtung der Persönlichkeit von Inhaftierten* mit sich bringen oder die geeignet sind, schwere psychische Störungen hervorzurufen.<sup>25</sup> Das Verbot der *konfiskatorischen Besteuerung* ist Teilaspekt des Kerngehalts der Eigentumsgarantie.<sup>26</sup> Umgekehrt verletzen Zwangsmitgliedschaften in Vereinen nicht den Kerngehalt der negativen Vereinigungsfreiheit, d.h. der Freiheit, einer Vereinigung nicht beitreten zu müssen.<sup>27</sup> Ein umfassendes Verbot, Vereine zu gründen, d.h. die praktische Abschaffung dieser zentralen Institution des gesellschaftlichen Zusammenlebens in der Schweiz, würde das Gericht aber wohl als Kerngehaltsverletzung einstufen.

Weitere Kerngehalte der Grundrechte, zu welchen sich das Bundesgericht mangels entsprechender Fälle nie äussern konnte, lassen sich aus absoluten Garantien des Völkerrechts ableiten. Kerngehaltsverletzungen in diesem Sinn sind der *staatlicher Zwang, eine Ehe zu schliessen*

---

<sup>21</sup> Hierzu Jörg Künzli/, Walter Kälin, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? Gedanken zu Art. 139 Abs. 3 BV, jusletter, 23. Juni 2014

<sup>22</sup> Z.B. BGE 116 Ia 420 E. 2a S. 422 in Hinblick auf die persönliche Freiheit.

<sup>23</sup> Fälle einer Prüfung, ob der Kerngehalt verletzt ist, sind ausgesprochen selten, da Grundrechtseingriffe sich in der Regel schon wegen Unverhältnismässigkeit als unzulässig erweisen.

<sup>24</sup> BGE 109 Ia 273 E. 7 S. 289 f.

<sup>25</sup> BGE 106 Ia 277 E. 3a S. 281.

<sup>26</sup> BGE 105 Ia 134 E. 3 S. 140.

<sup>27</sup> BGE 110 Ia 36 ff.

(Art. 14 BV),<sup>28</sup> oder sich als Frau einer *sexuellen Verstümmelung (Zwangsbeschneidung)* zu unterziehen (Art. 10 BV).<sup>29</sup> Absolut verboten ist es auch, jemanden zu zwingen, *eine bestimmte Religion anzunehmen oder auszuüben*, oder ihm zu verbieten, *seine Religion zu wechseln*.<sup>32</sup> Demgegenüber gehört der Anspruch auf Kundgabe einer religiösen Überzeugung nicht zum unantastbaren Kerngehalt.<sup>30</sup>

Einzelne Kerngehalte sind bereits in der Bundesverfassung verankert, auch wenn dies im Verfassungstext nicht deutlich wird. Dass *niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen*, ist ausdrücklich in Art. 15 Abs. 4 BV vorgesehen. Die *Todesstrafe* (Art. 10 Abs. 1 BV) und die *Folter* (Art. 10 Abs. 3 BV) sind immer und ausnahmslos verboten. Der Anspruch auf Schutz der *Menschenwürde* (Art. 7 BV) oder das *Willkürverbot* (Art. 9 BV) lassen sich nicht einschränken, d.h. menschenunwürdige Behandlung und Willkür dürfen nicht mit Hinweis auf ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit gerechtfertigt werden. Wenn eine staatliche Massnahme als menschenunwürdig oder willkürlich eingestuft ist, bleibt sie somit verboten, was bedeutet, dass Grundrechtsgarantie und Kerngehalt hier zusammen fallen.<sup>31</sup> Das gleiche gilt, wie das Bundesgericht ausdrücklich anerkannt hat, für das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV).<sup>35</sup>

## 2.3 Grundpflichten?

Die Frage, ob es möglich sei, einen "Kerngehalt" staatlicher und gesellschaftlicher Werte zu skizzieren, der von Privatpersonen auch unter Berufung auf Grundrechte in keinem Fall tangiert werden darf, berührt das Thema Grundpflichten.

Punktuell sind Pflichten in der Bundesverfassung (Militärdienst- und Schulpflicht Art. 59 Abs. 1 und 62 Abs. 4 BV) und verschiedenen Kantonsverfassungen verankert. Zu letzteren gehören etwa die Pflicht zu persönlichen Dienstleistungen bei Katastrophen und Notlagen (Art. 7 KV SG), Stimm- und Amtspflichten (Art. 22, 23 KV OW) und die Steuerpflicht (§6 KV BS). Daneben finden sich in verschiedenen Kantonsverfassungen allgemeine Pflichtartikel wie Art. 6 KV St. Gallen („Jede Person trägt Verantwortung für sich selbst sowie Mitverantwortung für die Gemeinschaft und die Erhaltung der Lebensgrundlagen“) oder Art. 8 Abs. 1 KV Bern („Jede Person hat die Pflichten zu erfüllen, die ihr durch die Verfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung auferlegt werden“).

Diese Pflichten sprechen allerdings nicht die Frage an, ob es Grundpflichten gibt, welcher der Berufung auf eigene Grundrechte Schranken setzen. Dies ist ein in der schweizerischen Rechtsordnung kaum diskutiertes Thema. Der Grund dafür liegt darin, dass Grundpflichten keine eigenständige Schranke der Grundrechtsausübung bilden, sondern die Berufung auf Grundrechte

---

<sup>28</sup> Kiener/Kälin (Anm. 2), S. 186.

<sup>29</sup> Zu den völkerrechtlichen Grundlagen Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt (Anm. 1), S. 203 und 212

<sup>32</sup> Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 UNO-Pakt II.

<sup>30</sup> BGer 1P.149/2004 vom 21. Juni 2004 E. 3.1 und E. 3.6.

<sup>31</sup> Kälin/Kiener (Anm. 2), S. 132 und 403.

<sup>35</sup> BGE 138 V 310 E. 2.1 S. 313.

immer dann an Grenzen stösst, wenn irgendein öffentliches Interesse verhältnismässige Eingriffe rechtfertigt. Oder einfacher gesagt: Private haben überall da Pflichten, wo der Staat ihre Grundrechte einschränken darf. Zudem sind grundsätzlich alle Personen an alle auf sie anwendbaren Gesetze gebunden. Von dieser „Grundpflicht“ zur Respektierung der Rechtsordnung dürfen Personen nur abweichen, wenn sich im konkreten Fall die Gesetzesanwendung als unzulässiger Grundrechtseingriff erweist (z.B. sie im konkreten Fall unverhältnismässig ist). Wohl deshalb hat man es in der Schweiz bisher nicht als notwendig erachtet, Grundpflichten umfassend zu definieren.

### **3 Religion, Kultur und das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Gleichheit**

#### **3.1 Problemskizze**

Die Frage von Grundpflichten stellt sich aber v.a. im Zusammenhang mit grundrechtlich begründeten Ansprüchen, eigene, mit den Werten der gesellschaftlichen Mehrheit nur schwer vereinbare kulturelle Traditionen ausüben zu können.

Diskussionen über Kopftuch, Dispensationen von der Schule an religiösen Feiertagen oder von bestimmten Unterrichtsfächern, Rücksichtnahme auf religiös begründete Nahrungsmittelvorschriften und dergleichen spielen sich im Spannungsfeld der verfassungsrechtlichen Grundwerte von Freiheit und Gleichheit ab. Auf Freiheitsrechte beruft sich, wer für sich das Recht, gemäss eigenen religiösen und kulturellen Normen leben zu dürfen, beansprucht oder Sonderregelungen und Dispensationen verlangt. Auf Gleichheit pocht, wer betont, dass die Gesetze für alle gleich gelten und alle gleich verpflichten, deshalb Sonderregeln irgendwelcher Art lehnt, und im Alltagsleben kulturelle Anpassung, d.h. Assimilation an die Mehrheitskultur verlangt.

Diese Diskussionen werden heute vor allem im Migrationskontext, und dort primär in Hinblick auf den Islam geführt. Sie sind indes nicht neu, sondern beschäftigten Behörden und Gerichte schon im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Minderheiten und Gruppierungen, die sich auf nicht mehrheitsfähige kulturelle Werte und Praktiken berufen, gab es auch früher und auch ausserhalb des Migrationskontexts. Während der Staat in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert vor allem mit der Konfliktlösung zwischen Katholiken und Protestanten beschäftigt war, wurde er ab Ende des Jahrhunderts zunehmend auch mit Anliegen kleinerer Religionsgruppen, etwa von Sonderfriedhöfen für Schweizerinnen und Schweizer jüdischen Glaubens oder die Missionstätigkeit von Mormonen und der Heilsarmee konfrontiert. Das Bundesgericht schützte mit Ausnahmen von Beginn weg auch unkonventionelle, mit Auffassungen der Mehrheit kollidierende Glaubensvorstellungen.<sup>32</sup> Später rückten Themen wie die Respektierung von religiösen Nahrungsvorschriften im Strafvollzug oder der Armee oder dem Thema Unterrichtsdispensationen

---

<sup>32</sup> BGE 38 I 484; 45 I 118; 49 I 139; 54 I 98; 51 I 485; 52 I 353; 56 I 431; 57 I 112 (missionarische Tätigkeiten, Prozessionen, Einhaltung von Ruhe- und Feiertagen, Gesundbeten und die Zulässigkeit von kantonalen Verboten der Feuerbestattung).

für Kinder aus freikirchlichen Familien und anderen Angehörigen religiöser Minderheiten, aber auch die Frage nach der Zulässigkeit von Kruzifixen in staatlichen Schulen in den Vordergrund,<sup>33</sup> bevor erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts Themen wie das islamische Kopftuch und des Schwimmunterrichts für Kinder aus traditionalistischen muslimischen Familien die Diskussion prägten.

Freiheit und Gleichheit ergänzen sich insofern als alle Menschen grundsätzlich die gleichen Grundrechtsansprüche besitzen und damit das gleiche Recht, von den Freiheitsrechten Gebrauch zu machen. Sie können sich aber auch widersprechen: So kann etwa das religiöse Erziehungsrecht der Eltern mit dem Anspruch von Mädchen auf Verwirklichung der Geschlechtergleichheit kollidieren. In solchen Fällen ist zwischen Freiheit und Gleichheit ein sachgerechter Ausgleich zu finden.

Dabei lassen sich aus den Grundrechten folgenden Prämissen ableiten:<sup>34</sup>

- *Kulturelle Vielfalt ist ein wesentliches Element jeder freiheitlichen Ordnung und deshalb zu achten und zu schützen:* Der Staat, welcher sich an den Grundrechten seiner Verfassung orientieren will, darf nicht das Recht beanspruchen, für alle Menschen inhaltlich festzulegen, was die richtige Lebensführung ist, und damit Partei für bestimmte Lebensentwürfe zu ergreifen. Es sind ja gerade Freiheitsrechte wie Religions-, Sprachen-, Ehe- und Familienfreiheit, welche allen Menschen garantieren, dass nicht der Staat, sondern die Privaten je für sich bestimmen, welche Religion sie leben, welche Sprache sie sprechen, auf welcher Basis sie ihre Ehen schliessen und wie sie ihre Kinder erziehen, d.h. wie sie zentrale Aspekte ihres Lebens gestalten wollen. Mit anderen Worten: Es ist unsere Verfassungsordnung, welche rechtlich kulturelle Pluralität ermöglicht und auch dann schützt, wenn die Mehrheit sie nicht als bereichernde Vielfalt, sondern als Belastung empfindet. Die Verpflichtung auf eine „Leitkultur“ oder ähnliche staatliche Anordnungen über Werte ist mit diesem Staats- und Freiheitsverständnis unvereinbar.
- *Gleichzeitig darf der Verfassungsstaat seine eigene Identität nicht aufgeben.* Die Erhaltung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundwerte und Prinzipien bildet die unabdingbare Voraussetzung dafür, dass Menschen in Autonomie und Vielfalt zusammen leben können. Insofern setzt der Schutz der Verfassungswerte der Freiheit Grenzen. Grundwerte und Grundprinzipien wie Chancengleichheit für alle, Nichtdiskriminierung, Verzicht auf gewaltsame Konfliktlösungen, Schutz der Rechte Schwächerer oder Toleranz gegenüber Andersdenkenden sind auch gegenüber kulturell abweichenden Ansprüchen zu verteidigen. Im Interesse gerade der Grundrechte als Grundwerte des Verfassungsstaates darf deshalb die Toleranz gegenüber fremden Lebenspraktiken nicht grenzenlos sein. Der Staat ist berechtigt, die Grenzen der Freiheit dort zu ziehen, wo sie für ein friedliches Zusammenleben in einer gerechten Gesellschaft nötig sind. Der Staat darf in Lebensführung und in kulturelle oder religiöse Gebräuche aber erst

---

<sup>33</sup> Dazu ausführlich und mit zahlreichen Belegen Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt (Anm. 1).

<sup>34</sup> Das Folgende ist eine leicht überarbeitete Version von Kälin/ Wytttenbach, Religiöse Freiheit (Anm. 1), S. 260 f.

dann einzugreifen, wenn sie den Frieden zwischen den Religionen, andere öffentliche Interessen oder die Rechte Dritter übermässig belasten, d.h. echte und im konkreten Fall genügend gewichtige öffentliche Interessen in Übereinstimmung mit Art. 36 BV Grundrechtseingriffe rechtfertigen.

Aufgabe einer verantwortungsvollen Politik, Gesetzgebung und Rechtsprechung ist es, zwischen diesen Grundsätzen den richtigen Ausgleich zu finden.

## 3.2 Grundrechte im Kontext der Schule

### a) Grundrechte im Schulbereich

Die skizzierte Problematik zeigt sich besonders deutlich im Schulbereich. Dabei lassen sich verschiedene Kategorien potentieller Konflikte unterscheiden:

- Konflikte, weil der Staat einer Person die *individuelle Freiheit beschränkt* (z.B. Verbot für Lehrpersonen, religiös „besetzte“ Kleidung zu tragen);
- Konflikte, weil sich jemand aus religiösen/ kulturellen Gründen *von einer gesetzlichen Pflicht dispensieren lassen möchte* (z.B. Begehren für Dispensationen an Samstagen für Adventistinnen und Juden);
- Konflikte, weil eine Person aus religiösen/ kulturellen Gründen eine *spezielle Leistung* vom Staat verlangt (z.B. spezielle Nahrung für muslimische, hinduistische oder jüdische Kinder in Tagesschulen); und
- Konflikte, weil sich jemand aus religiösen oder kulturellen Gründen *diskriminiert* fühlt (z.B. Entlassung einer Lehrerin wegen ihrer religiösen Überzeugung).

In solchen Fällen können sich der Staat mit seinem Bildungsauftrag, die Eltern mit ihrem Erziehungsrecht, inklusive in religiösen Fragen, und die Schülerinnen und Schüler mit ihren Grundrechten gegenüber stehen. Die dabei relevanten Grundrechte lassen sich übersichtsmässig folgendermassen darstellen<sup>35</sup>:

---

<sup>35</sup> Die Darstellung beruht auf Wytenbach/Kälin, Schulischer Bildungsauftrag (Anm. 1), S. 320 f.

<i>Rechte des Kindes</i>	<i>Rechte der Eltern</i>	<i>Interessen und Aufgaben des Staates</i>
<p><i>Recht auf Grundschulbildung:</i> Angemessener und unentgeltlicher Unterricht (Art. 19 BV)</p> <p><i>Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung</i> aufgrund der Ethnie, Religion etc. (Art. 8 Abs. 2 BV) <i>Anspruch auf Gleichstellung mit dem anderen Geschlecht</i> (Art. 8 Abs. 3 BV) inklusive innerhalb der Klasse</p> <p><i>Anhörungsrecht:</i> Rücksichtnahme auf die Meinung urteilsfähiger Kinder und Jugendlicher (Art. 12 Kinderrechtskonvention)</p> <p><i>Religionsfreiheit</i> (wobei die religiöse Zugehörigkeit bis zum 16. Altersjahr von den Eltern bestimmt wird) (Art. 15 BV)</p> <p>Anspruch auf <i>besonderen Schutz</i> als Kinder und Jugendliche (Art. 11 BV) und auf Schutz des <i>Kindeswohls</i> (Art. 3 Kinderrechtskonvention)</p>	<p><i>Erziehungsrecht:</i> Sitte und Moral, Weitergabe der Tradition, soziale Werthaltungen (abgeleitet aus dem Schutz des Privat- und Familienlebens, Art. 13 BV)</p> <p><i>Religiöses Erziehungsrecht:</i> Bestimmung der massgebenden religiösen Normen, Weitergabe der religiösen Identität (Art. 15 BV) <i>Privatschulfreiheit:</i> Recht, Kinder auf eine Privatschule zu schicken (Art. 62 Abs. 2 BV)</p> <p><i>Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung</i> (Art. 8 Abs. 2 BV)</p>	<p><i>Schulischer Bildungsauftrag</i> inkl. Fächer wie Sexualunterricht, Schwimm- und Turnunterricht (Schulgesetz)</p> <p><i>Rechtsgleiche Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht</i> (Art. 19 BV)</p> <p><i>Respektierung und Schutz der Grundrechte</i> von Eltern und Kind</p> <p><i>Verwirklichung der weltanschaulichen Neutralität der Schule</i> (Art. 15 BV)</p> <p><i>Gleichstellungsauftrag:</i> Schulische Bildung im Interesse der Geschlechtergleichstellung (Art. 8 Abs. 3 BV)</p> <p><i>Nichtdiskriminierung</i> (Art. 8 Abs. 2 BV) <i>und Integration</i> von Ausländerinnen und Ausländern und Angehörigen von religiösen Minderheiten und entsprechende Ausrichtung und Ausgestaltung des Bildungsangebots</p> <p><i>Gesundheitsvorsorge</i> durch Sexualkundeunterricht (Verhütung, Krankheiten, HIV etc.)</p>

Im Rahmen dieser Stellungnahme ist es nicht möglich, all diese Konstellationen und Rechte zu diskutieren. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die Religionsfreiheit und die Bedeutung des Grundsatzes der weltanschaulichen Neutralität des Staates, sowie die Frage von Bekleidungs Vorschriften in der Schule.

## **b) Religionsfreiheit und weltanschauliche Neutralität des Staates**

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach den gleichen Rechten für Angehörige aller Religionsgemeinschaften in der Schweiz ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die in Artikel 15 der Bundesverfassung verankert ist. Danach hat jede Person das Recht, die Religion und Weltanschauung frei zu wählen und sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen dazu zu bekennen, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen. Die sog. „negative Religionsfreiheit“ in Absatz Artikels 15 Abs. 4 BV verbietet, jemanden zu zwingen, einer Religionsgemeinschaft beizutreten, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.<sup>36</sup> Die Ansprüche auf freie Wahl der Religion und die negative Religionsfreiheit gelten absolut, d.h. dürfen nie eingeschränkt werden, weil sie den Kerngehalt von Art. 15 BV bilden.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Kiener/Kälin (Anm. 1), S. 318.

<sup>41</sup> Kiener/Kälin (Anm. 1), S. 327.



Umgekehrt existieren absolute Grenzen der Rücksichtnahme auf religiöse Überzeugungen: Unter keinen Umständen ist es erlaubt, im Namen der Religionsfreiheit Gewaltakte (z.B. Ehrenmorde) zu verüben, Hilfeleistungen (z.B. Bluttransfusionen) an Kinder in medizinischen Notfällen zu unterlassen, Zwangsheiraten vorzunehmen, Mädchen zu beschneiden, oder gemeinrechtliche Straftaten wie Nötigung, sexuelle Übergriffe und Aufruf zu rassistischem oder religiösem Hass vorzunehmen.<sup>37</sup>

Zwischen diesen Polen liegt der weite Bereich *religiös geprägter Lebensweisen*, welche durch das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützt sind. Das Bundesgericht anerkennt, dass Art. 15 BV die Freiheit jedes Menschen schützt, „sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln.“<sup>38</sup> Das Tragen eines Kopftuchs<sup>39</sup> aus religiösen Gründen ist als äussere Manifestation deshalb ebenso von der Religionsfreiheit erfasst<sup>40</sup> wie der Anspruch auf religionskonforme Nahrung im Anstaltsverhältnis.<sup>41</sup> Diese Ansprüche gelten allerdings nicht absolut, sondern dürfen beschränkt werden, wenn ein Gesetz Beschränkungen erlaubt und diese für den Schutz wichtiger öffentlicher Interessen wie Gesundheit, Moral oder öffentliche Ordnung, der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben oder dem Schutz der Rechte Dritter notwendig sind und ihre Ausgestaltung verhältnismässig ist.

Das Gericht auferlegt sich grosse Zurückhaltung, wenn es darum geht, eine Glaubenshaltung zu bewerten oder zu interpretieren oder gar auf ihre theologische Richtigkeit hin zu überprüfen.<sup>42</sup> Es verzichtet somit auf Aussagen, diese oder jene Glaubenspraxis sei von der betreffenden Religion nicht vorgeschrieben. Grund dafür ist der *Grundsatz der religiösen Neutralität des Staates*. Danach verpflichtet Art. 15 BV

*„den Staat, konfessionelle und religiöse Neutralität einzuhalten; der Einzelne kann sich diesbezüglich auf ein Individualrecht berufen (...). Der Staat beschränkt die Religionsfreiheit, wenn er auf unzulässige Weise (...), in Kontroversen religiöser oder metaphysischer Art Partei nimmt.“<sup>43</sup>*

Der Neutralitätsgrundsatz verlangt von den Behörden die gleichmässige Berücksichtigung aller in einer pluralistischen Gesellschaft auftretenden religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen, diese unparteiisch zu behandeln und bei religiösen Kontroversen nicht für die eine oder andere Religion Partei zu ergreifen. Konkret bedeutet dies, dass der Staat selbst keine bestimmte religiöse Haltung einnehmen oder Aussagen über die Gültigkeit oder den Wert oder Unwert bestimmter theologischer Auffassungen machen darf. Dies verpflichtet den Staat allerdings nicht dazu, jede religiöse Manifestation oder Symbolik aus dem öffentlichen Bereich auszuschliessen und den Kantonen ist erlaubt, Landeskirchen und anderer öffentlichrechtlich

---

<sup>37</sup> Kiener/Kälin (Anm. 1), S. 333 und Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt (Anm. 1), S. 203 ff und 212 ff.

<sup>38</sup> BGE 134 I 49 E. 2.3 S. 51.

<sup>39</sup> BGE 134 I 49 E. 2.3 S. 52, BGE 123 I 296 E. 2b/cc S. 301 f.

<sup>40</sup> BGE 134 I 49 E. 2.3 S. 52.

<sup>41</sup> BGE 118 Ia 64 E. 3h S. 79 f.

<sup>42</sup> BGE 135 I 79 E. 4.4 S. 83 f.

<sup>43</sup> BGE 123 I 296 E. 4b/bb S. 308.

anerkannte Religionsgemeinschaften besser zu stellen. Der Neutralitätsgrundsatz will aber sicherstellen, dass in einer pluralistischen Gesellschaft der konfessionelle Friede im Geiste der Toleranz aufrechterhalten bleibt und die verschiedenen Überzeugungen sich deshalb manifestieren können und unparteiisch respektiert werden.<sup>44</sup>

Dem Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität des Staates kommt im Bereich der öffentlichen Grundschule besonders grosse und verstärkte Bedeutung zu. Diese soll für Angehörige aller Religionsgemeinschaften gleich zugänglich sein, weshalb der Unterricht an öffentlichen Schulen konfessionell neutral auszugestaltet ist. Des Weiteren haben die Angehörigen aller Religionen Anspruch auf gleichartige Berücksichtigung religiöser Besonderheiten, weshalb z.B. staatliche Schulen nicht nur an christlichen Feiertagen geschlossen bleiben sondern Dispensation vom Unterricht für Schülerinnen und Schüler erteilen müssen, deren Feiertage nicht mit den christlichen Festen zusammenfallen.<sup>45</sup> Schliesslich müssen der Staat und seine Repräsentanten selbst religiös neutral bleiben. Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht katholische Kruzifixe in Schulen ebenso verboten wie das Tragen religiöser Kleidung für Lehrpersonen.<sup>46</sup> Der Grundsatz spielt auch in anderen Bereichen eine Rolle. So muss zum Beispiel nicht nur christlichen, sondern auch muslimischen Häftlingen die Durchführung eines Gottesdienstes erlaubt werden.<sup>47</sup>

Die Verpflichtung zur weltanschaulichen Neutralität gilt nur für den Staat und nicht auch, wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat, auch für Schüler und Schülerinnen.<sup>48</sup>

### **c) Kleidung in der Schule**

Schülerinnen und Schüler an einer öffentlichen Schule stehen in einem sog. *Sonderstatusverhältnis* (auch besonderes Rechtsverhältnis genannt) zur Schule, d.h. sie müssen sich Einschränkungen gefallen lassen, die sich aus dem Zweck und Charakter dieses sog. Anstaltsverhältnisses ergeben. Deshalb sind Bestimmungen einer Schulordnung, welche schickliche Kleidung verlangen oder gewisse Kleidungsstücke (z.B. Mützen; bauchfreie Leibchen), die nicht unter Grundrechtsschutz stehen, verbieten, ohne weiteres zulässig.

Soweit es um das Verbot von Kleidungsstücken geht, welche ihre Trägerinnen und Träger für religiös vorgeschrieben erachten, sind folgende Grundsätze festzuhalten:

- Die Religionsfreiheit gemäss Art. 9 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* erfasst zwar solche Verbote, anerkennt aber, dass hier die Staaten einen erheblichen Beurteilungsspielraum bezüglich der Frage besitzen, ob Beschränkungen zum Schutz öffentlicher Interessen notwendig sind. Deshalb verneinte der Europäische Gerichtshof

---

<sup>44</sup> BGE 123 I 296 E. 4b/bb.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 134 I 114: Es ist unverhältnismässig, Schülern, welche die Maturitätsprüfung aus religiösen Gründen nicht an einem Samstag ablegen wollen, eine Dispens zu versagen.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 116 Ia 252 (Kruzifix); BGE 123 I 296 (Islamische Kopfbedeckung).

<sup>47</sup> Vgl. BGE 113 Ia 304, E. 4 c.

<sup>48</sup> BGE 139 I 280 E. 5.5.2 S. 290.

für Menschenrechte (EGMR) eine Verletzung der EMRK im Fall von Kopftuchverboten nicht nur für eine Lehrerin<sup>49</sup> sondern auch für Universitätsstudentinnen, wobei es allerdings betonte, dass im konkreten Fall das Verbot das Tragen von Symbolen irgendwelcher Religionen erfasste und deshalb diskriminierungsfrei sei.<sup>50</sup> Keine Verletzung sah es auch im Schulausschluss eines Mädchens, das sich wiederholt weigerte, im Turnunterricht den Schleier abzulegen.<sup>51</sup> Demgegenüber hielt der Gerichtshof es für unverhältnismässig, einer Mitarbeiterin am Check-in-Schalter einer privaten Fluggesellschaft das sichtbare Tragen einer Kette mit Kreuzanhänger zu verbieten, da das private Interesse hier jenes der *corporate identity* überwiege.<sup>52</sup>

- Da der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Regelung von Kleidervorschriften an Schulen angesichts der grossen Unterschiede, wie europäische Staaten diese Fragen behandeln, den einzelnen Ländern überlässt, ist die Frage von Kleidervorschriften an Schulen primär nach *schweizerischem Verfassungsrecht* zu behandeln. Dazu hat das Bundesgericht bisher nur punktuelle Aussagen gemacht:
  - Das Bundesgericht hat entschieden, dass einer Lehrerin islamischen Glaubens an einer öffentlichen Schule verboten werden darf, ein islamisches Kopftuch zu tragen, weil Zweifel an der religiösen Neutralität der Schule aufkommen können, wenn sie als Vertreterin einer staatlichen Institution ein starkes religiöses Symbol trägt.<sup>53</sup>
  - Ebenso hat es entschieden, dass ein Kopftuchverbot für Schülerinnen<sup>54</sup> einen schweren Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit darstellt und deshalb einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn bedarf.<sup>60</sup> Zur Frage, ob ein solches Verbot unter dem Gesichtspunkt der weiteren Eingriffsvoraussetzungen zulässig wäre, hat es sich nicht geäussert.
- Damit ein Kopftuchverbot an Schulen verfassungskonform wäre, müssten die zuständigen Behörden somit nachweisen können, dass ein solches nicht nur über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügt sondern auch im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig (d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar) ist.
  - Keiner besonderen Begründung bedarf, dass diese Voraussetzungen für ein Verbot erfüllt wären, das Gesicht ganz oder abgesehen von einem Schlitz für die Augen zum grössten Teil zu verbergen. Wenn Lehrpersonen ihre Schülerinnen nicht erkennen können und Kommunikation von Gesicht zu Gesicht nicht möglich ist, wird der Unterricht schwerwiegend und in einer derartigen Weise beeinträchtigt, dass die Religionsfreiheit zurückzutreten hat.
  - Für ein Verbot von Kopftüchern, welche das Gesicht frei lassen, lassen sich öffentliche Interessen wie Verhindern von Hänseleien und Ausgrenzungen

<sup>49</sup> EGMR, Dahlab v. Switzerland, Reports 2001-V.

<sup>50</sup> EGMR, (Grand Chamber), Leyla Sahin v. Turkey, 44774/98.

<sup>51</sup> EGMR, Dogru v. France, 27058/05 (2009), insb. Ziff. 61 ff.

<sup>52</sup> EGMR, Eweida and others v. UK, a.a.O., Ziff. 94. Für den Entscheid wichtig war u.a. die Tatsache, dass die Gesellschaft (British Airways) Kopftücher für muslimische Mitarbeiterinnen zulässig.

<sup>53</sup> BGE 123 I 296 E. 4b/bb S. 310 f.

<sup>54</sup> Diese sind als Privatpersonen nicht an die religiöse Neutralität des Staates gebunden.

<sup>60</sup> BGE 139 I 280 E. 5.2 S. 285.

von Schülerinnen, Integration als öffentlicher Auftrag, Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter und ähnliches geltend machen. Unklar ist aber, ob das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit eines solchen Verbotes bejahen würde, da bei schweren Grundrechtseingriffen die religiösen Überzeugungen bei der Güterabwägung als gewichtig einzustufen sind und mildere Mittel wie pädagogische Massnahmen zur Erziehung zur Toleranz und zum Verringern von Hänseleien zur Verfügung stehen. Ein Kopftuchverbot gegen den Willen der Betroffenen dürfte der Integration nicht ohne weiteres förderlich sein, sondern deren negative Haltung gegenüber der hiesigen Ordnung eher verstärken. Zum Argument der Gleichstellung der Geschlechter hat das Bundesgericht im Thurgauer Schulfall ausgeführt, es bleibe „rechtlich, aber auch gesellschaftspolitisch offen, ob die Chancengleichheit mittels eines Kopftuchverbots gewahrt oder gerade hierdurch beeinträchtigt wird“.<sup>55</sup> In der Tat hängt die Gleichstellung der Geschlechter in einer von Toleranz geprägten Gesellschaft kaum von der Kleidung, sondern vielmehr vom gleichen Zugang zu Bildung und Arbeit und höheren öffentlichen und privaten Positionen sowie vom gleichen Lohn für Mann und Frau ab.

○ Angesichts des Fehlens einer klaren gerichtlichen Praxis kann hier nicht prognostiziert werden, wie der Entscheid des Bundesgerichtes ausfallen würde. Allerdings deutet die im Thurgauer Schulfall<sup>56</sup> gemachte Einstufung eines Kopftuchverbots für Schülerinnen als schweren Grundrechtseingriff und die dortige Rückweisung des Arguments, dass das Gebot der Gleichstellung der Geschlechter ein solches Verbot rechtfertige, darauf hin, dass das Bundesgericht ein Verbot religiöser Kleidungsstücke für Schülerinnen und Schüler nicht ohne weiteres für verfassungskonform halten würde.

- Das Einführen einer *Schuluniform*<sup>57</sup> würde den Geltungsbereich des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13) tangieren. Dafür liessen sich verschiedene öffentliche Interessen (Vermeiden von Hänseleien wegen Kleider; Abbau sozialer Unterschiede im Erscheinungsbild, etc.) anführen, und angesichts der Tatsache, dass es sich dabei kaum um einen schweren Grundrechtseingriff handelt, dürfte auch die Verhältnismässigkeit zu bejahen sein. Da auf der Grundschulstufe der Unterricht an öffentlichen Schulen gemäss Art. 62 Abs. 2 BV unentgeltlich sein muss, müsste das Gemeinwesen allerdings die Kosten für die Schuluniformen übernehmen oder mindestens einen finanziellen Beitrag leisten, welcher die Mehrkosten für die Eltern ausgleicht. Zudem liesse sich damit die Frage nicht umgehen, ob – falls das Bundesgericht ein Kopftuchverbot als unverhältnismässig einstufen würde – ein (in diesem Fall standardisiertes und zur Uniform passendes) Kopftuch erlaubt werden müsste.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> BGE 139 I 280 E. 5.3.2 S. 287 (Volksschulgemeinde Bürglen).

<sup>56</sup> BGE 139 I 280.

<sup>57</sup> Soweit ersichtlich ist diese Frage in der Schweiz nie vertieft geprüft worden.

<sup>58</sup> Dass die Religionsfreiheit im Sonderstatusverhältnis unter Umständen Anspruch auf positive Leistungen gibt, hat das Bundesgericht für den Bereich des Strafvollzugs anerkannt. Vgl. BGE 113 Ia 304 E. 4d 307 f. betr. Gottesdienste und BGE 118 Ia 64 E. 3h S. 79 f. betr. religionskonformer Nahrung.

## 4 Integrationsorientierte Grundrechtspolitik

Im Zusammenhang mit aktuellen Herausforderungen, welche religiös begründete Ansprüche auf Sonderbehandlung in der Grundschule bilden, stellt sich die Frage, welches Grundrechtsverständnis dem Anliegen, Menschen mit religiös begründeten, nicht mehrheitsfähigen Lebensweisen gesellschaftlich zu integrieren, am besten dient. Sie ist nicht nur im Zusammenhang mit Menschen mit Migrationshintergrund sondern auch schweizerischen Angehörigen von christlichen Freikirchen oder „neuen“ Religionen und esoterischen Weltanschauungen relevant.

Integration in die Strukturen einer Gesellschaft und das Wirtschaftsleben ist nicht möglich ohne eine gewisse Öffnung gegenüber den grundlegenden Regeln und Werten dieser Gesellschaft. Dieser Prozess wird erleichtert, wenn Kinder die öffentliche Schule besuchen können, ohne in Konflikte mit den Eltern oder dem eigenen Gewissen gestossen zu werden. Während die Durchsetzung der religiösen Neutralität der Schule selber und ihrer Lehrpersonen angemessen erscheint, ist zweifelhaft, ob Assimilationszwang für Schülerinnen und Schüler sich positiv auswirkt oder nicht eher neue Probleme schafft. Angehörige kultureller Minderheiten sind in der Regel daran interessiert, in das Bildungswesen integriert zu werden; wenn aber z.B. auf ihre religiösen Pflichten keine Rücksicht genommen wird, führt dies für sie zu Abwehrhaltungen.<sup>59</sup> Die Weigerung des Staates, auf ihre religiösen Anliegen Rücksicht zu nehmen, würde sie entweder zur Assimilation und damit zur Aufgabe eines wichtigen Teils ihrer eigenen Identität zwingen, oder, falls sie an ihrer Praxis festhalten, gesellschaftlich an den Rand drängen und in ihrem Misstrauen gegenüber der Mehrheit bestärken. Führt dies dazu, dass Mädchen aus traditionalistischen Familien wegen eines Kopftuchverbotes aus der Schule genommen oder gar in den Heimatstaat geschickt werden, sind ihre Integrationschancen erst recht beeinträchtigt. Demgegenüber hat das Bundesgericht betont, dass bezüglich Teilnahme am Schwimmunterricht das Integrationsanliegen Vorrang vor religiösen Bedenken haben muss, solange dieser nach Geschlechtern getrennt durchgeführt wird.<sup>66</sup> Dies muss umso mehr für zentrale Fächer wie Sexualkunde oder Biologieunterricht gelten.

Eine Grundrechtspraxis, die folgende Prinzipien ernst nimmt, ist m.E. geeignet, den nötigen Ausgleich zwischen dem Anspruch auf religiöse und kulturelle Autonomie (Freiheit) und dem Grundsatz der gleichen Rechte und Pflichten für alle (Gleichheit) zu finden und damit die Integration der Betroffenen zu erleichtern:

- Grundsätzlich muss der Staat alle Menschen ungeachtet ihrer ethnischen, religiösen oder sonst kulturell geprägten Herkunft gleich behandeln. Da Diskriminierung immer

---

<sup>59</sup> Historische Erfahrungen in den USA und anderswo zeigen, dass Assimilierungszwang Rückzug in ethnische oder religiöse Gruppensolidarität und damit Abgrenzung bewirken kann: Die Einführung der protestantischen King-James Bibel-Übersetzung als einzig zulässigem Lese-Lehrmittel in New York und anderen amerikanischen Städten Mitte des 19. Jahrhunderts beispielsweise veranlasste die Katholiken, eine paralleles System von Privatschulen aufzubauen, was ein wichtiges Element der bis heute andauernden Schwächung des öffentlichen Schulsystems in den USA darstellte (Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt [Anm. 1], S. 168 f). <sup>66</sup> BGE 135 I 79.

Marginalisierung oder gar Ausgrenzung bedeutet, dient die Respektierung des Diskriminierungsverbots auch der Integration der Betroffenen.

- Kulturelle Vielfalt ist insbesondere dort zu erlauben, wo Dispensationen von Pflichten und andere Formen der Zulassung von Differenz die Integration der Betroffenen in staatliche oder gesellschaftliche Institutionen erleichtert, ohne dass dadurch deren Aufgabenerfüllung ernsthaft gefährdet bzw. gewichtige und überwiegende öffentliche Interessen oder wichtige Rechte privater Dritter missachtet würden.
- Das Toleranzgebot gilt in gleicher Weise für Angehörige der Mehrheit und jene der Minderheit. Insbesondere gibt es keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, vor der Konfrontation mit Meinungen, die man selber ablehnt oder als mit der eigenen religiösen Auffassung für unvereinbar hält, verschont zu werden. Das gilt nicht nur für die Mehrheit, sondern insbesondere auch für Minderheiten,
- Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass Freiheitsrechte wie die Religionsfreiheit, das Erziehungsrecht der Eltern und die Freiheit von Ehe und Familie auch für Angehörige von Minderheitenkulturen gelten, weshalb ein Assimilationszwang in diesen Bereichen grundsätzlich unzulässig ist.
- Grenzen der Toleranz sind allerdings erreicht, wo im Namen der Religionsfreiheit beispielsweise Gewaltakte (z.B. Ehrenmorde) verübt, Hilfeleistungen (z.B. Bluttransfusionen) an Kinder in medizinischen Notfällen unterlassen, Zwangsheiraten vorgenommen, Mädchen und Frauen sexuell verstümmelt oder gemeinrechtliche Straftaten wie Körperverletzungen, oder Aufruf zum Rassenhass gerechtfertigt werden.

Diese Grundsätze können als grundlegende Spielregeln des Zusammenlebens dienen. Sie nehmen die Tatsache ernst, dass heute rechtliche Auseinandersetzungen zunehmend unter Rückgriff auf kulturelle Kategorien ausgetragen werden. Sie suchen den Ausgleich zwischen den oft gegensätzlichen, aber gleichberechtigten Anliegen der Gleichheit und der Differenz. Sie verlangen von beiden Seiten, der Mehrheit und Minderheiten, einander ein Stück weit entgegenzukommen, ohne die je eigenen Traditionen und Identitäten aufgeben zu müssen.

## 5 Beantwortung der Fragen

Die eingangs gestellten Fragen lassen sich zusammenfassend wie folgt beantworten:

- *Gibt es generelle, für alle oder die Mehrzahl der Grundrechte geltende Aussagen (in Sinn eines "roten Fadens") des Bundesgerichtes, evtl. auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, zum Kerngehalt der Grundrechte bzw. von Grundrechten oder nur Entscheide im Einzelfall? Ist es möglich, einen Kerngehalt der Grundrechte zu formulieren oder ihn mindestens in Beispielen zu umreißen, den staatliche Eingriffe in keinem Fall tangieren dürfen? Wenn ja: Können Sie den Kerngehalt für die im vorliegenden Zusammenhang im Fokus stehenden Grundrechte umschreiben?* Abgesehen von der Aussage der Bundesgerichts, dass der Kerngehalt berührt ist, wenn eine Freiheitsgarantie völlig unterdrückt oder ihres Gehaltes als Institution der Rechtsordnung entleert wird und der Liste der auch in Notstandszeiten nicht derogierbaren Rechte der

EMRK existieren keine allgemein gültigen Kriterien. Vielmehr werden die Kerngehalte im Einzelfall vom Bundesgericht bestimmt. Einzelne Kerngehalte sind bereits auf Verfassungsebene definiert. Zu ihnen gehört der Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit, nämlich der Grundsatz, dass alle ihre Religion frei wählen dürfen und niemand gezwungen werden darf, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen (Art. 15 Abs. 4 BV). In der Praxis spielen Kerngehalte insofern nur eine untergeordnete Rolle als das Bundesgericht bereits eingreift, wenn sich ein Eingriff in ein Freiheitsrecht als unverhältnismässig oder sonst wie unzulässig erweist.

*Ist es umgekehrt möglich, einen "Kerngehalt" staatlicher/gesellschaftlicher Werte zu skizzieren, der von den Bürgerinnen und Bürgern auch unter Berufung auf Grundrechte in keinem Fall tangiert werden darf? Ob es Grundpflichten gibt, welcher der Berufung auf eigene Grundrechte Schranken setzen, wird in der Schweiz kaum thematisiert, weil die Frage mit jener nach den zulässigen Grundrechtsbeschränkungen zusammenfällt, d.h. Private überall da Pflichten haben, wo ihre Grundrechte eingeschränkt werden dürfen. Zudem sind grundsätzlich alle Personen an alle auf sie anwendbaren Gesetze gebunden. Von der „Grundpflicht“ zur Respektierung aller Gesetze dürfen Personen nur abweichen, wenn sich im konkreten Fall die Gesetzesanwendung als unzulässiger Grundrechtseingriff erweist (z.B. sie im konkreten Fall unverhältnismässig ist). Im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit sind absolute Grenzen der Rücksichtnahme auf religiöse Überzeugungen dort erreicht, wo im Namen der Religionsfreiheit Gewaltakte (z.B. Ehrenmorde) verübt, Hilfeleistungen (z.B. Bluttransfusionen) an Kinder in medizinischen Notfällen unterlassen, Zwangsheiraten vorgenommen, Mädchen und Frauen sexuell verstümmelt oder gemeinrechtliche Straftaten wie Körperverletzungen, Nötigung oder Aufruf zum Rassenhass gerechtfertigt werden.*

- *Gibt es kantonale Freiräume, in kantonalen Zuständigkeitsbereichen zu entscheiden, ob und wieweit bestimmte Grundrechte beschränkt werden sollen? Wie weit gehen sie?* Die Kantone sind in ihrem Zuständigkeitsbereich immer frei beim Entscheid, **ob** sie Grundrechte einschränken wollen. Beim **wie** sind sie allerdings an die Vorgaben des Bundesgerichts gebunden. Soweit das Bundesgericht grundrechtliche Mindeststandards definiert, dürfen die Kantone grosszügiger sein, d.h. weniger stark in ein Grundrecht eingreifen, sie sind aber verpflichtet, den minimalen Schutz, der gewährt werden muss, nicht zu unterschreiten. Da die Rechtsgleichheit Privaten keinen Anspruch auf Gleichbehandlung über Kantons- und Gemeindegrenzen hinaus gewährt, sind die Kantone nicht verpflichtet, ihre Regelungen an grosszügigere Normen anderer Kantone anzupassen. Schliesslich dürfen die Kantone in ihren Verfassungen Grundrechte verankern, die nicht Teil der Bundesverfassung sind.
- *Was halten Sie von einem kantonalen Einführungsgesetz zu den Grundrechten? Gibt es so etwas in anderen Kantonen? Oder in anderer Form?* Ein kantonales Einführungsgesetz zu den Grundrechten macht kaum Sinn, eine Schlussfolgerung, welche durch die Tatsache gestützt wird, dass soweit ersichtlich kein Kanton ein solches Gesetz kennt. Will der Kanton sich spezifisch zu den Grundrechten äussern, eignet sich dafür ein

Strategiedokument oder ein Beschluss des Kantonsrats zu einem Grundrechtsbericht der Regierung besser.

- *Verfahrensrechtliche Fragen: Verfassungsgerichtbarkeit gegenüber kantonalen Gesetzen in Bezug auf Grundrechte: Wie weit respektiert das Bundesgericht den kantonalen Gesetzgeber?* Das Bundesgericht hat die Grundrechte der Bundesverfassung gegenüber den Kantonen durchzusetzen, hebt aber problematische kantonale Gesetze im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht auf, falls sie sich verfassungskonform auslegen lassen. Es überprüft zudem die Auslegung der gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe nur auf Willkür hin, es sei denn, es handle sich um einen schweren Grundrechtseingriff.
- *Hätte eine Vorschrift betr. Tragen von Schuluniformen Bestand vor den Grundrechten?* Ja, falls der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts gemäss Art. 62 Abs. 2 BV beachtet wird und die zuständige Behörde die Mehrkosten der Eltern übernimmt. Sollte das Bundesgericht ein Kopftuchverbot für unzulässig halten, wäre ein der Uniform angepasstes Kopftuch zu erlauben.
- *Ziel ist es, im Bericht Positionen der Regierung zu den Grundrechten zu definieren. Wie könnten die Positionen der Regierung generell lauten?* Auf der Basis der vorangehenden Ausführungen könnten folgende Punkte hervorgehoben werden:
  - Die Regierung bekennt sich zu den Grundrechten der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung. Sie respektiert diese Garantien und richtet ihre Handlungen am Ziel der Herstellung und Erhaltung einer an Freiheit und Gleichheit orientierten Rechtsordnung aus. Gleichzeitig behält sie sich vor, dort wo das Bundesrecht den Kantonen in Grundrechtsfragen Freiräume belässt, diese auszunutzen, falls kantonale Besonderheiten dies rechtfertigen.
  - Die Regierung anerkennt, dass kulturelle Vielfalt ein wesentliches Element jeder freiheitlichen Ordnung darstellt, deshalb zu achten und zu schützen ist, und der Staat nicht für sich das Recht beanspruchen darf, für alle Menschen festzulegen, was richtige Lebensführung ist.
  - Gleichzeitig betont die Regierung, dass die Erhaltung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundwerte und Prinzipien die unabdingbare Voraussetzung dafür bildet, dass Menschen in Autonomie und Vielfalt zusammen leben können. Insofern setzt der Schutz von Verfassungswerten der Freiheit Grenzen. Grundwerte und Grundprinzipien wie Chancengleichheit für alle, Nichtdiskriminierung, Verzicht auf gewaltsame Konfliktlösungen, Schutz der Rechte Schwächerer oder Toleranz gegenüber Andersdenkenden sind auch gegenüber kulturell abweichenden Ansprüchen zu verteidigen. Der Staat ist somit berechtigt, die Grenzen der Freiheit dort zu ziehen, wo sie für ein friedliches Zusammenleben in einer gerechten Gesellschaft nötig sind.
  - Grenzen der Toleranz sind etwa dort erreicht, wo im Namen der Religionsfreiheit beispielsweise Gewaltakte (z.B. Ehrenmorde) verübt, Hilfeleistungen (z.B. Bluttransfusionen) an Kinder in medizinischen Notfällen unterlassen, Zwangsheiraten vorgenommen, Mädchen und Frauen sexuell verstümmelt oder gemeinrechtliche Straftaten wie Körperverletzungen, Nötigung und Aufruf zu rassistischem oder religiösem Hass gerechtfertigt werden.



- Die Grundschule dient in ganz besonderem Ausmass der gesellschaftlichen Integration von Angehörigen von Minderheiten. Zu starker Assimilationsdruck kann allerdings zur Entfremdung von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten beitragen und damit Integrationsanstrengungen unterlaufen. Die Regierung ruft den Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität der Grundschule in Erinnerung. Er empfiehlt den Gemeinden, in Übereinstimmung mit der Bundesgerichtspraxis auf entsprechendes Begehren hin Schülerinnen und Schüler von der Teilnahme am Religionsunterricht und weiteren Unterrichtselementen mit religiösem Inhalt zu befreien und ihnen an Feiertagen ihrer Religion Dispens zu gewähren, aber bei der Dispensierung von Sportunterricht, Sexualunterricht und naturwissenschaftlichen Fächern Zurückhaltung walten zu lassen. Er empfiehlt den Gemeinden, auf ein Kopftuchverbot und das Verbot anderer starker religiöser Symbole für Schülerinnen und Schüler zu verzichten, da ein entsprechendes Verbot als Aussage verstanden werden kann, dass die Grundschule nicht für Alle ohne Rücksicht auf ihre religiösen Auffassungen offen ist, und damit eher integrationshindernd als integrationsfördernd wirken kann. Er erinnert die Gemeinden daran, dass im Fall der Einführung von Schuluniformen der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts beachtet werden muss.