

1. KAPITEL: DIE RELIGIONSFREIHEIT

EINLEITUNG

1. Die Religionsfreiheit ist eines der Grundrechte, um die in der Geschichte der Neuzeit am meisten gekämpft worden ist. In der Schweiz hat die Auseinandersetzung zwischen der katholischen und der protestantischen Konfession die Entwicklung zum heutigen Staatswesen massgeblich mitbestimmt.

In zahlreichen älteren und neuesten Schriften ist die Geschichte der Religionsfreiheit untersucht worden¹; aber es fehlt bis heute eine umfassende Darstellung der geistigen Strömungen, die im 16. und 17. Jahrhundert einsetzten und gegen Ende des 18. Jahrhunderts in weiten Teilen der westlichen Welt die verfassungsmässige Verankerung der Religionsfreiheit erzwangen. Hinreichend geklärt erscheint die geschichtliche Entwicklung des Grundrechts in der Schweiz².

¹ Vgl. etwa M. SEARLE BATES, *Religious Liberty, an inquiry*, 1945; OTTO BUSCH, *Toleranz und Grundgesetz, Schriften zur Rechtslehre und Politik* Bd. 54, Bonn 1967; JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Geschichte des Rechtes der religiösen Bekenntnisfreiheit, Gesammelte Kleine Schriften* Bd. 1, Nördlingen 1879, S. 101 ff.; HAIM COHN, *Glaube und Glaubensfreiheit*, in: *Die Freiheit des Glaubens, Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung* Bd. 6 1967; HELLMUT DIWALD, *Freiheit und Toleranz in der abendländischen Geschichte*, in *Die Freiheit des Glaubens*, a. a. O., S. 197 ff.; SALOMON FRIEDER, *La tolérance religieuse dans l'histoire sociale de l'Europe*, thèse Lausanne 1957; HERMANN FÜRSTENAU, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit*, 1891; WALTER HAMEL, *Glaubens- und Gewissensfreiheit, Die Grundrechte* Bd. 4 I, Berlin 1960, S. 37 ff.; PIERRE LANARÈS, *La liberté religieuse*, thèse Genève 1964; FRANKLIN H. LITTELL, *From State Church to Pluralism*, 1962; ANSON PHELPS STOKES, *Church and State in the United States*, 1900; KARL WEINZIERL, *Die individuelle Religionsfreiheit*, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* Bd. 132 1963, S. 30 ff. Von den allgemeinen Schriften zur Geschichte der Grundrechte sind für die Entwicklung der Religionsfreiheit von besonderem Interesse: GEORG JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen* Bd. 1 III, Leipzig 1895; GERHARD RITTER, *Ursprung und Wesen der Menschenrechte, Historische Zeitschrift* Bd. 169 1949, S. 233 ff.; JUSTUS HASHAGEN, *Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte*, abgedruckt in: *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, hg. von Roman Schnur, Darmstadt 1964, S. 129 ff.; JOSEF BOHATEC, *Die Vorgeschichte der Menschen- und Bürgerrechte in der englischen Publizistik der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, abgedruckt in *op. cit.*, S. 267 ff.

² Vgl. WALTER BURCKHARDT, *Kommentar*, S. 437 ff.; RUDOLF GMÜR, *Die konfessionellen Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung*, *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* Bd. 9 1958, S. 14 ff.; EDUARD HERZOG, *Die Religionsfreiheit der helvetischen Republik*, Bern 1884; EDUARD HIS, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, I, S. 360 ff., II, S. 370 ff., III, S. 534 ff.; THOMAS HOLENSTEIN, *Die konfessionellen Artikel und der Schulartikel der schweizerischen Bundesverfassung*, 1931; ULRICH LAMPERT, *Kirche und Staat in der Schweiz*, 3 Bände, Basel usw. 1929–1938; J. LANGHARD, *Die Glaubens- und Kultusfreiheit in der Schweiz*, 1898; L. R. VON SALIS, *Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz*, 1894; derselbe, *Die Religionsfreiheit in der Praxis*, Bern 1892.

In der neuesten Zeit hat die Religionsfreiheit, wie Gerichtspraxis und Literatur zeigen, viel von ihrer ehemaligen Aktualität eingebüsst. Sie gilt nur noch wenigen als würdiger Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung³.

Entsprechend erscheint die Frage wenig geklärt, welche verfassungsrechtliche, politische und soziologische Funktion der Religionsfreiheit in unserer pluralistischen und säkularisierten Staatsgemeinschaft zukommen soll⁴.

2. In Toleranzedikten, Friedensverträgen und Verfassungswerken wurde schon während des 16. und 17. Jahrhunderts ein gewisses Mass an religiöser Freiheit gewährt: in Deutschland (gewisse Ansätze im westfälischen Frieden 1648), in Frankreich (Toleranzedikte von St-Germain 1562 und Nantes 1598), in Holland (Utrechter Union 1579), in England (Agreement of the People 1647 und Instrument of Government 1653) und in gewissen amerikanischen Kolonien (so z. B. in der Frame of Government of Pennsylvania 1782, in den Charters von Maryland 1632 und Rhode Island 1663⁵). Erst am Ende des 18. Jahrhunderts kam jedoch die Religionsfreiheit zum Durchbruch. Ihre triumphale Verkündigung in den klassischen Verfassungswerken Europas und auf dem amerikanischen Kontinent – wo der Umschwung von religiöser Intoleranz zur Anerkennung einer umfassenden Religionsfreiheit für weite Gebiete durchaus plötzlich erfolgte – war durchwegs weniger theologisch als vielmehr rationalistisch, säkularphilosophisch motiviert⁶. – Für die Entwicklung des Grundrechtsgedankens war der Kampf um die Religionsfreiheit von grösster – wenn auch im einzelnen umstrittener – Bedeutung. Er schuf «gewissermassen die Temperatur, die Weissglut der Leidenschaften, ohne die es unmöglich gewesen wäre, das starre System des fürstlichen Absolutismus zum Schmelzen zu bringen»⁷.

Die restaurative Gegenbewegung, die die religiöse Freiheit im kontinentalen Westeuropa zu Beginn des 19. Jahrhunderts weitgehend wieder besei-

³ Zu diesen wenigen gehören etwa WALTER HAMEL (*Glaubens- und Gewissensfreiheit*, a. a. O., und *Das Bekenntnis als Gestalt der Freiheit*, ARSP Bd. 40, S. 465 ff.) und ULRICH SCHEUNER, *Die Religionsfreiheit im Grundgesetz*, DÖV 1967, S. 585 ff.

⁴ Vgl. immerhin das rechtstheologische Schrifttum, das im dritten Teil dieser Arbeit beigezogen wird, und die ausgezeichnete Übersicht von A. F. CARILLO DE ALBORNOZ, *The basis of religious liberty*, World Council of Churches, 1963.

⁵ Vgl. WALTER HAMEL, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, a. a. O., S. 42; GERHARD RITTER, a. a. O., S. 238 f.

⁶ Dies zeigt eindrücklich etwa die Person THOMAS JEFFERSONS, des Verfassers des Virginia Statute on Religious Freedom, dessen ausgeprägter Rationalismus auch sein Verhältnis zum christlichen Glauben prägte; vgl. dazu ADRIENNE KOCH, *The philosophy of Thomas Jefferson*, 1957, S. 25 ff.

⁷ GERHARD RITTER, a. a. O., S. 240.

tigte, regierte bis zu den Dreissiger-Vierziger Jahren; die französische «Charte Constitutionnelle» von 1830 brach den Bann, und wenig später folgten die meisten Verfassungen Westeuropas mit mehr oder weniger umfassenden Garantien der Glaubensfreiheit⁸. Einzelne Staaten hielten jedoch bis in die Gegenwart an einer (einzigen) Staatskirche fest^{8a}.

3. Das Dogma der Religionsfreiheit, das am Ende des 18. Jahrhunderts mit den französischen Truppen die Schweiz eroberte, traf die Kantone völlig unvorbereitet. Denn ausser dem paritätischen Glarus und dem in zwei konfessionell verschiedene Halbkantone geteilten Appenzell bekannten sich alle Stände grundsätzlich zur Glaubenseinheit, und noch im 18. Jahrhundert wurden Sektierer hingerichtet⁹. Art. 6 der ersten Helvetischen Verfassung hatte somit durchaus revolutionären Klang:

«Die Gewissensfreiheit ist uneingeschränkt; jedoch muss die öffentliche Äusserung von Religionsmeinungen den Gesinnungen der Eintracht und des Friedens untergeordnet sein.

Alle Gottesdienste sind erlaubt, insofern sie die öffentliche Ruhe nicht stören und sich keine herrschende Gewalt oder Vorzüge anmassen.

Die Polizei hat die Aufsicht darüber und das Recht, sich nach den Grundsätzen und Pflichten zu erkundigen, die darin gelehrt werden.

Die Verhältnisse einer Sekte mit einer fremden Obrigkeit sollen weder auf die Staatssachen noch auf den Wohlstand und die Aufklärung des Volkes einigen Einfluss haben.»

Damit war der Grundsatz der staatlichen Neutralität in religiösen Dingen verfassungsmässig verankert.

Da aber diese Konzeption dem damaligen schweizerischen Staatsdenken so wenig entsprach, wurde sie in der späteren Helvetik bald verwässert und schliesslich gänzlich beseitigt. Schon die zweite Helvetische Verfassung vom 25. Mai 1802 erklärte in § 1 die katholische und die evangelisch-reformierte Konfession zu Staatsreligionen, fügte allerdings in § 60 bei:

«Ausser den Gottesdiensten der katholischen und reformierten Kirchen ist auch die Ausübung jedes andern Gottesdienstes, der mit der bürgerlichen Ordnung in Übereinstimmung ist, unter den durch das Gesetz zu bestimmenden Einschränkungen gestattet.»

Alle Verfassungen der spätern Helvetik zeigen deutlich die Rückkehr zum Staatskirchentum. Die Mediationsakte von 1803 überliessen die kirchlichen

⁸ Vgl. etwa die belgische Verfassung von 1831, Art. 14; die Kurhessische Verfassung von 1831, §§ 29 und 30; die Preussische Verfassung von 1848–1850, Art. 11 bzw. 12; die Paulskirchenverfassung von 1848, § 144.

^{8a} So skandinavische Staaten (Dänemark Art. 73, Norwegen Art. 2, Island Art. 62) und südeuropäische Länder (Italien Art. 7/8, Spanien Art. 6).

⁹ Vgl. EDUARD HIS, a. a. O., I, S. 361.

Angelegenheiten gänzlich den Kantonen, und diese kehrten weitgehend zur alten, vorrevolutionären Ordnung zurück. Zumeist bekannten sie sich fortan wieder zu einer offiziellen Konfession; vereinzelt wurde der religiöse Status jedes Ortes im Kanton gewährleistet, und nur sehr wenige Stände setzten die volle Parität beider Konfessionen für das ganze Kantonsgebiet fest¹⁰. Andere Konfessionen oder Sekten erhielten keinerlei Garantien; ja etwa die Israeliten waren im Genuss bürgerlicher Rechte den Christen keineswegs gleichgestellt¹¹. Dieser Zustand änderte sich nach dem Dahinfallen der Mediationsakte nicht wesentlich; bloss wurde nun in einzelnen Kantonsverfassungen neben der Ausübung der offiziellen Konfession auch diejenige des andern christlichen Hauptbekenntnisses in den neu erworbenen Gebieten ausdrücklich gewährleistet, und die Zahl der Kantone mit umfassend garantierter Parität nahm zu¹². Auch in der Restaurationszeit genossen jedoch die Sekten weder Anerkennung noch Schutz, ja sie wurden teilweise wieder mit Heftigkeit verfolgt¹³.

Die Regeneration veränderte diesen Zustand nur zögernd. Einige wenige Regenerationsverfassungen gewährleisteten zwar die Glaubensfreiheit, wichen aber keineswegs vom System der anerkannten Konfessionen ab; die Praxis war vor allem gegenüber den Juden durchaus nicht an allen Orten liberal. Die Bundesverfassungsentwürfe von 1832 und 1833 erwähnten die konfessionellen Verhältnisse nicht¹⁴.

Bei den Verhandlungen der Revisionskommission und der Tagsatzung im Jahre 1848 wurden von den einzelnen Kantonsvertretern die entgegengesetzten Ansichten vertreten. Charakteristisch für die Atmosphäre waren immerhin folgende Momente: Einmal war wenig von einem idealistischen, theologisch oder philosophisch begründeten Pathos für die Einführung der Religionsfreiheit zu verspüren; das leidenschaftliche Bekenntnis Alexandre Vinets zur Kultusfreiheit¹⁵ hatte wenig Nachhall gefunden. Vielmehr dachten zahlreiche Kommissionsmitglieder durchaus pragmatisch: im Vordergrund der Beratungen stand der Gedanke, es seien in die neue Verfassung Garantien für die *Wahrung des konfessionellen Friedens* aufzunehmen. Damit hängt es wohl auch zusammen, dass in der neuen Bundesverfassung bloss eine (beschränkte) Kultusfreiheit, nicht aber eine Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet wurde; und diese war auch nicht etwa in jener

¹⁰ Vgl. L. R. VON SALIS, Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz, a. a. O., S. 16.

¹¹ Vgl. J. LANGHARD, a. a. O., S. 13/14.

¹² Vgl. die Übersicht bei L. R. VON SALIS, a. a. O., S. 17/18.

¹³ Vgl. EDUARD HIS, a. a. O., II, S. 374.

¹⁴ Vgl. EDUARD HIS, a. a. O., II, S. 377.

¹⁵ Mémoire en faveur de la liberté des cultes, publiziert 1826, neu herausgegeben Lausanne 1944.

vorausgesetzt oder mitgedacht¹⁶. Bedeutsam war immerhin, dass die Forderung nach einer umfassend und in der ganzen Schweiz garantierten Parität zwischen beiden christlichen Hauptkonfessionen durchdrang – zweifellos unter dem Eindruck der Ereignisse, die zum Sonderbundskrieg geführt hatten. Es war dies freilich auch darum geboten, weil in Art. 41 der neuen Bundesverfassung «allen Schweizern, welche einer der christlichen Konfessionen angehörten, das Recht der freien Niederlassung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft» garantiert wurde; damit war zum vornherin mit einer beträchtlichen Vermischung der Konfessionen zu rechnen. Von einer Bereitschaft, auch andern Konfessionen und Sekten die Freiheit des Bekenntnisses und der religiösen Betätigung einzuräumen, war indessen wenig zu verspüren¹⁷.

Art. 44 der Bundesverfassung von 1848 lautete schliesslich wie folgt:

«Die freie Ausübung des Gottesdienstes ist den anerkannten christlichen Konfessionen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet. Den Kantonen, sowie dem Bunde, bleibt vorbehalten, für Handhabung der öffentlichen Ordnung und des Friedens unter den Konfessionen die geeigneten Massnahmen zu treffen».

Die Praxis der kantonalen Behörden entfernte sich in den folgenden Jahren von der Idee des exklusiven Staatskirchentums kaum; für ein grosszügigeres Verhalten gegenüber andern als den anerkannten christlichen Konfessionen wuchs das Verständnis nur sehr langsam. Die konfessionell einheitlichen Kantone konnten auf Grund der Bundesverfassung weiterhin ihrer Hauptkonfession einen bevorzugten öffentlich-rechtlichen Status bewahren, wenn dabei nur die andere «anerkannte» christliche Konfession in ihrer Kultusausübung nicht gehemmt wurde¹⁸. Die Eingriffe des Bundes in kantonale Verhältnisse zur Durchsetzung des in Art. 44 BV enthaltenen Grundsatzes waren spärlich; immerhin hob der Bundesrat zweimal im Jahre 1862 auf Beschwerde hin Bussenverfügungen wegen Arbeit an katholischen Feiertagen auf¹⁹. Den Juden wurden in gewissen Kantonen, keineswegs jedoch in allen, bestimmte Freiheiten zugestanden; die Sekten wurden weiterhin unterdrückt²⁰.

¹⁶ Vgl. FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 311.

¹⁷ Vgl. dazu EDUARD HIS, a. a. O., III, S. 535 ff.; WALTER BURCKHARDT, Kommentar, S. 437/438; J. LANGHARD, a. a. O., S. 17 ff.

¹⁸ Vgl. EDUARD HIS, a. a. O., III, S. 537. Vgl. dazu ULLMER, I Nr. 174.

¹⁹ ULLMER, II Nr. 832/833; ähnlich auch die Bundesversammlung – entgegen dem Bundesrat – in einem Entscheid von 1862 (ULLMER, I Nr. 177).

²⁰ Vgl. EDUARD HIS, a. a. O., III, S. 538. So wies etwa der Bundesrat eine Beschwerde gegen die Anwendung des Taufzwanges in Appenzel A.-Rh. auf Freitauf ab (ULLMER, I Nr. 176).

Der nächste Anstoss zu einer Erweiterung der Religionsfreiheit kam wiederum von Frankreich²¹: Der mit diesem Land am 30. Juni 1864 abgeschlossene Niederlassungsvertrag gewährte in Art. 1 allen Franzosen ohne Rücksicht auf ihre Konfession die Niederlassung in der Schweiz – und bevorzugte damit jüdische Franzosen in der Schweiz vor jüdischen Schweizern^{21a}. Der Bundesrat entschloss sich in der Folge – vor allem auf Drängen von Bundesrat Dubs²² –, dem Volk nicht nur eine Erweiterung der Niederlassungsfreiheit, sondern im Zusammenhang damit auch eine Ausdehnung der Religionsfreiheit auf grundsätzlich alle Bekenntnisse vorzuschlagen. In der Fassung der Bundesversammlung lautete Art. 44 des Revisionsentwurfs von 1866 wie folgt:

«Die Glaubensfreiheit ist unverletzlich. Um des Glaubensbekenntnisses willen darf niemand in den bürgerlichen oder politischen Rechten beschränkt werden. Die freie Ausübung des Gottesdienstes ist den anerkannten christlichen Konfessionen, sowie innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und staatlichen Ordnung auch jeder andern Religionsgenossenschaft im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet. Den Kantonen, sowie dem Bunde bleibt vorbehalten, für Handhabung der öffentlichen Ordnung und des Friedens unter den Konfessionen die geeigneten Massnahmen zu treffen.»

Diese Formulierung lässt erkennen, dass für ihre Schöpfer die Idee des «christlichen Staates» durchaus lebendig war und dass diese Männer im besondern die «Schranken der Sittlichkeit und staatlichen Ordnung» durch die Leitsätze christlicher Ethik definiert sahen. In der Volksabstimmung vom 14. Januar 1866 wurde indessen bloss die Erweiterung der Niederlassungsfreiheit angenommen, während die Ausdehnung der Religionsfreiheit (mit knappstem Mehr und bei Gleichheit der Standesstimmen!) wie alle andern Revisionsvorschläge verworfen wurde.

Die unterlegenen Befürworter des revidierten Art. 44 BV waren indessen so zahlreich, dass neue Vorstösse in Bälde zu erwarten waren. Das erste Vatikanische Konzil von 1870 und die darüber entbrannten Meinungsverschiedenheiten verhalfen dem Problemkreis des Verhältnisses von Staat und Religion zu plötzlicher und vordringlicher Aktualität. 1870 schlug der

²¹ Vgl. dazu J. LANGHARD, a. a. O., S. 21 ff.; BLUMER/MOREL, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, 3. A. I 1891, S. 158 ff.

^{21a} Herrn Dr. Urs Brand verdanke ich den Hinweis auf die damalige Verflechtung zwischen den Projekten eines Niederlassungs- und eines Handelsvertrags: Ohne die in Art. 1 verankerte Konzession wäre der Handelsvertrag französischerseits nicht zustande gekommen. Vgl. dazu Urs Brand, Die schweizerisch-französischen Unterhandlungen über einen Handelsvertrag und der Abschluss des Vertragswerkes von 1864, Diss. Bern 1968 (insbes. etwa S. 116, 121 et al.).

²² Vgl. seine Schrift «Zur Verständigung über die Bundesrevision», 1871, zitiert bei EUGEN KAUFMANN, Bundesrat Jakob Dubs und die Bundesrevision von 1872–1874 im Lichte seiner Zeitung «Die Eidgenossenschaft», Rorschach 1957, S. 60 ff.

Bundesrat erneut eine Ausdehnung der Religionsfreiheit vor und bemerkte dazu in einer Botschaft vom 17. Juni 1870 an die eidgenössischen Räte,

«es gebe ein besseres Mittel (als der Kirche den Krieg zu erklären) zur Beseitigung der drohenden Gefahren, zugleich ein solches, das Allen gerecht ist und Niemandem weh tut, nämlich die Proklamierung der religiösen Freiheit»²³.

Unter reger aktiver Teilnahme des Volkes und der eidgenössischen Räte wurden schliesslich zwei neue Artikel (48 und 49) ausgearbeitet; auch dieser Revisionsversuch scheiterte indessen ganz knapp²⁴. Bereits im folgenden Jahr unterbreitete jedoch der Bundesrat den eidgenössischen Räten eine neue Botschaft zur Revision der Bundesverfassung. Die Bestimmungen über die religiösen Verhältnisse waren dabei vom Kulturkampf geprägt, und es wurden vor allem die konfessionellen Ausnahmereartikel erweitert (Art. 51 Abs. 2 und Art. 52). Die Suprematie des Staates über die Kirche sollte auf einem Gebiet, wo der Kulturkampf viele Schweizer besonders erregt hatte – im Zusammenhang mit der Angelegenheit des Bischofs Mermillod – ausdrücklich bekräftigt (Art. 50 Abs. 4) und die Teilung der Religionsgenossenschaften, d.h. praktisch vor allem die Lostrennung altkatholischer Gemeindeglieder von ihren Kirchengemeinden, entschieden erleichtert werden (Art. 50 Abs. 3). – Die neue Verfassung wurde am 19. April 1874 mit grossem (Stimmen- und Standes-)Mehr angenommen²⁵.

Die Einführung einer umfassenden Religionsfreiheit in die Bundesverfassung war indessen mehr als ein Akt der Religionspolitik und auch mehr als eine blosser Sicherung des Friedens unter den verzankten christlichen Brüdern. Das Motiv des Individualschutzes spielte mit. In seiner Botschaft vom 4. Juli 1873²⁶ schrieb der Bundesrat:

«Die Ausübung einer Religion ist ein Ausfluss der individuellen Freiheit in gleicher Weise wie die andern Urrechte des Individuums. Diese Ausübung findet ihre Schranke nur in der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten. Jeder Kultus, welcher diese Schranken respektiert, hat ein Anrecht nicht bloss auf Duldung, sondern auf Schutz des Staates.» Der Bund anerkennt keine Kirche, er kennt sie bloss «um ihre Freiheit zu schützen und um dafür zu sorgen, dass der Friede unter ihnen herrsche. Er verteidigt weder eine Konfession noch eine Kirche; er verteidigt lediglich das Individuum, indem er diesem die Respektierung seines Glaubens und die Freiheit seines Gewissens sichert».

²³ BBl 1870 II 665 ff., 689.

²⁴ Vgl. dazu J. LANGHARD, a. a. O., S. 26 ff.; BLUMER-MOREL, a. a. O., S. 165 ff.

²⁵ Zu den kirchlichen Verhältnissen in der Schweiz unmittelbar nach Annahme der Bundesverfassung von 1874 vgl. CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche in der Schweiz, Zürich 1877/1878.

²⁶ BBl 1870 II 665 ff., 691.

Und in der Botschaft des Bundesrats vom 17. Juni 1870²⁷ findet sich der schöne Satz:

«Wenn der Vater im Himmel trotz seiner Allmacht zulässt, dass die Menschen ihn in verschiedener Weise verehren, warum soll dann der Mensch den Menschen hindern, Gott in der Weise anzurufen, wie jeder in seinem Gewissen sich verpflichtet findet, sobald er damit nicht Sitte und öffentliche Ordnung stört?»

Gemäss Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Brachmonat 1874²⁸ blieben die politischen Bundesbehörden zur Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit oder der Kultusfreiheit zuständig; einzig Anstände aus Art. 49 Abs. 6 und Art. 50 Abs. 3 unterlagen der staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht. Erst mit dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893²⁹ erhielt das Bundesgericht umfassende Entscheidungskompetenzen im Bereich der Religionsfreiheit, mit Ausnahme von Beschwerden wegen Verletzung von Art. 51 (Jesuitenverbot) und Art. 53 Abs. 2 (Begräbnisplätze).

Von 1874 bis heute haben sich in der Schweiz die religiösen Gegensätze stetig eingeebnet. Der Kampf um die Religionsfreiheit hat damit – wenigstens an der Oberfläche des öffentlichen Lebens – seine Aktualität weithin eingebüsst. Zwei Begehren sind bis heute freilich unerfüllt geblieben: einmal das Begehren der Kriegsdienstverweigerer um adäquate Honorierung ihrer Gewissensnot (wobei freilich nicht nur religiöse Motive diesem Begehren unterliegen), und andererseits die Forderung nach Aufhebung der religiösen Ausnahmereartikel unserer Bundesverfassung. Aber gerade dieses Postulat – das auch in den Augen einsichtiger Protestanten eine rasche Realisierung verdient – stösst sich noch da und dort im Schweizerland an erheblichen Widerständen: Bei manchen Eidgenossen haben sich – in neurotischer Verhärtung – Vorstellungen erhalten, welche in Auseinandersetzungen vergangener Jahrhunderte ihre Wurzeln haben und im Kulturkampf zum letztenmal kräftig aufgewärmt worden sind. So unwürdig diese Vorstellungen auch sind – sie müssen jedenfalls als Realität hingenommen werden. Und in ähnlicher Weise dürfte eine latente Opposition gegen eine entschiedenere Trennung von Kirche und Staat bestehen – eine Opposition, welche wiederum plötzlich virulent werden könnte, wenn nicht mit der notwendigen Subtilität vorgegangen wird.

²⁷ BBl 1870 II 963 ff., 965.

²⁸ AS 1 136 ff.

²⁹ AS 13 455 ff.

§ 1. Die Grundideen der in Art. 49 und 50 BV enthaltenen Garantien

1. Die in Art. 44 der Bundesverfassung von 1848 garantierte Religionsfreiheit war im wesentlichen *pragmatisch-institutionell* ausgerichtet. Sie wurde gewährleistet, damit der Friede zwischen den grossen christlichen Konfessionen erhalten bleibe³⁰. Der Kulturkampf liess diese Motivierung erneut in den Vordergrund treten; ihr gesellte sich nun aber doch unüberhörbar der idealistische Gedanke des *Individualschutzes* bei. Diese zweifache geschichtliche Ausrichtung der Religionsfreiheit veranlasst uns, zu fragen, wie das Bundesgericht die Grundideen der in Art. 49 und 50 BV enthaltenen Garantien verstanden hat.

a) Verschiedene Entscheide zeigen, dass das Gericht die *pragmatisch-institutionelle Herleitung* der Religionsfreiheit, wie sie zunächst im schweizerischen Staatsdenken dominierte, durchaus nicht zu verleugnen gedachte. In BGE 35 I 337 ff. erklärte es:

«Die Bundesverfassung will, wie aus Art. 50 Abs. 2 BV sich ergibt, vor allem den religiösen Frieden unter den Konfessionen wahren; sie will es ermöglichen, dass Menschen verschiedener Konfessionen, unbeschadet der Ausübung ihrer Religion, in öffentlichem Frieden neben einander leben können» (S. 354);

und in BGE 35 I 693 ff. entschied das Bundesgericht, die Berufung auf Art. 49 BV dürfe nicht ihrerseits zur Aufhebung der freien Betätigung einer andern Glaubensgemeinschaft oder zur Störung des konfessionellen Friedens führen. Diese Deutung der Religionsfreiheit als eines Instruments zur Wahrung des religiösen Friedens war darum wesentlich, weil sie nicht nur traditionell-helvetischem, sondern auch besonders katholischem Denken entsprach und wohl auch heute noch in katholischer Sicht einzig geeignet ist, eine verfassungsmässige Glaubensfreiheit zu rechtfertigen.

Das Bundesgericht hat selbst nicht wenig zur Festigung des religiösen Friedens in der Schweiz beigetragen, indem es strenge Neutralität angestrebt und auch erreicht hat³¹. Es konnte freilich die Animosität gegen die römisch-katholische Kirche, die sich in einzelnen Verfassungsbestimmungen niedergeschlagen hatte, nicht wegjudizieren³². Der bundesgerichtliche Wille zur Neutralität manifestierte sich aber etwa in Entscheidungen zur

³⁰ Zum Begriff des religiösen Friedens vgl. etwa WALTER HAMEL, Glaubens- und Gewissensfreiheit, a. a. O., S. 86 ff.

³¹ Zum Grundsatz der religiösen Neutralität des Bundes vgl. J. LANGHARD, a. a. O., S. 39 ff.; FRANZ FREULER, a. a. O., S. 45; polemisch BERNHARD STUDER, a. a. O., S. 30 ff.; DORA BÜHRER, Der strafrechtliche Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit, Diss. Bern 1943, S. 13; neuerdings JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel, II, Paris/Neuchâtel 1967, S. 716 ff.

³² Vgl. zu Art. 54 BV: BGE 5 438 ff.

religiösen Kritik³³, vor allem aber in verschiedenen Urteilen über Kultushandlungen religiöser Minderheiten³⁴ und über die religiöse Erziehung von Pflege- und Adoptivkindern³⁵; schliesslich auch in Erkenntnissen zur Arbeitsruhe an religiösen Feiertagen³⁶. In einigen Entscheiden hat das Gericht katholische Anliegen gegenüber entgegengesetzten staatlichen Anordnungen geschützt: so etwa in BGE 1 273 ff., wo es den Ausschluss (katholischer) Geistlicher vom Stimmrecht als verfassungswidrig qualifizierte³⁷, in BGE 27 I 331 ff., wo es die motivierte Weigerung eines katholischen Pfarrers, einem geschiedenen und wiederverheirateten Katholiken die Sterbesakramente zu spenden, für strafrechtlich nicht verfolgbar bezeichnete, und endlich in BGE 28 I 18 ff.: hier entschied es, ein Vermögen, welches erbrechtlich einer Nonne zufallen sollte, dürfe nicht aus diesem Grund unter Vormundschaft gestellt werden³⁸. Allerdings anerkannte es später ein verfassungsmässiges Recht des Individuums, über die Art der Beerdigung zu entscheiden und die Kremation zu wählen; dabei stützte es sich aber auf allgemein «naturrechtliche» Erwägungen (BGE 45 I 119 ff., 55 I 127 ff.), nicht etwa auf Art. 49 oder 50 BV, ja es hielt dafür, dass eine Beschränkung dieses Rechts aus konfessionellen Gründen Art. 49 Abs. 4 BV verletze (BGE 57 I 353 ff.).

b) Das Bundesgericht honorierte aber auch die *individualrechtliche Motivierung* der Religionsfreiheit, wie sie der Bundesrat im Zusammenhang mit den Bemühungen um eine „Totalrevision“ der Bundesverfassung vorgetragen hatte. Freilich erkannte das Gericht bald, dass diese Deutung mit jener andern, institutionellen, in Konflikt geraten kann: in den Fällen nämlich,

³³ Vgl. dazu unten § 3.

³⁴ Vgl. vor allem BGE 20 274 ff. und 49 I 138 ff.

³⁵ Vgl. BGE 73 I 110 ff.: keine Verletzung von Art. 49 BV durch Verweigerung der behördlichen Zustimmung zu einer Adoption wegen verschiedener Religionszugehörigkeit der Pflegeeltern und des Kindes, da das Interesse des Kindes, in seiner angestammten Religion weiter erzogen zu werden, höherwertig sei; BGE 75 I 139 ff.: Gutheissung einer Rechtshilfeklage des Kantons Obwalden gegen den Kanton Zürich auf Auslieferung eines bei reformierten Pflegeeltern wohnenden Kindes zur Aufnahme in eine katholische Pflegefamilie; vgl. auch BGE 79 II 344 f., wo das Bundesgericht ein Scheidungsurteil insoweit als rechtswidrig bezeichnete, als es der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt befahl, das ihr zugewiesene Kind katholisch aufzuziehen.

³⁶ Vgl. BGE 27 I 436 ff., 38 I 78 ff.; BURCKHARDT, Bundesrecht, II Nr. 507 I. Zur Frage, ob Sonntagsarbeitsverbote religiösen Charakter haben oder nicht, vgl. die interessante Diskussion zwischen der Mehrheit des Supreme Court in McGowan v. Maryland, 366 US 420 und Arlan's Dept. Store v. Kentucky, 371 US 218: verneinend, und dem in beiden Fällen dissentierenden Justice Douglas: bejahend.

³⁷ In BGE 48 I 24 ff. erklärte es allerdings ein Verbot der Bekleidung eines Dorfpfisters mit der Funktion eines Dorfsekretärs mit Art. 49 und Art. 4 BV für vereinbar, unter ausdrücklicher Berufung auf eine «opinion commune». Vgl. auch BGE 2 178 ff., wo das Gericht entschied, die Freiheit, religiöse Kleider in der Öffentlichkeit zu tragen, sei in der Bundesverfassung nicht garantiert – ein Entscheid, der praktisch nur Katholiken traf.

³⁸ Vgl. auch BGE 20 755 ff. (Heilsarmeeversammlung).

da der Staat religiöse Meinungsäusserungen oder Kulthandlungen einer Minderheit einschränkt oder verbietet mit der Begründung, es drohe andernfalls eine Störung des religiösen Friedens. Dass das Bundesgericht – wenigstens zunächst – in solchen Situationen die *Minderheit* schützte, bedeutete eine grundsätzlich bedeutungsvolle und praktisch fruchtbare judikatorische Leistung. Im Entscheid 12 93 ff. fand es zu ihrer Begründung folgende elegante und durchschlagende Formulierung:

«Die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts darf nun aber gewiss nicht deshalb beschränkt oder aufgehoben werden, weil Dritte dessen berechtigte Ausübung zum Anlass auf Begehung rechtswidriger Handlungen machen... Die verfassungsmässige Gewährleistung (der Freiheit religiöser Versammlungen) muss auch dann und gerade dann ihre Wirksamkeit äussern, wenn es sich um Vereine oder Versammlungen handelt, welche dem Publikum in seiner Majorität oder der Regierungsgewalt nicht sympathisch sind; gerade in solchen Fällen hat sich die verfassungsmässige Garantie des individuellen Rechtes des Bürgers praktisch zu bewähren» (S.108/109; Schutz einer Heilsarmeeversammlung).

In BGE 20 274 ff. anerkannte es darüber hinaus gegenüber einem tessinischen Verbot evangelischer Gottesdienste, die zu Unruhen geführt hatten, einen

«dovere da parte della autorità dello Stato di prendere le misure necessarie per garantirne il primo esercizio».

Dreissig Jahre später fügte jedoch das Gericht dieser These einen entscheidenden Vorbehalt bei: in BGE 49 I 138 ff. urteilte es, die Gefahr von Störungen im Zusammenhang mit religiösen Handlungen einer Minderheit rechtfertige ihr Verbot dann,

«wenn die Ursache der befürchteten Störung in der Kultushandlung selbst, ihrem übermässig aufdringlichen oder aufreizenden Charakter läge, nicht wenn sie eine Folge der Unduldsamkeit Andersgläubiger und rechtswidriger Handlungen dieser ist» – ausser in gestörten Zeiten.

Hier fehlt die eindeutige, mutige Verpflichtung zur Duldung «unsympathischer» religiöser Manifestationen, und man spürt in dem Satz eine gewisse gutbürgerliche Scheu vor dem Ungewöhnlichen, Ausgefallenen in Glaubensdingen³⁹. Vielleicht war es diese Scheu, die das Bundesgericht in vier Entscheiden aus den Jahren 1924–1931 bewogen hat, einschränkende Anordnungen gegenüber der Internationalen Vereinigung ernster Bibelforscher (den Vorgängern der Zeugen Jehovas) zu schützen: Das Bedürfnis der ordentlichen Leute, von Sektierern nicht belästigt zu werden, siegte

³⁹ Der Bundesrat hatte die Unterdrückung mormonischer Werbung geschützt (vgl. SALIS, Bundesrecht, 2. A. III Nr. 991 I und II; BURCKHARDT, Bundesrecht, II Nr. 503), während er sich gegenüber der Heilsarmee etwas grosszügiger zeigte (vgl. SALIS, a. a. O., III, S. 11 ff., 23 ff., 32 ff.).

über den Wunsch der Bibelforscher, durch Kolportieren religiöser Schriften ihren Glauben auszuüben⁴⁰. Auf der gleichen Linie liegt ein früherer Entscheid, nach dem zwar nicht die Durchführung, wohl aber die öffentliche Einladung zu Heilsarmeeversammlungen untersagt werden durfte (BGE 17 352 ff.)⁴¹.

Die Religionsfreiheit hat in dieser Deutung des Bundesgerichts wohl zum Ziel, religiöse Minderheiten und wohl auch Aussenseiter in ihren Kulthandlungen zu schützen, aber im wesentlichen nur, soweit diese Minderheiten ihrerseits einer der grossen christlichen Konfessionen oder einer andern religiösen Gemeinschaft angehören, die in ihrer religiösen Betätigung nicht zu sehr aus dem landesüblichen Rahmen fällt. Die anfängliche Grosszügigkeit des Bundesgerichts gegenüber religiösen Minderheiten, die vor allem der Heilsarmee, aber auch etwa den Mormonen zugute kam⁴², schwand entsprechend bald dahin.

c) Mit dieser Tendenz deckte sich die Neigung des Gerichts, Privilegierungen der *Landeskirchen* zu schützen. Es hielt ausdrücklich fest,

«dass die Kantone befugt sind, Landeskirchen zu errichten, d. h. eine oder mehrere religiöse Denominationen zu Anstalten ihres öffentlichen Rechts zu erheben und als solche mit besondern Rechten und Pflichten auszustatten...» (BGE 21 676).

Diese These wurde in der Literatur durchwegs bestätigt⁴³, sie war historisch begründet und im Hinblick auf die grundsätzliche kantonale Kompetenz zur Gestaltung des Kirchenwesens auch durchaus unanfechtbar. Das Bundesgericht führte aber die darin liegenden Gedanken weiter, als es einen Kanton schützte, der wohl die Landeskirchen, nicht aber andere religiöse Gemeinschaften von der Grundsteuer befreite (BGE 43 I 151 ff.). Sehr bedeutsam ist die Begründung, die es hierfür gab: Die Landeskirchen sind – im Gegensatz zu den Sekten – ihrem ganzen Wesen nach geeignet, die staatlichen Interessen zu fördern, während sich der Staat von den Sekten distanzieren darf und soll,

⁴⁰ Das Bundesgericht schützte darin etwa ein Hausierverbot an Sonntagen, angewendet auf das Kolportieren der ersten Bibelforscher, obwohl diese Tätigkeit ihre einzige Kulthandlung darstellte.

⁴¹ Vgl. auch die beiden Gesundheitsentscheide 38 I 484 ff. und 52 I 254 ff.; im ersten, nicht im zweiten Urteil anerkannte es das Gesundbeten als verfassungsmässig geschützte Kulthandlung.

⁴² In BGE 2 192 ff. hob es ein kantonales Strafurteil wegen Verbreitung mormonischer Broschüren als unzulässigen Eingriff in die Pressefreiheit auf.

⁴³ Vgl. statt vieler J. LANGHARD, a. a. O., S. 42 f.; WALTER BURCKHARDT, Kommentar, S. 470; SALIS, Bundesrecht, 2. A. III Nrn. 1029 ff., 1021 und 1024. Anfänglich übte der Bund eine aktive Aufsicht aus: vgl. SALIS, Bundesrecht, III 2. A. Nr. 1022, S. 11 ff.; BURCKHARDT, Bundesrecht, II Nrn. 509, 510, 511 I.

«weil sie durch ihr Bestehen ja gerade der Zersplitterung der Landeskirchen in die Hände und damit den Absichten, welche den Staat bei deren Errichtung leiteten, entgegenarbeiten» (S.159),

gehört zum Wesen der Landeskirchen ihre finanzielle Unterstützung durch den Staat. Damit wird auch Art.49 Abs.6 BV nicht verletzt, da diese Bestimmung

«gerade dem historisch gewordenen Zustand, nach dem die Bedürfnisse der Landeskirchen zu wesentlichen Teilen aus den allgemeinen Staatseinkünften gedeckt werden, Rechnung tragen und verhindern (wolle), dass die allgemeine Staatssteuer von Dissidenten in einem Umfang angefochten werden könnte, der dem für kirchliche Zwecke verwendeten Teil ihres Ertragnisses entspricht» (S.161)⁴⁴.

Dieser These stimmte die damalige – und teilweise auch noch die heutige – herrschende Meinung zu⁴⁵. Dasselbe galt für eine andere, letztlich sinnverwandte Aussage des Bundesgerichts: nämlich für die These, die schweizerischen Kantone seien auf der christlichen Weltanschauung begründete Gemeinwesen⁴⁶.

Der amerikanische Supreme Court hat die religiösen Minderheiten und Aussenseiter auf Grund des 1. Amendments bedingungslos geschützt. Vor allem Jehovah's Witnesses haben eine lange Reihe von Streitigkeiten vor das oberste Gericht gebracht und dabei über die Auferlegung bürgerlicher Pflichten und über verschiedenste polizeiliche Zwangsmassnahmen beinahe durchwegs obgesiegt⁴⁷.

⁴⁴ Dem entspricht es, dass das Bundesgericht im Bereich des kantonalen Steuerwesens nur eigentliche konfessionelle Spezialsteuern nach Art.49 Abs.6 BV von Andersgläubigen abwehrte, während es im Bereich des kommunalen Abgabewesens den Andersgläubigen auch gegenüber allgemeinen Steuern, von denen ein Teil für die Bestreitung konfessioneller Aufwendungen verwendet wurde, von Verfassungen wegen einen Anspruch auf verhältnismässige Herabsetzung einräumte (vgl. BGE 39 I 26 ff.; vgl. auch BGE 14 159 ff., 13 363 ff. und 10 320 ff., ausserdem 5 320 ff.; anders BGE 1 87 ff.). – Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in drei Entscheidungen vom 14. Dezember 1965 die Heranziehung von Konfessionsfremden zu einer Kultussteuer als Verletzung von Art.2 Abs.1 GG (!) bezeichnet, ebenso generell die Auferlegung einer Kultussteuer auf juristische Personen (DVBl. 1966, S.26 ff.).

⁴⁵ Dies zeigt sich etwa in kantonalen Verfassungsbestimmungen wie derjenigen des Art.71 Abs.1 KV Neuchâtel:

«L'Etat reconnaît l'Eglise réformée évangélique du Canton de Neuchâtel et les paroisses neuchâtoises de l'Eglise catholique romaine et de l'Eglise catholique Chrétienne comme institutions d'intérêt public représentant les traditions chrétiennes du pays et travaillant à son développement religieux.»

⁴⁶ BGE 39 I 262.

⁴⁷ Die Ausnahme betraf die Mitnahme eines Kindes zur öffentlichen Werbearbeit der Sekte, *Prince v. Massachusetts*, 321 US 158. Vgl. zu den Jehovah's Witnesses Cases etwa EDWARD F. WAITE, *The debt of constitutional law to Jehovah's Witnesses*, 28 *Minnesota Law Review*, p.209 ff.; HOLLIS W. BARKER, *Religious liberty v. Police Power: Jehovah's Witnesses*, 41 *American Political Science Review*, p.226 ff.; HUEY B. HOWERTON, *Jehovah's Witnesses and the federal Constitution*, 17 *Miss. Law Journal*, p.347 ff.; WILLIAM

d) Immerhin ist einzuräumen, dass das Schweizerische Bundesgericht *blosse Glaubensbekenntnisse* irgendwelcher Art, sofern sie ernsthaft, massvoll und nicht gerade unsittlich waren, ohne Einschränkung geschützt hat, auch wenn sie in den Ohren ordentlicher Bürger fremd, unsympathisch, vielleicht sogar verletzend tönten.

«Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist das Recht des Einzelnen gegenüber dem Staat, in seiner religiösen Überzeugung keinen Zwang zu erleiden und seine Glaubensansichten äussern zu dürfen» (BGE 73 I 114)⁴⁸.

Auch eigentliche Kritik an abweichenden religiösen Auffassungen ist verfassungsmässig geschützt, sofern sie sachlich, seriös und nicht von einem «esprit de dénigrement» bestimmt ist (BGE 43 I 274 f.):

«eine Schranke ergibt sich, neben dem Gebot der Wahrung der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit, das selbstverständlich auch hinsichtlich der Äusserung von Glaubensansichten Geltung hat..., aus dem Gebote der Achtung der Persönlichkeit des Mitmenschen...» (BGE 35 I 352).

Diese Schranke der religiösen Kritik darf aber, wie das Bundesgericht in spätern Entscheiden präzisiert hat, nicht so weit ausgelegt werden, dass jede negative Äusserung, die von Andersgläubigen als Kränkung ihres religiösen Gefühls empfunden wird, verboten und bestraft werden könnte⁴⁹.

e) In der Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheinen somit beide historischen Motivierungen der Religionsfreiheit: Sicherung des religiösen Friedens und Garantie der Freiheit selbstverantwortlicher (existentialer) Entscheidung im religiösen Bereich. In merkwürdiger Weise sieht sie das Gericht verflochten: Die institutionelle Ausrichtung tritt zurück, wenn Angehörige verschiedener grosser christlicher Konfessionen als Mehrheit und Minderheit feindselig einander gegenüberstehen; aber sie dominiert – wenn auch in abgewandelter Gestalt –, wo sich die ordentlichen, einer

A. ELIAS, Jr., *The Jehovah's Witnesses Cases*, 16 *Kansas City Law Review*, p.140 ff. – Vgl. auch einen neuesten Entscheid *Sherbert v. Verner*, 373 US 398, wo der Supreme Court die Verweigerung einer Arbeitslosenunterstützung an einen Seventh-Day-Adventist «solely because of her refusal to accept employment in which she would have to work on Saturdays» als verfassungswidrig verwarf.

⁴⁸ Vgl. auch BGE 39 I 351 ff., 43 I 268 ff., 73 I 110 ff.; in BGE 42 I 69 ff. beschränkte sich das Gericht darauf, die Glaubens- und Gewissensfreiheit als Recht auf Abwehr staatlichen Zwanges zu einem bestimmten religiösen Verhalten zu umschreiben.

⁴⁹ Vgl. BGE 43 I 274; 57 I 112. Der amerikanische Supreme Court schützte in *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, die Bestrafung eines Sektierers, der einen city marshal beleidigt hatte, mit der Begründung, die verwendeten «fighting words» hätten «such a slight social value as a step to truth that any benefit that might be derived from them was clearly outweighed by the social interest in order and morality». – Zum Recht auf religiöse Kritik vgl. auch SALIS, *Bundesrecht*, 2. A. III Nr.1000 (Fall Dupré), Nr.1001 (Fall Python) und Nr.1002 (Fall Wackernagel); ferner BGE 8 403 ff., 35 351, 40 I 375.

Landeskirche angehöriger Bürger durch ungewöhnliche Glaubensmanifestationen weniger Sektierer belästigt fühlen. Nur im Bereich blosser religiöser Meinungsäusserung deutete das Gericht die Religionsfreiheit konsequent als Individual-Recht: wohl setzte es jeder religiösen Kritik eine Schranke in der Persönlichkeit des Nächsten, aber es sorgte behutsam vor, dass dieser Vorbehalt nicht von besonders empfindlichen Angehörigen einer anerkannten christlichen Konfession missbräuchlich angerufen würde⁵⁰.

Wie untrennbar nach der Überzeugung des Bundesgerichts die individuelle und die institutionelle Ausrichtung der Religionsfreiheit miteinander verbunden sind, zeigen zwei Entscheidungen aus ältester und aus jüngster Zeit, in denen das Gericht die Glaubens- und Gewissens- ebenso wie die Kultusfreiheit als *unverzichtbare und unverjährbare Grundrechte* qualifiziert. Man möchte annehmen, dass diese Privilegierung mit dem Hinweis begründet werde, es handle sich bei der Religionsfreiheit um ein persönlichkeitsessentielles Grundrecht par excellence. Das Bundesgericht aber argumentiert anders:

Zu den unverzichtbaren und unverjährbaren verfassungsmässigen Rechten «gehören alle die Rechte, welche die Verfassung ebenso sehr um der *öffentlichen Ordnung* willen als zum Schutze des Einzelnen gewährleistet: Es handelt sich um die dem Einzelnen zustehenden fundamentalen Rechte der persönlichen Freiheit, der Ehefreiheit, des Verbots des Schuldverhaftes, des Verbots körperlicher Strafen, der Niederlassungsfreiheit und vornehmlich auch der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit» (BGE 93 I 350 ff., 351)⁵¹.

Und noch deutlicher hiess es in BGE 28 I 127 ff.:

Eine Verletzung der unverjährbaren und unverzichtbaren Rechte «implique une atteinte aux principes fondamentaux à la base de l'Etat lui-même» (S.129).

2. Eine so traditionsgebundene Deutung der Religionsfreiheit, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint, schloss grundsätzlich eine Ausdehnung des verfassungsmässigen Schutzes auf religiöses Gebaren ausserhalb der bürgerlichen Ordnung aus – d.h. einer Ordnung, die von den anerkannten christlichen Konfessionen mitbestimmt und mitgetragen wurde (vgl. vor allem Art.49 Abs.5)⁵². Es ist darum durchaus kein Zu-

⁵⁰ Das Bundesgericht hielt entsprechend kantonale Strafbestimmungen, nach denen eine Verletzung des religiösen Gefühls zu ahnden war, für grundsätzlich verfassungsmässig, in einem konkreten Anwendungsfall jedoch für möglicherweise verfassungswidrig (vgl. BGE 57 I 112 ff.); es beschränkte dabei den verfassungsrechtlich zulässigen Strafrechtsschutz auf das Persönlichkeitsgut des persönlichen religiösen Gefühls und schloss eine Bestrafung wegen «Gotteslästerung» im strengen Sinne aus (BGE 39 I 358).

⁵¹ Hervorhebung nicht im Original. Vgl. auch BGE 88 I 265 ff., 267.

⁵² Vgl. auch die beiden von BURCKHARDT (Bundesrecht, II Nr.501) erwähnten abgelehnten Petitionen betreffend die Anerkennung einer Sonderregelung für Dienstverwei-

fall, wenn das Bundesgericht die die Religionsfreiheit eingrenzende öffentliche Ordnung und Sittlichkeit in konstanter Rechtsprechung mit der *allgemeinen Rechtsordnung* gleichgesetzt hat⁵³.

«Die Bundesverfassung gewährleistet die Individualrechte nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen der geltenden Rechtsordnung» (BGE 88 IV 122, unter besonderem Hinweis auf Art.49 Abs.5 BV);

Art.49 Abs.2 BV garantiert Straflosigkeit der Glaubensäusserung,

«soweit sie mit der rechtsordnungsmässigen Beschränkung der Individualrechtssphäre im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens vereinbar ist» (BGE 35 I 353).

Etwas präziser äusserte sich das Gericht immerhin in BGE 38 I 492:

«Die Grenze..., bis zu der durch derartige allgemeine Gebote der Grundsatz der freien Ausübung gottesdienstlicher Handlungen eingeschränkt werden darf, wird da zu ziehen sein, wo schutzwürdige Interessen der Gesamtheit, die beeinträchtigt werden könnten, nicht mehr ersichtlich sind⁵⁴.»

Damit reduzierte das Bundesgericht die Religionsfreiheit in ihrer Rechtswirkung auf ein spezielles Willkürverbot. Freilich hielt es sich im Laufe seiner Rechtsprechung selbst nicht durchwegs an diese Limitierung (vgl. § 3).

Heute lässt es sich nicht mehr rechtfertigen, die institutionelle Ausrichtung der Religionsfreiheit so deutlich der individualen überzuordnen, wie es das Bundesgericht verschiedentlich getan hat; die Wahrung des Friedens zwischen den Konfessionen und die Rücksicht auf das Ruhebedürfnis ordentlicher Bürger können nicht mehr als gesetzgeberische Motive angesehen werden, welche Beschränkungen ungewöhnlicher Glaubenskundgebungen unbedingt rechtfertigen. Einmal ist das Bedürfnis nach derartigem Schutz bei den ordentlichen Bürgern selbst zurückgegangen – im selben Mass, da bei allen Konfessionen die Bereitschaft gewachsen ist, auch den Angehörigen anderer religiöser Gemeinschaften Ernsthaftigkeit zuzubilligen. Vor allem aber lässt sich jene traditionelle Konzeption darum nicht mehr halten, weil deutsches und schweizerisches Verfassungsdenken immer entschiedener von der Erkenntnis ausgeht, dass die autonome indi-

gerer aus Gewissensgründen. Auch heute noch zeigt sich ein grosser Teil des Schweizer Volkes und der eidgenössischen Behörden keineswegs bereit, dem auf eine Sonderstellung gegenüber der altherwürdigen bürgerlichen Ordnung zielenden Anliegen der Dienstverweigerer aus Gewissensgründen Genüge zu tun – ein Traditionalismus, der gerade vom «christlichen Fundament» dieser bürgerlichen Ordnung nicht gefordert, ja nicht einmal gedeckt wird.

⁵³ Vgl. auch BGE 34 I 261, 35 I 353, 49 I 356, 51 I 500, 56 I 439; zur Interpretation des «Sittengesetzes» nach Art.2 Abs.1 GG vgl. BVerfGE 6 389 ff.

⁵⁴ Diese sorgfältigere Formel kehrt in BGE 51 I 485 ff. und ähnlich in den Urteilen über die Arbeit an kirchlichen Feiertagen wieder. Vgl. eine ähnliche Argumentation in einzelnen Entscheiden zur Pressefreiheit: BGE 62 I 223, 60 I 121. – Vgl. die detaillierten Ausführungen in § 3.

viduelle Entscheidung im geistigen und vor allem im religiösen Bereich auf einzigartige Weise persönlichkeitsessentiell ist (vgl. dazu den dritten Teil dieser Arbeit). Von daher erwächst den staatlichen Behörden die Pflicht zu wachen, dass die religiöse Betätigung und das religiöse Bekenntnis eines Einzelnen oder einer Minderheit – im Rahmen einer eng gedeuteten öffentlichen Ordnung – weder de iure noch de facto vom Staat oder von einer Mehrheit unterdrückt werden. Dem Staat ist daher religiöse Neutralität geboten, religiöse Indifferenz aber verwehrt.

Mit der ausdrücklichen Gewährleistung der Glaubens- und der Kulturfreiheit verbietet die Verfassung dem Staat aber auch, das *Glaubensleben an sich* zu unterdrücken. In diesem Sinn ist die Religionsfreiheit institutionelle Garantie nicht als Widerpart, sondern als Grundlage jeden individuellen Anspruchs. Solchermassen gedeutet ist sie bis heute in der Schweiz, Gott sei Dank, nicht umstritten.

§ 2. Die Schutzobjekte der in Art. 49 und 50 BV enthaltenen Garantien

Das Bundesgericht hat zwischen den Schutzobjekten der Art. 49 und 50 BV nicht streng unterschieden, obwohl der Wortlaut der beiden Verfassungsbestimmungen dies zu verlangen scheint. Es hat etwa erklärt, das Recht auf freie Kultusausübung gehöre

«au domaine de la liberté de croyance et de conscience, comme partie intégrale et conséquente de ce droit, et en particulier à celui de la liberté des cultes»

(BGE 13 10); es hat auch beide Freiheitsrechte grundsätzlich denselben Schranken unterstellt. Hingegen entschied es, dass der *Ungläubige* wohl die Glaubens- und Gewissensfreiheit, nicht aber die Kultusfreiheit anrufen könne, weil sich nur derjenige, der eine gottesdienstliche Handlung ausübe, auf Art. 50 BV berufen dürfe (BGE 35 I 700; vgl. auch 43 I 274)⁵⁵. Leider hatte sich das Bundesgericht nie mit der Frage zu beschäftigen, ob auch Angehörige nichtchristlicher und nichtjüdischer Religionen die Kul-

⁵⁵ Mit der Anwendung der Glaubensfreiheit auf Ungläubige folgte das Bundesgericht ALEXANDRE VINET (*Mémoire en faveur de la liberté des cultes*, éd. Lausanne 1944, S. 41 ff.); in der modernen schweizerischen und ausländischen Literatur ist die Frage wiederum sehr umstritten: sie wird verneint etwa von HANS KORNER, *Das Recht der freien Meinungsäußerung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit*, Diss. Freiburg i. Ü. 1937, S. 49; HEINRICH SCHOLLER, *Die Freiheit des Gewissens*, Berlin 1958, S. 196; WALTER HAMEL, *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, a. a. O., S. 64; dazu kritisch ADALBERT PODLECH, *Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat*, AöR Bd. 88 1963, S. 185 ff., 200 ff. Aus der älteren Literatur vgl. die negativen Äusserungen J. LANGHARDS, a. a. O., S. 135 f., und L. R. VON SALIS, *Religionsfreiheit*, a. a. O., S. 12/13.

tusfreiheit für sich in Anspruch nehmen können, ob ein Beschwerdeführer wenigstens einer monotheistischen Religion angehören müsse; die Entscheide BGE 33 I 723 ff. (Hühnerschächten) und 38 I 484 ff. (Gesundbeten) scheinen zwar auf einer sehr weiten Interpretation des Gottesdienstbegriffs zu beruhen, aber in beiden Fällen bekannten sich die Rekurrenten zu einer monotheistischen Religion⁵⁶.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Begriffe des «Glaubens», des «Gewissens» und der «Religionsausübung» (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) im weitesten Sinne interpretiert (vgl. BVerfGE 12 1 ff. und 24 236 ff.)⁵⁷ und darin religionsfreie und religionsfeindliche Weltanschauungen eingeschlossen⁵⁸. Die amerikanischen Gerichte verlangten von Dienstverweigerern aus religiösen Gründen das Bekenntnis zu einem «transzendenten Wesen»⁵⁹; allein in *Torcaso v. Watkins*, 367 US 488, erklärte der Supreme Court eine Bestimmung der Verfassung von Maryland für bundesverfassungswidrig, die die Ablegung eines Eids auf den Glauben an Gott zur Voraussetzung für die Bekleidung eines öffentlichen Amtes machte. Justice Black, der den Entscheid schrieb, hielt fest, dass die Gliedstaaten weder Religiosität an sich, noch gar ein spezifisch gottgläubiges Bekenntnis gesetzlich zu fordern befugt seien; als in den USA vertretene Religionen, die keinen Glauben an Gott lehrten, nannte er Buddhismus, Taoismus, Ethical Culture, Secular Humanism und andere⁶⁰. In einem neuen Entscheid schliesslich (*US v. Seeger*, 380 US 163) entschied das Gericht, «religion» im Sinne des Selective Service Act schliesse «a sincere and meaningful belief» auch dann ein, wenn der Betreffende nicht an Gott glaube.

Das Bundesgericht hat sich – mit der erwähnten Ausnahme für die Ungläubigen – zu Recht nicht auf die Diskussionen eingelassen, welches individuelle Verhalten unter Art. 49 und welches unter Art. 50 zu subsumieren sei.

«Ein Ausschluss der Kultusfreiheit . . . aus dem Kern der Bekenntnisfreiheit würde diese weitgehend illusorisch machen⁶¹.»

Diese Diskussionen sind durchaus unfruchtbar. Die seit einiger Zeit in der Schweiz herrschende religiöse Ruhe hat dem Bundesgericht freilich

⁵⁶ Ähnlich schon der Bundesrat, SALIS, *Bundesrecht*, 2. A. III Nr. 987 (Fall des Mormonenpredigers Loosli).

⁵⁷ Zum «Lumpensammler-Entscheid» (BVerfGE 24 236 ff.) vgl. PETER HÄBERLE, *Grenzen aktiver Glaubensfreiheit*, DÖV 1969, S. 385 ff.

⁵⁸ Vgl. hierzu die Diskussion zwischen WALTER HAMEL, *Glaubens- und Gewissensfreiheit a. a. O.*, S. 58 ff. und ADALBERT PODLECH, a. a. O., S. 200 ff., über den Schutzgegenstand des Art. 4 GG. ULRICH SCHEUNER postuliert neuerdings, dass für die Interpretation von Art. 4 GG deutlicher zwischen Religions- und Gewissensfreiheit differenziert werde (S. 588). Auch eine neue Darstellung der Gewissensfreiheit geht davon aus, dass diesem Grundrecht eine eigene, spezifische Grund-Idee zuzuerkennen sei (NIKLAS LUHMANN, *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, AöR Bd. 90 1965, S. 257 ff.).

⁵⁹ Vgl. *Berman v. United States*, 156 Fed. 2nd 377; *United States v. Bendik*, 220 Fed. 2nd 249; vgl. auch die concurring opinion von Justice FRANKFURTER in *McGowan v. Maryland*, 366 US 420.

⁶⁰ Vgl. hierzu etwa PAUL G. KAUPER, *Church and State: Cooperative Separatism*, 60 *Michigan Law Review*, p. 1 ff., insbesondere p. 3, 8 f.

⁶¹ ULRICH SCHEUNER, a. a. O., S. 589.

auch die Gelegenheiten vorenthalten, genau zu umschreiben, was es unter Glauben und Gewissen und vor allem unter gottesdienstlichen Handlungen, im Lichte des modernen Ökumenismus, zu verstehen bereit ist. Die Frage, ob und wie weit die Religionslosen die Religionsfreiheit anrufen können, ist schwierig. Eine völlige Substituierung der «Weltanschauung» für «Glauben» und «Gottesdienst» würde jedenfalls einer Verfassung widersprechen, die eine Glaubens- und Gewissens- und eine Kultusfreiheit ausdrücklich gewährleistet.

§ 3. Die Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in die Religionsfreiheit

A. Die materiellen Voraussetzungen für staatliche Eingriffe

1. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit darf nach Art. 49 BV nicht so ausgeübt werden, dass dadurch bürgerliche oder politische Rechte Anderer verletzt würden (Art. 49 Abs. 4)⁶², und sie entbindet nicht von der Erfüllung bürgerlicher Pflichten (Art. 49 Abs. 5)⁶³. Die Kultusfreiheit ist «innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung» gewährleistet (Art. 50 Abs. 1 BV), und Bund und Kantone können Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Ordnung und des öffentlichen Friedens unter den Konfessionen ergreifen (Art. 50 Abs. 2). – Der Formulierung der Grundrechtsschranken in Art. 49 und 50 BV haftet etwas Zufälliges an. Mit Recht hat sie das Bundesgericht sehr frei gedeutet: Schon früh entschied es, dass den Vorbehalten des Art. 50 Abs. 1 und 2 BV auch die Äusserung von Glaubensansichten im Sinne von Art. 49 BV unterliege⁶⁴.

⁶² Vgl. BGE 50 I 174.

⁶³ Die Revisionsbotschaft des Bundesrates von 1870 (17. Juni, Bundesblatt 1870 II 665 ff., 691) zeigt deutlich, dass mit der Formulierung der Schranken in Art. 49 BV der Vorrang ganz bestimmter bürgerlicher Pflichten, wie etwa der Wehrpflicht, der Schulpflicht usw. statuiert werden sollte.

Ein religiöser Eid darf nach der Praxis richtigerweise nicht im Sinne einer bürgerlichen Pflicht obligatorisch erklärt werden: vgl. SALIS, Bundesrecht, 2. A. III Nrn. 994, 995; BGE 4 378 ff.

Bemerkenswerterweise hat das deutsche Bundesverfassungsgericht wiederholt (zuerst in einem Beschluss vom 4. Oktober 1965, NJW 1965 II, S. 2195, vgl. auch BVerfGE 23 127 ff., 24 1 ff.) entschieden, die Verpflichtung eines Kriegsdienstverweigerers, einen Ersatzdienst zu leisten, verletze das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht; dazu eine kritische Anmerkung von ADOLF ARNDT, a. a. O. – Das Bundesgericht hat die Forderung eines Adventisten, sein Kind vom Schulbesuch am Samstag zu befreien, abgelehnt (BGE 66 I 157 ff.) und religiöse Einwände gegen die Militärpflichtersatz-Leistung verworfen (BGE 88 IV 121 ff.).

⁶⁴ Vgl. BGE 34 I 260, 35 I 352, 50 I 174.

Das Bundesgericht ist aber auch insofern über die Formulierung der Schranken in Art. 49 und 50 BV hinausgegangen, als es jeder Ausübung der Religionsfreiheit das Gebot entgegengesetzte, *die Persönlichkeit des Andern zu achten*⁶⁵. Diesen zusätzlichen Vorbehalt hat es bald mit allgemeinen Erwägungen begründet, d. h. aus dem Begriff der Sittlichkeit abgeleitet (BGE 35 I 352 ff.), bald – mit einem Hinweis auf die verfassungsmässige Pflicht zur Wahrung des konfessionellen Friedens – aus dem Prinzip der Glaubens- und Gewissensfreiheit selbst deduziert (BGE 35 I 702). – Dieser Rechtsprechung liegt eine bedeutende judikatorische Leistung zugrunde. Vergleichbare Entscheide finden sich in der bundesgerichtlichen Praxis zur Pressefreiheit. Der Vorbehalt der «Rechte Anderer» erscheint zwar – und erschien bereits den Schöpfern der klassischen Menschenrechtsdeklarationen – als verfassungsrechtliches Apriori; aber es ist doch bemerkenswert, mit welcher Sicherheit und Selbstverständlichkeit das Bundesgericht auch hier wieder den zufälligen Verfassungstext «ergänzte».

2. Es wurde bereits bemerkt, dass das Bundesgericht die die Religionsfreiheit begrenzende öffentliche Ordnung und Sittlichkeit mit der *allgemeinen Rechtsordnung* gleichgesetzt hat. Gelegentlich zog es diesem Generalvorbehalt dort wiederum eine Grenze,

«wo schutzwürdige Interessen der Gesamtheit, die beeinträchtigt werden könnten, nicht mehr ersichtlich sind» (BGE 38 I 492).

Ohne Einschränkung unterstellte das Gericht die religiöse Werbetätigkeit, die sich gewerblicher Formen bedient, der Gewerbegesetzgebung⁶⁶ und forderte lediglich, dass eine (Hausier- oder Kollektier-) Patenttaxe nicht prohibitiv sei⁶⁷. Ebenso schützte es die Anwendung allgemeiner Polizeivorschriften, die Leben und Gesundheit unmittelbar zu schützen bestimmt waren, auf religiöse Handlungen und wies daher etwa staatsrechtliche Beschwerden ab, welche sich gegen ein Verbot religiöser Versammlungen in seuchenbedrohter Gegend und gegen ein Strafurteil wegen Heilens durch Handauflegungen ohne Bewilligung zur Ausübung des ärztlichen Berufs richteten⁶⁸. Im Entscheid BGE 49 I 138 ff. bezeichnete das

⁶⁵ Vgl. vor allem BGE 49 I 356 ff.

⁶⁶ Vgl. BGE 12 93 ff., 36 I 236 ff., 50 I 369 ff., 431 ff.

⁶⁷ BGE 56 I 431 ff. Als unzulässig qualifizierte das Gericht auch ein Verbot des Kolportierens religiöser Traktate wegen Bettelerei, 35 I 685.

⁶⁸ Im Entscheid 49 I 356 ff. ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht das Verbot individueller religiöser Tätigkeit ausdrücklich und entgegen der kantonalen Auffassung als unzulässig erklärte. – In BGE 33 I 723 ff. hielt es Tierquälerei (Schächten unter bestimmten Umständen) für nicht von der Kultusfreiheit gedeckt. – In einen ähnlichen Zusammenhang gehören auch die bundesgerichtlichen Entscheide zum Sonntagsarbeitsverbot (vgl. BGE 20, 269 ff., 35 I 718 ff., 54 I 98 ff.).

Gericht zwar ein allgemeines Prozessionsverbot als unzulässig, nicht aber die Bewilligungspflicht für Prozessionen, weil diese eine «neue, besondere» Art der Nutzung öffentlicher Strassen bedeuteten und darin dem Aufstellen von Marktständen und dergleichen ähnlich seien! Bei Kultushandlungen sei die Bewilligungspflicht überdies durch das spezifische Interesse des Staates an der Wahrung des religiösen Friedens in besonderem Mass gerechtfertigt. Ja im Bibelforscher-Urteil BGE 50 I 369 ff. entschied es, religiöse Propaganda in Form des Hausierhandels dürfe zwar nicht ganz verboten, ihre Bewilligung aber an strengere Bedingungen geknüpft werden als diejenige für säkulares Hausieren (S.378):

Denn die mit dem Hausieren verbundene Zudringlichkeit, die bei gewöhnlichen Waren noch erträglich ist, wird «beim Feilbieten religiöser Schriften zu Propagandazwecken leicht als eine nicht zu dulden Belästigung empfunden».

Das Bundesgericht verkannte keineswegs, dass es mit dem Vorbehalt der allgemeinen Rechtsordnung die Freiheitsrechte der Art. 49 und 50 BV zu speziellen Willkürverboten abschwächte. In BGE 49 I 356 ff. bezeichnete es sogar ausdrücklich als Ausfluss der Kultusfreiheit das Gebot,

«dass die allgemeinen Verbote der kantonalen Rechtsordnung gegenüber Kultushandlungen nicht strenger gehandhabt werden dürfen als gegenüber andern ihnen gleichzustellenden Veranstaltungen» (S.365)⁶⁹.

Allein nicht einmal diesen Anspruch auf Gleichbehandlung gewährte es den in ihren religiösen Tätigkeiten Behinderten durchwegs, wie die genannten Entscheide, vor allem das Bibelforscher-Urteil 50 I 369 ff., zeigen.

Die bundesgerichtliche These, die Glaubenshandlungen seien notwendig «an die der Handlungsfreiheit der Individuen im Staat allgemein gesetzten Schranken gebunden, da ja die staatliche Garantie der Glaubensfreiheit nicht das einzige, oberste Staatsprinzip darstellt, sondern lediglich Geltung hat im Rahmen der gesamten staatlichen Rechtsordnung» (BGE 39 I 260),

ist in dieser Allgemeinheit durchaus problematisch. Sie ist weder aus dem Begriff der «bürgerlichen Pflichten» noch aus dem der «öffentlichen Ordnung» zwingend abzuleiten: Jene bedeuten – gerade nach Massgabe der Materialien – zunächst ganz bestimmte staatsbürgerliche Aufgaben, und «öffentliche Ordnung» ist im ordentlichen verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch nicht mehr als ein Sammelbegriff für die «Polizeigüter». Ein genereller Gesetzesvorbehalt ist weder mit der spezifisch personellen noch mit der institutionellen Ausrichtung der Religionsfreiheit verein-

⁶⁹ Bisweilen hat das Bundesgericht dort, wo es eine bestimmte religiöse Handlung mit ähnlichen Handlungen von Angehörigen anderer religiöser Richtung oder mit ähnlichen Handlungen nichtreligiöser Art vergleichen konnte, sehr stark auf das Moment der Rechtsgleichheit abgestellt (vgl. BGE 20 744 ff.; 36 I 685 ff., 54 I 104).

bar⁷⁰. Es wird damit der religiösen Manifestation die «preferred position» vorenthalten, die ihr vor andern Ausstrahlungen der Persönlichkeit zukommt. Überdies besteht die – nicht nur potentielle, sondern aktuelle – Gefahr, dass die allgemeine Rechtsordnung in allzu exklusiver Weise den herrschenden religiösen Anschauungen Rechnung trägt, d.h. auf die Anliegen der grossen christlichen Konfessionen hin angelegt ist, und damit die Freiheit religiöser Betätigung für die «Sekten» über den Rahmen des strikten Polizeilichen hinaus einschränkt⁷¹. Der Gedanke des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes ist daher von einer modernen Deutung der Religionsfreiheit her nicht mehr zu rechtfertigen. Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung jene historische Konzeption perpetuiert und in den letzten Jahrzehnten kaum mehr Gelegenheit gefunden, sie grundsätzlich neu zu überdenken.

3. Das *Verhältnismässigkeitsprinzip* findet sich nur selten als ausdrückliche Eingriffsvoraussetzung (vgl. etwa BGE 49 I 356 ff.).

Im Unterschied dazu hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit gerade unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips einen höchst bemerkenswerten Entscheid gefällt: In BVerfGE 23 127 ff. hat es zwar bestätigt, dass das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht zur Verweigerung des zivilen Ersatzdienstes berechtige, dass aber andererseits der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und des Übermassverbotes Strafen verböten,

«die durch ihre Härte geeignet sind, die Persönlichkeit des Gewissenstäters zu brechen».

⁷⁰ Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht die Gleichsetzung der öffentlichen Ordnung mit der allgemeinen Rechtsordnung deutschem Verfassungsdenken – wie es sich etwa in Art. 135 der Weimarer Verfassung manifestiert hat, vgl. GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. A., Berlin 1933, S.621 f. – entlehnt hat, obwohl solche Anleihen in der älteren schweizerischen Verfassungsrechtsliteratur gerade für das Problem des allgemeinen Gesetzesvorbehalts durchaus nachzuweisen sind (vgl. etwa L. R. VON SALIS, Die Religionsfreiheit in der Praxis, a. a. O., S. 12 ff.; DAVID STREIFF, Die Religionsfreiheit und die Massnahmen der Kantone und des Bundes gemäss Art. 50 Abs. 2 der Bundesverfassung, Zürich 1895, S. 22 ff. Vgl. auch ULRICH LAMPERT, a. a. O., I, S. 121). – Jedenfalls fehlen in den einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden Hinweise auf die deutsche Doktrin.

⁷¹ Dies ist der Argumentation FLEINER/GIACOMETTIS (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 332 Anm. 97) entgegenzuhalten, nach der die staatliche Rechtsordnung gar keine Pflichten begründen kann, die in offensichtlichem Widerspruch zur herrschenden religiösen Anschauung ständen. – WALTER BURCKHARDT (Kommentar, S. 447) wirft Bundesrat und Bundesgericht mit Recht vor, sie hätten sich «oft zu einseitig auf den formalen Satz berufen, dass die Rechtsordnung den Glaubensansichten vorgehe...; nicht jede Rechtsvorschrift, weil Rechtsvorschrift, steht im Einklang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit; sie muss den bestehenden Glaubensansichten auch billig Rechnung tragen...».

4. Die Aktualität der Gefahr

Wie im Wirkungsbereich der Pressefreiheit ist auch hier die Frage praktisch sehr wichtig, wie gross und aktuell die Gefährdung der «öffentlichen Ordnung» erscheinen muss, damit sich behördliches Einschreiten gegen religiöse Äusserungen und Handlungen verfassungsmässig rechtfertigt.

Besonders aufschlussreich ist die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zu dieser Frage; sie soll im folgenden kurz geschildert werden, und zwar auch, soweit andere ideelle Grundrechte als die Religionsfreiheit berührt sind.

Der Supreme Court entwickelte zunächst in Fällen, die *staatsgefährdende Meinungsäusserungen* betrafen, den «*clear and present danger test*», d.h. er gestattete einen Eingriff in die Meinungsfreiheit bloss, wenn ein clear and present danger für die staatliche Sicherheit nachgewiesen war (Schenck v. United States, 249 US 47)⁷². Bald wich er aber davon ab zugunsten eines «sufficient danger of substantive evil»-Tests⁷³; dieser neue Test verringerte die Schutzkraft des Grundrechts, was die Justices HOLMES und BRANDEIS zu fortgesetzten Dissenting Opinions veranlasste⁷⁴. – In einigen späteren Entscheidungen wurde der clear and present danger test formell wieder aufgenommen, in Wirklichkeit aber zu einem Abwägen zwischen dem Gewicht des einschlägigen Individualrechts und dem des bedrohten öffentlichen Anliegens umgestaltet⁷⁵; im berühmten Dennis-Case (Dennis v. United States, 341 US 494) stellte der Supreme Court wiederum anders darauf ab, ob die «gravity of the, evil' was discounted by its improbability» (mit dissenting opinions zweier entschiedener Vorkämpfer für einen möglichst weitgehenden Schutz der ideellen Freiheitsrechte, der Justices BLACK und DOUGLAS). In Yates v. United States, 354 US 298, wie auch schon in De Jonge v. Oregon, 299 US 353, verlangte das Gericht als Voraussetzung für behördliche Eingriffe, dass die verfolgten Äusserungen und Handlungen geeignet seien «to incite to action». Mit einer neuesten These (zuerst entwickelt in Aptheker v. Secretary of State, 378 US 500, dann übernommen in Elfbrandt v. Russell, 384 US 11) folgt der Supreme Court dieser Linie: danach

«those who join an organisation but do not share its unlawful purposes and who do not participate in its unlawful activities surely pose no threat either as citizens or as public employees» (Elfbrandt v. Russell, a. a. O., S. 17).

Mit dieser Ablehnung einer «guilt by association doctrine» erzielte das Gericht ein wertvolles Ergebnis, schuf aber nicht gerade leicht zu handhabende Entscheidungskriterien; es verschärfte damit wiederum die verfassungsmässigen Anforderungen an den Kairoos staatlichen Eingreifens.

⁷² Zur Entwicklung des clear and present danger test vgl. MILTON R. KONVITZ, *Fundamental liberties of a Free People*, 1957, S. 280 ff.

⁷³ Vgl. Gitlow v. New York, 268 US 652; Abrams v. United States, 250 US 61; Whitney v. California, 274 US 357 usw.

⁷⁴ Vgl. dazu ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and its relation to self-government*, 1948, S. 50 ff.

⁷⁵ Vgl. American Communications Association, CIO v. Douds, 339 US 382; Konigsberg v. State Bar of California, 353 US 252; Uphaus v. Wyman, 360 US 72; Barenblatt v. United States, 360 US 109; Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board, 367 US 1, at 93 ff.

In Fällen, in denen nicht die Sicherheit des Staates, sondern «bürgerliche Polizeigüter» gefährdet erschienen, wendete der Supreme Court den clear and present danger test länger an⁷⁶. Dann aber entschärfte er ihn auch hier (zuerst in Beard v. Alexandria, 341 US 622), liess in Beauharnais v. Illinois (343 US 250) einen «certain danger of violence and breach of peace» oder – zurückgehend auf Giboney v. Empire Storage and Ice Co., 336 US 490 – «a grave offence against an important public law» und schliesslich sogar «actual malice» (New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254) genügen.

In Fällen, die die *Religionsfreiheit* betrafen, verwendete der Supreme Court in der Regel einen «balance test», d.h. er wog zwischen den entgegengesetzten Anliegen ab:

«We are faced in the instant case with the necessity of weighing the conflicting interests of the appellant in the civil rights she claims, as well as the right of the individual householder to determine whether he is willing to receive her message, against the interest of the community which by this ordinance offers to protect the interests of all of its citizens, whether particular citizens want that protection or not» (Martin v. Struthers, 319 US 141, 143)⁷⁷.

Der clear and present danger test fand in diesem Bereich nur vereinzelt Anwendung: So in Cantwell v. Connecticut (311 US 296), wo das Gericht präventive oder strafrechtliche Eingriffe in die Religionsfreiheit bloss dann als zulässig erklärte,

«when clear and present danger of riot, disorder, interference with traffic upon the public streets, or other immediate threat to public safety, peace or order appears»,

in Taylor v. Mississippi (319 US 583) und im berühmten «flag salute case» West Virginia Board of Education v. Barnette (319 US 624) sowie in verschiedenen Entscheidungen unterer Gerichte⁷⁸.

In gewissen Fällen hat der Supreme Court Einschränkungen der Religions- oder der Meinungsäusserungsfreiheit auch dann aufgehoben, wenn sie auf ein «previous censorship» hinausliefen⁷⁹, oder wenn die Gesetze oder Verordnungen, die die Einschränkung gestatteten, keine genügenden Kriterien für das be-

⁷⁶ Vgl. Thornhill v. Alabama, 310 US 88; Bridges v. California, 314 US 252; Pennekamp v. Florida, 328 US 331; Craig v. Harney, 331 US 367; Terminiello v. City of Chicago, 337 US 1; Feiner v. New York, 340 US 315.

⁷⁷ Vgl. weiter in diesem Sinn: Jacobson v. Massachusetts, 197 US 11; Schneider v. Town of Irvington, 308 US 147; Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568; Jamison v. Texas, 318 US 413; Prince v. Massachusetts, 321 US 158; Hamilton v. Regents of the University of California, 293 US 245; Girouard v. United States, 328 US 61; Reynolds v. United States, 98 US 145; Davis v. Beacon, 133 US 333; Cleveland v. United States, 329 US 14; Braunfeld v. Brown, 366 US 599 und Gallagher v. Crown Coshier Super Market, 366 US 617 usw. – Ganz vereinzelt hat der Supreme Court auch auf den «evil purpose» des Individuums abgestellt, das sich auf das 1. Amendment berief, so in Taylor v. Mississippi, 319 US 583, und Wieman v. Updegraff, 344 US 183. – Vgl. dazu neuerdings DONALD GIANELLA, *Religious liberty, nonestablishment and doctrinal development*, 80 Harvard Law Review, p. 1381 ff.

⁷⁸ Vgl. Sallers v. Johnson, 163 Fed. 2nd 877, und Holcomb v. Armstrong, 39 Wash. 2nd 860.

⁷⁹ Vgl. Lovell v. City of Griffin, 303 US 444; Schneider v. Town of Irvington, 308 US 147 (No. 11); Curtis Publ. Co. v. Butts, 388 US 130.

hördliche Eingreifen lieferten («sufficient standard test»)⁸⁰, oder wenn die Einschränkungen diskriminatorischen Charakter hatten⁸¹.

Die Rechtsprechung des Supreme Court zeigt also in allen Wirkungsbereichen des 1. Amendments eine schrittweise Abschwächung des clear and present danger test: die Rechtfertigung verschiedenster Eingriffe wurde den Behörden beinahe von Entscheid zu Entscheid erleichtert, und erst in den letzten Jahren zeichnet sich teilweise eine umgekehrte Tendenz ab⁸².

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts offenbart sich eine ähnliche Tendenz⁸³. In seinen Urteilen 2 192 ff. und 34 I 259 ff. entschied es, die Propaganda der Mormonen sei durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützt, solange die Polygamie bloss verteidigt, nicht aber zur Vielweiberei aufgefordert werde. Auf einer ähnlichen Linie liegt der Entscheid BGE 12 93 ff.:

Die Polizei mag berechtigt sein, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, des Lebens und des Eigentums der Bürger etwa eine einzelne Versammlung aufzuheben, wenn sie die Versammlungsteilnehmer nicht schützen kann. «Dagegen geht es nicht an, dass die Staatsgewalt sich ihrer Aufgabe, die durch rechtswidrige Handlungen Dritter gefährdete Ausübung der Vereins- und Versammlungsrechte zu schützen, dadurch entledige, dass sie die betreffenden bedrohten Versammlungen einfach verbietet» (S.108/109).

Noch im Entscheid BGE 49 I 138 ff. erklärte das Gericht zwar, aus der Möglichkeit einer Verletzung des religiösen Empfindens Andersgläubiger dürfe noch nicht auf eine Störung des öffentlichen religiösen Friedens geschlossen werden, solange die vorgesehene Kulthandlung (Prozession einer katholischen Minderheit) weder aufdringlich noch aufreizend sei und auch nicht Zeiten aussergewöhnlicher konfessioneller Aufregung herrsch-

⁸⁰ Vgl. *Largent v. Texas*, 318 US 418; *Saia v. New York*, 334 US 558; *Kunz v. New York*, 340 US 290; *Poulos v. New Hampshire*, 345 US 395; in nichtreligiösen Angelegenheiten vgl. *Hague v. CIO*, 307 US 496; *Kovacs v. Cooper*, 336 US 77; *Cox v. Louisiana*, 379 US 536; *Baggett v. Bullitt*, 377 US 360; *Keyishian v. Bd. of Regents of Univ. of N. Y.*, 385 US 589; *Whitehill v. Elkins*, 389 US 54, *Interstate Circuit Inc. v. City of Dallas*, 390 US 676.

⁸¹ Vgl. *Fowler v. Rhode Island* 345 US, 67; *Cox v. New Hampshire*, 312 US 569.

⁸² Zu den Unterschieden in der Rechtswirkung, die der Supreme Court den einzelnen im 1. Amendment gewährleisteten Grundrechten zugebilligt hat, vgl. PETER SALADIN, *Relative ranking of the preferred freedoms: religion and speech*, *Religion and the public order* 1964, Chicago and London, S.149 ff.

⁸³ Der Bundesrat neigte dazu, Eingriffe in die Religionsfreiheit erst zuzulassen, wenn etwa eine Störung oder Gefährdung des religiösen Friedens «tatsächlich bewirkt» worden war (vgl. BURCKHARDT, *Bundesrecht*, II Nr. 511 I; vgl. auch die Vorstösse des Bundesrates zur Milderung und Beseitigung der kantonalen Vorschriften gegen die Heilsarmee, SALIS, *Bundesrecht*, III 2. A., S. 14 ff.). Dieses Kriterium entspricht etwa dem amerikanischen clear and present danger test. Andererseits schützte der Bundesrat die Bestrafung des J. V. LOOSLI wegen seiner Werbung für den Mormonismus (SALIS, *Bundesrecht*, 2. A. III Nr. 991 II), und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement verneinte in einem Gutachten die Frage, ob zehn Mormonen-Missionaren die Einreise in die Schweiz zu gestatten sei, aus ähnlichen Erwägungen.

ten. Schon in BGE 35 I 693 ff. hatte es jedoch entschieden, die Bestrafung von Handlungen, die zur Störung des religiösen Friedens geeignet seien, verstosse nicht gegen Art. 49 BV⁸⁴; und in zwei Bibelforscher-Entscheiden verschärfte es diese Rechtsprechung: In BGE 50 I 369 ff. billigte es Verweigerung und Entzug von Hausierbewilligungen, wenn die Propaganda einer Sekte unweigerlich zur Belästigung des Publikums führe, und in BGE 54 I 98 ff. liess es den Umstand, dass eine religiöse Tätigkeit wie das Kolportieren religiöser Schriften die Sonntagsruhe zu stören geeignet sei, als Grund für eine Bestrafung genügen. Stillschweigend folgte das Gericht dieser These auch überall dort, wo es religiöse Tätigkeiten ohne Einschränkung den präventiven Gewerbepolizeivorschriften unterstellte⁸⁵.

Praktisch bewirkte diese Rechtsprechung eine erhebliche Aufweichung des Grundrechtsschutzes. In der These, wonach erst eine aktuelle und schwere Gefahr für die staatliche Sicherheit oder für ein «bürgerliches Polizeigut» staatliches Eingreifen zu rechtfertigen vermöge, ist eine spezielle Ausstrahlung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu sehen. Eine eingehendere Analyse dieses dogmatischen Zusammenhanges hätte das Bundesgericht vielleicht auch zu einer wachsameren Rechtsprechung bewogen.

B. Formelle Voraussetzung für staatliche Eingriffe: das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

So bereitwillig das Bundesgericht die «öffentliche Ordnung» mit der allgemeinen Rechtsordnung gleichgesetzt hat, so wenig erscheint in seiner Rechtsprechung das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage als Voraussetzung für Eingriffe in die Religionsfreiheit. Das Legalitätsprinzip fristet in der Praxis zur Religionsfreiheit eine Randexistenz – noch extremer als in derjenigen zu den übrigen ideellen Grundrechten. Dies ist ein merkwürdiges Phänomen, dem in grösserem Zusammenhang (vgl. den zweiten Teil dieser Arbeit) nachgegangen werden soll.

§ 4. Die Horizontalwirkung der Religionsfreiheit

1. Eine vorurteilslose Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Religionsfreiheit vermittelt besonders wertvolle Aufschlüsse zum Problembereich der «Drittwirkung» von Grundrechten. Einem bedeutenden Teil der staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung der Religions-

⁸⁴ Vgl. auch BGE 50 I 177.

⁸⁵ Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen im Kapitel über die Pressefreiheit.

freiheit lag nicht ein Spannungsverhältnis zwischen einem Individuum und einer wenig konkreten «Öffentlichkeit» zugrunde, sondern vielmehr eine Auseinandersetzung zwischen zwei bestimmten Individuen (religiöse Kritik) oder zwischen einer konkret fassbaren religiösen Mehrheit und einer eng umgrenzten Minderheit in einer Gemeinde (Kulthandlungen einer christlichen Minderheit oder einer Sekte). Die in diesen Fällen angefochtenen staatlichen Verfügungen und Rechtssätze waren «Vermittlungsakte». Sie dienten als formelle Anknüpfungspunkte für ein verfassungsrechtlich begründetes Begehren an den Staat, er möchte davon absehen, die Unduldsamkeit einer oppositionellen religiösen Mehrheit gegenüber bestimmten Glaubenshandlungen zu sanktionieren; mittelbar war das Begehren also auf *Schutz vor solcher Unduldsamkeit* gerichtet. Dies ist eine typische «Drittwirkungs»-Situation; denn das verfassungsrechtliche Problem der Horizontalwirkung wird hauptsächlich dann aktuell, wenn der Staat aufgerufen wird, Verstösse Privater gegen den in einem Freiheitsrecht ausgedrückten Leitgrundsatz zu verhindern oder zu ahnden (vgl. dazu den zweiten Teil dieser Arbeit).

Das Bundesgericht hat eine solche Horizontalwirkung der Religionsfreiheit bejaht, als es den kantonalen Behörden die Pflicht auferlegte, verfassungsmässig geschützte Kulthandlungen religiöser Minderheiten gegenüber einer aufgebrachtten Masse zu schützen (BGE 20 274 ff. und 744 ff.).

«Bezüglich privater Versammlungen der Heilsarmee hat ... der früher in Sachen kompetente Bundesrat stets an dem Grundsatz festgehalten, dass dieselben nicht bloss gestattet, sondern geradezu unter den Schutz der Behörden und ihrer Organe gestellt seien und so ein bezügliches Verbot dem Prinzip der Kultusfreiheit widerspreche.» Das Bundesgericht folgt hierin dem Bundesrat (BGE 20 744 ff., 751/752). (Vgl. auch – weniger deutlich – BGE 49 I 138 ff.).

Die verfassungsmässige Pflicht der Behörden zur Wahrung oder zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung durch Bändigung des Störers bewirkt notwendig positiven Schutz für den Gestörten. – In seiner spätern Praxis zur Religionsfreiheit hat das Bundesgericht diesen Minderheitenschutz freilich preisgegeben. Vor allem in den Bibelforscher-Entscheidungen hat es den Gedanken vernachlässigt, dass die Religionsfreiheit als Grundrecht mit konstitutiver Wirkung nicht nur den Staat, sondern in gewissem Rahmen auch den Privaten zur Duldung ungewöhnlicher, ja sogar unsympathischer Glaubensmanifestationen verpflichtet.⁸⁶

2. In einem singulären Entscheid hat das Gericht der Glaubens- und Gewissensfreiheit sogar rechtliche Auswirkungen auf die Gestaltung der Rechtsbeziehungen unter Ehegatten eingeräumt (BGE 4 434 ff.):

⁸⁶ Vgl. auch BGE 37 I 702, wo das Gericht die Forderung nach Achtung der Persönlichkeit Anderer aus dem Grundsatz der Glaubensfreiheit selbst ableitete.

«So wenig der Staat nach Art. 49 BV ... seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntnis vorschreiben oder verbieten oder denselben wegen ihres Glaubens die Ausübung irgend welcher bürgerlicher Rechte ganz oder teilweise vorenthalten darf, so wenig steht dem Ehemann das Recht zu, die religiöse Überzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzutun» (S. 435).

Es entschied infolgedessen, dass die blosser Weigerung der Ehefrau, sich in ihrem Glaubensbekenntnis dem Manne zu unterziehen, eine Ehescheidung nicht rechtfertige. Damit nahm das Bundesgericht eine berühmt gewordene Praxis des deutschen Bundesgerichtshofs vorweg, der aus Art. 4 GG Kriterien für die Beurteilung von Scheidungsbegehren wegen konfessioneller Zerwürfnisse ableitete (BGHZ 33 150, 38 317)⁸⁷. Das Bundesgericht hat erst wieder in seiner neuesten Rechtsprechung zur Presse- und zur Handels- und Gewerbefreiheit Urteile gesprochen, die dogmatisch in die Nähe des zitierten Entscheids kommen.

3. Für die Rechtsbeziehungen zwischen *Individuen und Religionsgemeinschaften* hat bereits der Bundesverfassungsgeber gewisse Regeln aufgestellt: Danach sind die Individuen vor jedem Zwang zur Teilnahme an einer Religionsgemeinschaft oder an einem religiösen Unterricht oder zur Vornahme einer religiösen Handlung geschützt⁸⁸. Ausserdem bewahrt die Verfassung den Einzelnen vor gewissen staatlichen Eingriffen, die einseitig die Interessen einer bestimmten Konfession wahrnehmen (Art. 49 Abs. 2 und 6)⁸⁹. Schliesslich verpönt sie kirchliche Eingriffe in die Rechte der

⁸⁷ Vgl. zu dieser Problematik WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels, JZ 1964, S. 305 ff. Vgl. auch den von HANS HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. A., Zürich 1967, S. 26, Anm. 16, zitierten Entscheid in Blätter für Zürcherische Rechtsprechung Bd. 64 N. 79. Vgl. weiter BGHZ 21 340 ff., wo der Bundesgerichtshof die elterliche Ablehnung einer evangelischen Trauung ihrer katholischen Tochter nicht als hinreichenden Grund für die Verweigerung der Zustimmung zur Verehelichung im Sinne von § 3 Abs. 3 des Ehegesetzes anerkannte. – Noch nie hatte sich bisher das Bundesgericht mit einer arbeitsrechtlichen Kündigung aus religiösen Gründen zu befassen – wohl aber deutsche Gerichte, wie das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 14. Februar 1963, JZ 1964, S. 258 ff.; vgl. dazu WALTER J. HABSCHIED, Arbeitsverweigerung aus Glaubens- und Gewissensnot?, JZ 1964, S. 246 ff.

⁸⁸ In mehreren Entscheidungen hat das Bundesgericht zur Frage der Austrittserklärungen Stellung genommen und dabei gewisse Formvorschriften als zulässig bezeichnet, jedoch eine ungebührliche formelle Erschwerung des Austritts verworfen; vgl. BGE 2 388 f., 4 58 ff., 10 320 ff., 19 12 ff.; zuletzt 93 I 350 ff.

⁸⁹ Bloss angemerkt sei, dass die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch juristische Personen der Kultusbesteuerung unterworfen werden können, unhaltbar erscheint. (Vgl. BGE 4 533 ff., 538 f., 540 f., 17 557 ff., 35 I 333 ff., 41 I 158 ff., 52 I 108 ff.). Von der Literatur wird sie mehrheitlich abgelehnt (vgl. statt vieler Irene Blumenstein, Zur Frage der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen, Archiv für Schweizer Abgaberecht Bd. 26 1957, S. 113 ff.) Wenn sich die juristischen Personen schon nicht auf die Religionsfreiheit berufen können (so das Bundesgericht), da sie keinen Glauben

Bürger (Art. 49 Abs. 4 und Art. 50 Abs. 2 BV). Innerhalb dieser Grenzen hat es das Bundesgericht abgelehnt, sich in die Rechtsbeziehungen zwischen den Religionsgemeinschaften und den Individuen zu mischen: So etwa in BGE 21 336 ff., wo es entschied, die Bundesverfassung gewähre keinen Anspruch auf bedingungslose Aufnahme in eine Landeskirche, obwohl einige Kantone einen solchen Anspruch in ihrer Verfassung ausdrücklich verankert haben⁹⁰; sie lasse es vielmehr zu, dass die Aufnahme von der Ablegung eines bestimmten Bekenntnisses abhängig gemacht werde. Das Gericht liess dagegen die Frage offen, ob überhaupt ein verfassungsmässiger Anspruch auf Zulassung zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft bestehe; indessen kann dies wenigstens für die Landeskirchen kaum zweifelhaft sein⁹¹. – Im weitern hat das Bundesgericht die Weigerung eines katholischen Priesters, einem Sterbenden – der sich hatte scheiden lassen und wieder geheiratet hatte – die Sterbesakramente zu geben, nicht als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung qualifiziert (BGE 27 I 331 ff.), und es hielt eine israelitische Kirchgemeinde nicht für verpflichtet, einem ausgetretenen Gemeindeglied den Friedhofbesuch zu gestatten, weil niemand gehalten sei, auf seinem privaten Grundeigentum bedingungslos Kulthandlungen zu gestatten⁹². Bemerkenswert an diesem Entscheid ist, dass das Gericht hier eine Ausstrahlung der verfassungsmässigen Religionsfreiheit auf einen sachenrechtlichen Rechtsstreit zwischen einer privaten Religionsgemeinschaft und einem Individuum letztlich in grundsätzlicher Weise verneinte⁹³.

haben, ist auch nicht ersichtlich, wie sie einer Religionsgenossenschaft anzugehören vermögen! Und selbst wenn man Art. 49 Abs. 6 bloss in dem Sinn deutet, dass der Kreis der Steuersubjekte nur negativ umschrieben sein soll (so TH. STIRNIMANN, Die Kultussteuerpflicht der juristischen Personen, ZBl. Bd. 59 1958, S. 289 ff., 291), so ist doch zu bedenken, dass gerade bei juristischen Personen kleinen Umfangs, etwa bei Aktiengesellschaften in Familienbesitz, von den dahinterstehenden physischen Personen nie völlig abstrahiert werden kann.

⁹⁰ Vgl. Uri Art. 85, Nidwalden Art. 38, Glarus Art. 85 Abs. 3, Zug § 72 Abs. 1, Solothurn Art. 57 Abs. 2, Basel-Stadt § 19, Aargau Art. 68 Abs. 2.

⁹¹ RUDOLF SMEND hat den kantonale rechtlichen Anspruch auf Aufnahme in die Landeskirchen mit einem gewissen Recht als ausserkirchlich und weltlich bezeichnet (Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 215); aber es ist doch zu bedenken, dass mit einem solchen Anspruch die der landeskirchlichen Institution zugrunde liegende Konzeption konsequent durchgeführt wird.

⁹² Der Bundesrat hatte sich als inkompetent erklärt, einen Ortspfarrer zu zwingen, eine Schützenfahne einzusegnen (SALIS, Bundesrecht, 2. A. III Nr. 988); hingegen hatte er eine Verletzung von Art. 50 Abs. 2 BV im Verhalten eines katholischen Priesters gesehen, der einer Hebamme verwehrte, ein Kind über die Taufe zu halten, weil sie einen geschiedenen Mann geheiratet hatte (SALIS, Bundesrecht, 2. A. III Nr. 1041).

⁹³ Zum Problem der Religionsfreiheit im besondern Gewaltverhältnis hatte sich nicht das Bundesgericht, wohl aber deutsche Gerichte zu äussern: So hielt das Bundesverfassungsgericht die Ablehnung einer bedingten Straffentlassung aufrecht, weil der Beschwerdeführer unter seinen Mitgefangenen für den Austritt aus ihrer Kirche geworben

§ 5. Die Religionsfreiheit im Verhältnis zu andern Grundrechten

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Kultusfreiheit erscheinen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung regelmässig als *iura specialia* gegenüber der Vereins- und der Versammlungsfreiheit⁹⁴ wie auch gegenüber der Pressefreiheit⁹⁵. Dies hatte zur Folge, dass das Gericht unter der Herrschaft des Organisationsgesetzes von 1875 auf Beschwerden wegen Verletzung der Vereins- oder der Versammlungsfreiheit im religiösen Bereich nicht eintrat (mit Ausnahme von BGE 12 93 ff.). In BGE 50 I 168 ff. findet sich die bemerkenswerte These, die Handels- und Gewerbebefreiheit sei ein «bürgerliches Recht» und schliesse daher gemäss Art. 49 Abs. 4 BV ein religiös motiviertes allgemeines (nicht jedoch ein beschränktes) Vorstellungsverbot für Kinos in der Advents- und in der Fastenzeit aus.

Einzelne Entscheidungen des Bundesgerichts zeigen Ansätze zu grosszügigerem *Eintreten* auf staatsrechtliche Beschwerden wegen Verletzung der Religionsfreiheit als im Wirkungsbereich anderer Grundrechte: So forderte das Gericht lange Zeit keine Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges und änderte seine Auffassung erst in einem Entscheid vom 12. Februar 1926 i. S. Ott und in BGE 67 I 222. In BGE 38 I 78 ff. trat es auf die Beschwerde eines Landwirts ein, obwohl ein ausdrücklicher Antrag auf Kassierung des angefochtenen Aktes fehlte, wegen Rechtsunkenntnis des Rekurrenten und

um um so mehr, «als es sich um eine Beschwerde zur Wahrung eines der rein idealen verfassungsmässigen Rechtsgüter handelt, deren hohe Bedeutung es überhaupt rechtfertigt, an die Beschwerdeführung in formeller Hinsicht keinen allzustrengen Massstab anzulegen» (S. 81).

In jüngster Zeit gewährt es den Rekurrenten weitere prozessuale Vorteile, indem es die Religionsfreiheit als unverzichtbares und unverjährbares Recht qualifiziert; auf der gleichen Linie liegt es schliesslich, wenn das Gericht sich die Befugnis zuerkennt, die Auslegung und Anwendung der in Art. 49 und 50 BV festgelegten Freiheitsschranken frei zu überprüfen⁹⁶.

und ihnen dafür Tabak versprochen hatte; es nahm Missbrauch des Grundrechts an, «wenn jemand unmittelbar oder mittelbar den Versuch macht, mit Hilfe unlauterer Methoden oder sittlich verwerflicher Mittel andere ihrem Glauben abspenstig zu machen...» (BVerfGE 12 1 ff., 4/5).

Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass ein Lehrherr, der minderjährige Lehrlinge für den Übertritt zu einem andern Glauben (in casu: Zeugen Jehovahs) wirbt, gröblich gegen seine Pflichten verstösst, wenn er seine Werbung durch eine bevorzugte Behandlung der der Werbung zugänglichen Lehrlinge Nachdruck verleiht (BVerwGE 15 135 ff.).

⁹⁴ Vgl. BGE 13 9, 15 690, 20 749, 22 1006, 49 I 151.

⁹⁵ Vgl. BGE 50 I 382, 54 I 106, 57 I 119, 62 I 22; anders eine frühere Praxis, vgl. BGE 2 192 ff., 8 403 ff., vgl. auch 15 682 ff.

⁹⁶ Vgl. BGE 35 I 353, 38 I 490, 51 I 500.

Indessen hat das Bundesgericht der Religionsfreiheit im ganzen keine stärkere oder breitere Schutzwirkung zuerkannt als andern, vergleichbaren Grundrechten. Schon die Gleichsetzung der der Religionsfreiheit vorbehaltenen «öffentlichen Ordnung» mit der allgemeinen Rechtsordnung lässt dies vermuten; ja in verschiedenen Entscheiden leitete das Gericht aus der Kultusfreiheit lediglich das Postulat ab,

«dass die allgemeinen Gebote der kantonalen Rechtsordnung gegenüber Kultushandlungen nicht strenger gehandhabt werden dürfen als gegenüber andern, ihnen gleichzustellenden Veranstaltungen» (BGE 49 I 356 ff.).

Darüber hinaus hat es sogar mehrfach staatliches Vorgehen gegen Glaubensmanifestationen milder beurteilt als Einschränkungen politisch oder kommerziell motivierter Äusserungen. Im Bibelforscher-Entscheid BGE 50 I 379 ff. meinte es, die als besonders lästig empfundene Zudringlichkeit missionierender Sektierer rechtfertige strengeres polizeiliches Einschreiten als sonstiges Hausieren!

Die religiöse Motivierung einer Handlung auferlegt somit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts – im Gegensatz zur Praxis des amerikanischen Supreme Court⁹⁷ – der Gemeinschaft und den Behörden keine besondere Duldungspflicht, sie verleiht der Handlung keine besondere Würde; im Gegenteil: der religiöse Aussenseiter verlässt in besonders gravierender Weise die Gemeinschaft ordentlicher Bürger und ist daher mit verstärktem Misstrauen zu überwachen. In dieser These manifestiert sich ein politisch-bürgerlich geprägtes Gemeinschaftsdenken. Die Religion wird verbürgerlicht, das Verhältnis zwischen Gott und Mensch wird als eine von vielen Beziehungen gesehen, an denen der Mensch teilhat.

Gottes-Dienst nach Bürgerart und damit letztlich Bürger-Dienst entspricht weithin traditionellem schweizerischem Verfassungsdenken und überkommener helvetischer Religiosität. Ob sich eine solche Auffassung rechtfertigen lässt, ist freilich nicht unter verfassungsrechtlichen, sondern unter theologischen Gesichtspunkten zu beurteilen. Nicht (juristische) Erkenntnis, sondern Bekenntnis hilft hier weiter.

⁹⁷ Kein anderes Grundrecht schlägt nach der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court so kräftig gegenüber antithetischen öffentlichen oder privaten Anliegen durch wie die Religionsfreiheit; das Gericht verzichtet auf eine Prüfung, ob ein bestimmtes religiöses Bekenntnis in Wort oder Tat einen «social value» enthält – d. h. auf eine Prüfung, die es gegenüber Anwendungen anderer First-Amendment-freedoms vornimmt. Für eine detaillierte Analyse der Verhältnisse zwischen Religionsfreiheit und andern First-Amendment-freedoms in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court vgl. PETER SALADIN, Relative ranking of the preferred freedoms: religion and speech, a. a. O.